

Juristische Wochenschrift

Organ der Reichsgruppe Rechtsanwälte des NS. Rechtswahrer-Bundes

Herausgegeben von dem Reichsgruppenwalter Rechtsanwalt Dr. Droege,
unter Mitwirkung der Mitglieder des Reichsgruppenrates: Rechtsanwälte Dr. Hanns Frißche,
Leipzig; Dr. Hawlitzky, Forst i. L.; Dr. Ernst Ladwig, Berlin; Dr. Ferdinand Mößmer, München;
Prof. Dr. Erwin Noack, Halle a. S.; Dr. Rudat, Königsberg (Pr.); Wilhelm Scholz, Berlin;
Dr. Artur Schüßler, 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

Ehescheidung und Vergleich

Von Rechtsanwalt Dr. P. Bach, Freiburg i. Br.

I.

Unsere ZPD. ist anerkanntermaßen vergleichsfreundlich. Sie sucht das Zustandekommen eines Vergleiches auf jede Weise zu fördern. Die wechselnden Ausdrücke, die die ZPD. an ihren verschiedenen Stellen für diesen Vorgang verwendet — neben der Bezeichnung Vergleich finden sich: gütliche Beilegung des Rechtsstreits, Ausgleich, gütlicher Ausgleich, dazu noch die Vorschriften über die verschiedenen Sühneverträge (bes. §§ 296, 349 ZPD.) — zeigen, daß die ZPD. verständigerweise das Schlichten als mindestens gleichwertig dem Nichten bewertet. Hiermit stimmt die tägliche Erfahrung überein. Der Vergleich dient nicht nur den Interessen der Parteien, sondern ebenso auch den höheren Zielen der Förderung und Festigung des Rechtsfriedens innerhalb der Volksgemeinschaft.

Um so eingehenderer Nachprüfung bedarf es daher, wenn ein Teil der Gerichte, vor allem das RG., jedwede Vergleichsmöglichkeit im Ehescheidungsprozeß und in dem ihm prozessual gleichstehenden, aber erheblich seltener vorkommenden Herstellungsprozeß verneint. Sind auch diese Entscheidungen ihrem Ausdruck nach kostenrechtliche Entscheidungen, so sind sie von unmittelbarer zivilprozessualer Bedeutung. Auch die jetzt vorliegende Entscheidung des RG. (in diesem Heft S. 2146²⁷) bestätigt dies durch ihre Ausführungen. Das RG. ist auf Seiten der Vergleichsgegner führend. Auf der anderen Seite hält die Spitze OLG. Raumburg mit seinen beiden Beschlüssen JW. 1935, 2519⁷⁰ und 2520⁷¹, und dem inzwischen weiter ergangenen Beschluß JW. 1936, 1023⁶¹. Im einzelnen ist die Stellungnahme der verschiedenen Gerichte zu dieser Frage zusammengestellt bei Gelinsky-Meyer, Armenanwaltskosten, 3. Aufl., 1936, S. 232 ff., auf die verwiesen wird.

II.

Die Stellungnahme des RG. geht seit seiner, in der JW. nicht abgedruckten Entscheidung v. 28. Sept. 1931 dahin: Eine Vergleichsgebühr in Ehesachen kann nicht entstehen. Denn in Ehesachen ist der Streitstoff der Verfügungsgewalt der Parteien entzogen. Früher bejahte es selbst die Vergleichsmöglichkeit. Die jetzige oben angeführte Entscheidung des RG. läßt m. E. erstmals mit voller Deutlichkeit erkennen,

daß es mehreres ist, was das RG. zu seiner die Vergleichsmöglichkeit im Ehescheidungsprozeß verneinenden Stellungnahme veranlaßt.

Kernfrage ist also: Ist es für den Ehescheidungsprozeß zutreffend, wenn das RG. folgendes ausführt: „Ein solcher Rechtsstreit hat zum Gegenstand den rechtlichen Bestand der Ehe im ganzen oder die rechtlichen Auswirkungen der Ehe in bestimmter Richtung (Herstellungsklage). Dieser Streitgegenstand ist einer sachlich-rechtlichen Verfügung der Streitteile entzogen.“

Diese Ausgangssätze des RG. enthalten jedoch sowohl eine Überstreckung als auch eine Verschiebung. Dies sei näher begründet.

Ehe und Familie sind Aufbauzellen für Volksgemeinschaft und Reich. Hierauf beruht, daß auch das Verfahren in Ehesachen durch die §§ 606 ff. ZPD. gewisse Ausnahmebestimmungen erhalten hat. Soweit diese nicht reichen, unterliegt das Verfahren den allgemeinen Verfahrensvorschriften der ZPD. Die Abweichungen des Eheprozesses vom ordentlichen Verfahren beruhen auf den öffentlichen Belangen, daß eine Ehe nicht ohne gesetzlich vorgesehenen Grund für nicht bestehend oder nichtig erklärt oder geschieden werde bzw. daß eine nicht bestehende oder nichtige Ehe nicht aufrechterhalten werde (vgl. Stein-Jonas, ZPD. vor § 606 IV²). Hieraus erklärt sich Geltung und Umfang des Untersuchungsgrundsatzes in Ehesachen. Dieser Grundsatz gilt aber nicht für alle Ehesachen gleichmäßig, sondern in verschiedenem Umfang entsprechend den verschiedenen Arten von Ehesachen. Dementprechend ist im Ehescheidungsprozeß die Parteiverfügung lediglich für die sogenannten ehefeindlichen Tatsachen ausgeschlossen (§ 617 Abs. 2 ZPD.). Folglich ist diese Art von Ehesachen lediglich einer dem Bestand der Ehe nachteiligen Verfügung der Parteien entzogen. Ein Vergleich ist also jedenfalls zur Aufrechterhaltung der Ehe zulässig (ebenso Baumbach § 617 ZPD. Anm. 3 A d.; OLG. Raumburg a. a. O. und die weiteren bei Gelinsky-Meyer a. a. O. S. 233 f. angeführten Entscheidungen). Denn so weit reichen die Ausnahmebestimmungen der ZPD. nicht, diesen Vergleich auszuschließen. Wer also aus ihnen heraus die Vergleichsmöglichkeit verneint, überstreckt diese nach Sinn und Umfang.

Die ständige Rechtsprechung des RG. (vgl. z. B. Warn. 34, 67; 35, 278) geht bekanntlich erheblich weiter. Danach sind nur Abkommen unzulässig, die zum Zwecke der unerlaubten Erleichterung der Ehescheidung geschlossen werden, zulässig dagegen solche, die die Abkürzung des Verfahrens bei Vorliegen eines wahren Scheidungsgrundes bezwecken. Die hierunter fallenden weiteren für den Scheidungsprozess in Betracht kommenden Vergleichsfälle brauchen hier deshalb nicht näher erörtert werden, weil das RG. bereits bei der ersten Art von Scheidungsvergleichen, die der Aufrechterhaltung der Ehe dienen, die Vergleichsmöglichkeit rundweg verneint.

III.

Hinzu tritt, daß es notwendig ist, klar festzuhalten, was rechtlich Streitgegenstand im Ehescheidungsprozess ist. Denn an den Streitgegenstand im Rechtssinne schließen sich die Bestimmungen des Kostenrechts an. Hier unterläuft nun dem RG. die Verschiebung des Ausgangspunktes.

Sämtliche fünf unter sich verschiedene Klagenarten, die das Gesetz unter der Sammelbezeichnung Ehesachen zusammenfaßt, beziehen sich selbstverständlicherweise irgendwie auf die Ehe, — teils unmittelbar, teils aber nur in Rückwirkung —, haben aber dadurch keineswegs rechtlich durchgängig den gleichen Streitgegenstand. Das übersieht das RG. Im Ehescheidungsprozess ist Streitgegenstand entgegen der Auffassung des RG. nicht der rechtliche Bestand der Ehe, der vielmehr vorausgesetzt wird, sondern das Auflösungsverlangen der einen oder beider Parteien. Wäre das Auflösungsverlangen im Ehescheidungsprozess rechtlich der gleiche Streitgegenstand wie der Bestand der Ehe, dann wäre die Unterscheidung der Klagenarten unter den Ehesachen in der ZPO. unsinnig und überflüssig. Gleiches gälte von der Unterscheidung, die § 617 ZPO. in seinen Abs. 2 und 3 vornimmt. Wäre bei der Ehescheidungsklage Streitgegenstand der Bestand der Ehe und nicht das Auflösungsverlangen, so bliebe es auch hinsichtlich der sogenannten ehfeindlichen Tatsachen völlig unverständlich, daß dieselben Tatsachen einmal ehfeindlich, einmal ehfreundlich sein können, ja gleichzeitig ehfeindlich und ehfreundlich bewertet werden können. Dies ergibt sich vielmehr erst als Rückwirkung.

IV.

Das RG. verneint die Vergleichsmöglichkeit im Ehescheidungsprozess weiter mit folgender Begründung: „Dieser Streitgegenstand ist einer sachlich-rechtlichen Verfügung der Streitparteien entzogen. Infolgedessen ist auch ein Vergleich im Sinne des materiellen Rechts darüber nicht zulässig.“ Dieses Gelenkstück der Begründung entbehrt der inneren Tragfähigkeit. Denn nicht nur ist Streitgegenstand, der der Ehescheidungsklage zugrundeliegt, rechtlich nicht der Bestand der Ehe. Sondern diese Sätze enthalten auch zugleich sachlich-rechtlich eine unbegründete Verallgemeinerung.

Vergleicht man das Verfahren der ZPO. in Ehesachen mit dem Eherecht des BGB., so zeigt sich, daß Prozessrecht und Privatrecht aufeinander abgestimmt sind. Das Prozessrecht baut für seine Verfahrensunterscheidungen innerhalb der Ehesachen auf den Wertungen auf, die das BGB. in der Stufenfolge der Gründe vornimmt, die sich gegen den Bestand einer Ehe richten oder sich auf ihre Auflösung beziehen. Überblickt man nun wieder diese Gründe insgesamt, so zeigt sich, daß entsprechend dieser Stufenfolge auch die Herrschaft der Ehegatten über sie, die Gründe, und ihre Geltendmachung abgestuft ist. Der Satz, daß der rechtliche Bestand der Ehe einer sachlich-rechtlichen Verfügung der Ehegatten schlechthin entzogen ist, ist in dieser Allgemeinheit nur dort richtig, wo (absolute) Nichtigkeitsgründe vorliegen. Dementsprechend ist nur bei der Nichtigkeits- und Ehefeststellungsklage die Parteiverfügung in vollem Umfange ausgeschlossen. (Dies wird heutigentags noch besonders durch die Nichtigkeitsstatbestände des Chemischbrauchsg. und des

Blutschutzg. und deren Durchsetzung unterstrichen.) Aber schon bei der nächsten Stufe, den Anfechtungsgründen ist es sachlich-rechtlich anders. Daraus wird ja gerade der allgemeine Unterschied zwischen Nichtigkeit und Anfechtbarkeit einer Ehe begründet. Denn Nichtigkeit tritt ein, wenn die Aufrechterhaltung der Ehe mit dem Wesen der Ehe und der öffentlichen Ordnung nicht vereinbar sein würde, (nur) Anfechtbarkeit dagegen, wenn es sich um einen Mangel handelt, bei welchem wesentlich das Interesse des verletzten Ehegatten darüber entscheiden muß, ob die Ehe bestehen bleiben soll oder nicht (vgl. Staudinger, Vorbem. V vor § 1323 BGB.). Deshalb nimmt auch prozessual die Eheanfechtungsklage eine Mittelstellung ein (vgl. z. B. ZPO. § 615 einerseits, § 638 andererseits). Auch für sie gilt übrigens § 617 Abs. 2 ZPO., was die Einschränkung der Parteiherrschaft anlangt, und nicht der diese völlig aufhebende Abs. 3, obwohl ihr Streitgegenstand den Bestand der Ehe unmittelbar betrifft.

Zugleich zeigt die gesetzlich bestehende Abstufung zwischen Nichtigkeits-, Anfechtungs- und Scheidungsgründen, daß die weltanschaulichen Gründe gerade nicht jede rechtsgeschäftliche Verfügung der Parteien über den Bestand der Ehe ausschließen. Auch die in den §§ 1325 Abs. 2, 1337 BGB. gesetzlich vorgeesehenen Bestätigungen, die rechtsgeschäftlicher Natur sind, zeigen dies nochmals. Die Verneinung der Möglichkeit, im Ehescheidungsprozess einen Vergleich mit dem Ziele der Aufrechterhaltung der Ehe zu schließen, läßt sich also auch nicht aus dem materiellen Eherecht herleiten.

V.

Schließt der Vergleichsbegriff selbst etwa die Vergleichsmöglichkeit im Ehescheidungsprozess aus? Auch diesen Grund führt das RG. ins Treffen. Es sagt hierzu: „Denn der Sinn eines Vergleiches im materiell-rechtlichen Sinne ist der, daß die Parteien durch rechtsgeschäftliche Erklärungen einen Streit oder eine Ungewißheit durch gegenseitiges Nachgeben erledigen. Der Sinn eines Prozessvergleiches ist demgemäß, daß die Prozessparteien auf dem Wege rechtsgeschäftlicher Verfügung über das in Streit befangene Rechtsverhältnis das Prozessrechtsverhältnis durch gegenseitiges Nachgeben aus der Welt schaffen.“ Das RG. sieht also — im Sinne der herrschenden Meinung — auch im Prozessvergleich den Vergleich des materiellen Rechts in der Form einer Prozesshandlung, während OLG. Naumburg a. a. D. sich zur besonderen Natur des Prozessvergleiches bekennt. Auf diese Kontroverse braucht aber nicht eingegangen zu werden. Denn das RG. verengt den materiellrechtlichen Vergleichsbegriff, wie ihn das BGB. § 779 gesetzlich umschreibt. Das RG. definiert erichtlich an Hand von Abs. 1 des § 779 BGB., übergeht dabei aber den dritten, ebenfalls gesetzlichen Vergleichsfall des Abs. 2 dieser Bestimmung, nämlich den, daß die Verwirklichung eines Anspruches unsicher ist.

Dieser Vergleichsfall ist es aber, der hier gerade wesentlich wird. Daß ihn das RG. übergeht und damit den Vergleichsbegriff entgegen dem BGB. verengt, hängt mit seiner Auffassung, was beim Ehescheidungsprozess rechtlich Streitgegenstand sein soll, zusammen. Daß diesen nur das Auflösungsverlangen einer oder beider Parteien bildet, ergibt sich daraus, daß die Ehescheidungsklage unbestreitbar Gestaltungsakzessor ist, und daß bei jeder Gestaltungsakzessorie nun familienrechtlicher oder anderer Art sein — der geltend gemachte Anspruch das Recht auf Rechtsänderung ist. Damit stimmt das BGB. unmittelbar überein. Es spricht ausdrücklich von dem Recht auf Ehescheidung (§§ 1565 Abs. 2, 1570, 1574 Abs. 3, 1575 BGB.). Dieses Recht ist hier ebenso wie Streitgegenstand so auch Vergleichsgegenstand. Da dieses Gestaltungsrecht sein Ziel nur über den Prozess hinweg erreichen kann, ist es stets mit den Prozessrisiken belastet und darum seiner Verwirklichung nach unsicher. Da sämtliche — nicht nur die familienrechtlichen — Gestaltungsrechte keine Leistungsansprüche sind, der Gegner sie also nicht erfüllen kann, sondern sie allenfalls nur gegenstandslos machen kann, ist gerade der Vergleichsfall des § 779 Abs. 2 BGB. für sie von unmittelbarer Bedeutung. Da

bei beruht dieses Gegenstandslosmachen durch den Gegner auf dessen Willen. Es unterscheidet sich dadurch also vom Gegenstandsloswerden eines Rechtsstreits durch andere Ereignisse.

VI.

Die Beseitigung des Prozeßrechtsverhältnisses allein, und zwar durch gegenseitiges Nachgeben der Parteien, trägt auch nach der Rechtsprechung des RG. die Merkmale eines Prozeßvergleiches in sich. Er ist auch nach der Rechtsprechung des RG. Vergleich zur Hauptsache und erfüllt jedenfalls den Tatbestand der anwaltlichen Vergleichsgebühr. Doch für Ehesachen verneint das RG. schließlich auch diese Vergleichsmöglichkeit schlechthin. Denn die dahingehenden prozeßualen Erklärungen der Parteien seien die — zwangsläufige — prozeßuale Abwicklung rein tatsächlicher Vorgänge, wie Ausföhnung, Abstandnahme von Rechtsmitteln u. dgl.

Daß ein Streit, der durch tatsächliche Vorgänge seine Erledigung gefunden hat, noch verfahrensrechtlich zu liquidieren ist, sieht das RG. durchaus zutreffend. Dieses Liquidationserfordernis ist nichts Unwesentliches. Denn Tatsachen beenden einen anhängigen Prozeß nicht. Es muß vielmehr, wie sonst auch, ein Urteil erfolgen. Dieses erübrigt sich nur dann, wenn Parteierklärungen es ersparen, d. h. wenn die Parteien ihr Recht auf Urteil aufgeben und aufgeben wollen und so ihr Nachgeben zeigen. Liegt nun bei diesen Liquidations-Parteierklärungen eine solche Zwangsläufigkeit, wie sie das RG. annimmt, rechtlich in Wirklichkeit vor? Dies ist zu verneinen. Denn welcher Art und welchen Inhaltes sollte diese Zwangsläufigkeit sein: Abwicklung als ob ein Vergleich vorliegt, obwohl keiner nach Ansicht des RG. vorliegt? Oder Abwicklung als ob einseitige Erklärungen abgegeben seien, obwohl diese in Wirklichkeit nicht vorliegen? Abwicklung mit festliegenden Folgen (woraus und woher festliegend)? Oder eben Abwicklung mit variablen, nach Bedürfnis und Willen der Parteien sich bestimmenden Folgen! Es fehlt die Eindeutigkeit. Damit fällt die Zwangsläufigkeit. Gerade weil gar nicht eindeutig feststeht und feststehen kann, was die zwangsläufige Folge für die Beendigung des Prozeßrechtsverhältnisses sein soll, so besteht für die Parteien hier das gleiche vernünftige Interesse wie in anderen Fällen, was OLG. Naumburg a. a. O. treffend hervorhebt, über die Beendigung des schwebenden Rechtsstreits noch eine Bestimmung zu treffen.

Deshalb liegt wie sonst — was auch das RG. sonst anerkennt — (RG.: JW. 1934, 568¹; 1936, 618²) — so auch im Ehescheidungsprozeß bei vereinbarter Klagerücknahme oder bei vereinbartem Verzicht auf den Scheidungsanspruch ein Vergleich vor. Gerade dieser Vergleichsinhalt ist der, der der rechtlichen Natur der Gestaltungsrechte entspricht (vgl. oben V a. E.). Den Verzicht hat überdies — anders als eine Verzeihung — die Fernwirkung, in einem später entstehenden Ehestreit die Unterstützung durch das bisherige Vorbringen auszuschließen (§ 1573 BGB.).

VII.

Selbst wenn man im Ehescheidungsprozeß entgegen dem Aufbau unseres Erkenntnisverfahrens als Gegenstandsloswerden durch rein tatsächliche Vorgänge auffaßt, daß die Hauptsache durch den sich treffenden Willen der Parteien gegenstandslos gemacht wird, bleibt die Vergleichsmöglichkeit über die Kosten. Denn die Einigung über die Kosten des Rechtsstreits folgt weder als Einigung noch gar als Einigung bestimmten Inhaltes der Ausföhnung notwendig. Liegt eine Vereinbarung über die Kosten vor, so zeigt sich, daß es sich bei ihr um einen echten Prozeßvergleich handelt. Denn sie beendet das Prozeßrechtsverhältnis in dem Punkte wirksam,

der jedenfalls auch bei Erledigung der Hauptsache durch tatsächliche Vorgänge noch vorhanden ist und der Parteieinbarung als vermögensrechtlicher ohne weiteres zugänglich ist. Voraussetzung hierfür ist lediglich — nach der herrschenden Meinung, da diese im Prozeßvergleich kein eigenes Institut des Prozeßrechts sieht, sondern den privatrechtlichen nur im Prozeß abgeschlossenen Vergleich — daß das Merkmal des gegenseitigen Nachgebens im Kostenpunkt vorliegt (OLG. Kiel: JW. 1934, 1194; OLG. Düsseldorf: JW. 1935, 63, 550; 1936, 1302; OLG. Dresden v. 22. Mai 1936, 14 W 278/36 in diesem Heft S. 2147²⁸). Die Höhe der Vergleichsgebühr bemißt sich dann hierbei nach dem Betrage der bis dahin im Prozeß entstandenen Gerichtskosten und Anwaltsgebühren.

Einige Gerichte, so z. B. OLG. Kiel: JW. 1935, 3056³⁵ versuchen, die Einigung armer Ehegatten über die Kosten als Scheinhandlung hinzustellen. Die durchsichtige Abwegigkeit dieses Standpunktes ist bereits von Gaedeker: JW. 1934, 3148; 1935, 3056 und von Weber: JW. 1935, 3056 zur Genüge gekennzeichnet. Sachlich hat der Kostenvergleich zwischen beiderseits armen Parteien gerade dadurch seinen zureichenden Sinn, daß das Armenrecht nur eine vorläufige Befreiung darstellt, daß gerade aus dem Armenrecht das selbständige Beitreibungsrecht aus § 124 ZPO. entflieht, die auf Grund seiner erfolgten Kostenfestsetzung dreißig Jahre Wirksamkeit hat, daß schließlich auch die Staatskasse die von ihr verauslagten Kosten des Armenanwaltes der obliegenden Partei von dem unterlegenen Gegner auch dann einfordern kann, wenn dieser selbst das Armenrecht hat (OLG. Dresden: JW. 1935, 804⁴⁴ mit Anm. Thiemann, ebenda). Hierüber gehen diese Gerichte völlig hinweg. Sie unterstellen aber dem Anwalt, im Gebühreninteresse Scheinhandlungen vorzunehmen. In Wirklichkeit handelt es sich aber auch bei der Streitfrage um Vergleich und Vergleichsgebühr in Ehesachen um die tiefere und bessere Prozeß-Rechts-Erkenntnis, von der das Kostenrecht als vielfach bezogenes und abhängiges Recht seinen Ausgang nimmt.

VIII.

Getrennt von Vorstehendem sei noch folgendes ange- deutet: Es wird — nicht nur vom RG. — als selbstverständlich angenommen, daß die Ausföhnung ein rein tatsächlicher Vorgang sei. Offenbar spricht dabei ihre Nähe zur Verzeihung mit. Die Erfassung des Wesens der Verzeihung hat der Rechtskenntnis ziemliche Schwierigkeiten bereitet, worauf Manigt: DVB. 1936, 352 treffend hinweist. Dafür ist die Rechtsnatur der Ausföhnung bislang überhaupt noch nicht näher untersucht. Ausföhnung und Verzeihung sind aber nicht dasselbe. Die Ausföhnung hat Elemente, die der Verzeihung fehlen, nämlich Gleichzeitigkeit und darum Gegenseitigkeit, ihre Erklärung im Prozeß und darum Eindeutigkeit. Diese Elemente machen sie m. E. zum Gegenstück der bereits oben erwähnten Festätigung für das Gebiet des Scheidungsrechtes. Sie würde sich dann als gegenseitige Festätigung des Ehefortsetzungswillens darstellen (s. a. OLG. Stettin: JW. 1931, 201⁴¹).

Überdies trägt jeder Vergleich in Dauerrechtsverhältnissen, sofern er diese aufrechterhält und damit bestätigt, lebensmäßig eine Ausföhnung in sich. Dann dürfte es — um die Bude der bisherigen Nichtbehandlung der Ausföhnung zu schließen — wohl ebenso lebensnah wie dem Volksempfinden entsprechend sein, in der Ausföhnung den für den Ehescheidungsprozeß typischen Vergleich zu sehen. Die Ausföhnung erhält damit eine Unterstreichung ihres verpflichtenden und mahnenden Charakters für die Parteien. Sie erhält damit weiter aber auch — wie jeder Vergleich — wegen ihrer Rechtsfriedensfunktion ihre dem Urteil gleichstehende Stellung.

Über Auslegung gebührenrechtlicher Vorschriften

Von Ministerialdirektor Lindemann, Senatspräsident beim Kammergericht

Das OLG. Hamm hat in seiner unten S. 2160¹⁵ abgedruckten Entscheidung v. 2. Juni 1936 Stellung genommen zu der bereits mehrfach erörterten Streitfrage, welche Gebühr dem Rechtsanwalt für Anfertigung der Entgegnung auf die Revisionsbegründungsschrift der Staatsanwaltschaft zusteht. Es kommt zu dem Ergebnis, daß sich der Rechtsanwalt mit der recht unzureichenden Gebühr des § 69 RA-GebD. von 2 RM zu begnügen habe. Eine abweichende Auslegung der maßgebenden Gebührenvorschriften, die von anderer Seite¹⁾ versucht worden ist, sei nicht möglich — *durum lex, sed lex*. Wenn sich das OLG. ferner dagegen wendet, daß auch allgemeine Billigkeitserwägungen, wie etwa der Hinweis, daß der Betrag von 2 RM für die Revisionsbeantwortung eine durchaus unwürdige Vergütung sei, keine andere Stellungnahme rechtfertigen könnten, so verkennt es, daß die abweichende Meinung keineswegs auf allgemeine Billigkeitserwägungen gestützt ist²⁾, sondern daß das unvernünftige Ergebnis nur als Beweismoment dafür verwertet wird, daß eine Auslegung, die zu solchem Ergebnis führt, nicht richtig sein könne. Es handelt sich also in der Tat um eine reine Frage der Auslegung der §§ 68, 69 RA-GebD.

Über die Auslegung gebührenrechtlicher Vorschriften habe ich bereits an anderer Stelle³⁾ einige Ausführungen gemacht. Hier muß wiederholt werden, daß man bei der Auslegung solcher Vorschriften nicht in erster Linie juristisch konstruieren, sondern sich zunächst fragen muß: welche Auslegung entspricht den mit den Gebührenvorschriften verfolgten wirtschaftlichen Zwecken und den Erfordernissen des praktischen Lebens. Diese wirtschaftlichen Zwecke der Gebührenvorschriften muß man mit den Augen der Gegenwart sehen, nicht aber zu ihrer Erkenntnis, wie das OLG. Hamm es tut, die etwas verstaubten Brillengläser der „Motive“ des Gesetzes hervorheben. Vor einer Überschätzung der „Motive“ der Gesetzgebung des früheren Reichs kann nicht dringend genug gewarnt werden. Die „Motive“ stellen nur Erläuterungen des oder der Verfasser des Gesetzes dar, die den mit der Beschlussfassung über den Entwurf befaßten Stellen, insbesondere also den Reichstagsabgeordneten, das Verständnis der ihnen oft recht fernliegenden Vorschriften erleichtern sollen. Keineswegs aber haben sie die Macht, bindend und für alle Zeiten vorzuschreiben, wie eine bestimmte Vorschrift ausgelegt werden soll. Das können sie schon deshalb nicht, weil niemand feststellen kann, ob alle anderen Stellen, die beim Zustandekommen des Gesetzes mitgewirkt haben, sich bei ihrer Zustimmung zu der durch die „Motive“ erläuterten Vorschrift von den gleichen Erwägungen haben leiten lassen. Im vorl. Fall liest das OLG. aus den „Motiven“ auch nur die selbstverständliche Wahrheit heraus, daß § 69 für alle nicht besonders aufgezählten einzelnen Tätigkeiten des Rechtsanwalts als Verteidigers in Strafsachen eine feste Gebühr von 2 RM bestimmt. Wenn man richtig verfahren will,

muß man sich aber fragen, welche wirtschaftlichen Gründe bestehen dafür, in den Fällen des § 69 den Rechtsanwalt mit der kaum die Unkosten deckenden Gebühr von 2 RM abzufinden, ihm dagegen für die Anfertigung der in dem § 68 bezeichneten Schriftstücke das Zehn- bis Zwanzigfache dieses Satzes zuzubilligen. Selbstverständlich hat der Gesetzgeber aus der außerordentlich verschiedenen Tätigkeit des Rechtsanwalts in Strafsachen einige besonders wichtige oder mit rechtlichen Schwierigkeiten verbundene Schriften hervorgehoben und mit höheren Sätzen vergüten wollen, weil ihm dies bei Abwägung von Leistung und Gegenleistung wirtschaftlich richtig erschien, während ihm für die große Masse der sonstigen „Anträge, Gesuche und Erklärungen“ und für die bloße „Einlegung eines Rechtsmittels“ die Gebühr von 2 RM ausreichend erschien. Hebt sich nun die Revisionsbeantwortung derart aus der Masse der „Anträge, Gesuche und Erklärungen“ heraus, daß man sie nach wirtschaftlich vernünftigen Erwägungen zu den nach § 68 hervorgehobenen Schriften rechnen muß? Diese Frage ist zu bejahen. Nicht deshalb, weil die Revisionsbeantwortung von erheblichem Einfluß auf das Verfahren sein kann — was sicherlich auch bei manchen anderen nicht ausdrücklich hervorgehobenen Schriftstücken der Fall ist —, sondern weil das Verfahren in der Revisionsinstanz wesentlich ein schriftliches ist, bei dem der Stoff für die richterliche Entscheidung in Schriftsätzen niedergelegt und darum die mündliche Darlegung der Beschwerdepunkte vor dem erkennenden Gericht nebensächlich ist. Die in § 347 StPD. dem Gegner des Revisionsführers vorbehaltene Gegenerklärung gehört also zu den verfahrensgestaltenden Schriftsätzen; man kann sie nicht in der großen Masse der in § 69 zusammengefaßten „Anträge, Gesuche und Erklärungen“ verschwinden lassen, zumal wenn man erwägt, daß die Anfertigung einer Revisionsbeantwortung im Gegensatz z. B. zu der Anfertigung eines Gnaden gesuchs, die ausdrücklich der Aufnahme in § 68 gewürdigt ist, eine nicht unerhebliche wissenschaftliche Leistung darstellt. Man wird also dem Geist und den wirtschaftlichen Zwecken der Gebührenvorschriften in Strafsachen nur gerecht, wenn man die Revisionsbeantwortung den in § 68 behandelten Schriften gleichstellt. Die „Konstruktion“ scheint mir dabei gleichgültig zu sein. Entweder mag man sagen: für die Revisionsbeantwortung ist, da sie nicht unter § 69 gebracht werden kann, keine Gebühr bestimmt, gemäß § 89 sind also die Bestimmungen der RA-GebD. „entsprechend“ anzuwenden — was nur zur Anwendung des § 68 führen kann —, oder man wendet § 68 unmittelbar an, indem man sagt, daß der Revisionsbegründung ihr Gegenstück, die Revisionsbeantwortung, gleichzustellen ist. Wenn man dabei sich nicht ängstlich an den Wortlaut des Gesetzes hält, so kann man sich dies durch die Erwägung erleichtern, daß der vierte Abschnitt der RA-GebD. „Gebühren in Strafsachen“ etwas summarisch abgefaßt ist und in wenig glücklicher Weise das System, die Gebühren durch genau spezialisierte Sätze für jede erdenkliche Tätigkeit zu normen, mit dem richtigeren Verfahren, die Gebühren nur für ganze Tätigkeitsgruppen festzusetzen, verengt. „Der Buchstabe tötet, aber der Geist macht lebendig.“

¹⁾ Namentlich von Gaedek: JW. 1935, 2303.

²⁾ Vgl. namentlich Gaedek a. a. O.

³⁾ Vgl. JW. 1936, 748.

Wichtige Fragen des Armenrechts¹⁾

Von Kammergerichtsrat Dr. Gaedeke, Berlin

IV.

Mißbrauch des Armenrechts

1.

Das Gesetz kennt eine mißbräuchliche Inanspruchnahme des Armenrechts und hat gewisse Maßnahmen vorgesehen, um sie zu verhindern. Das Armenrecht ist zu bewilligen, wenn die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung eine hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet und nicht mutwillig erscheint (§ 114 ZPO.). Andernfalls ist das Armenrecht, auch wenn es sonst unbedenklich zu gewähren wäre, zu versagen oder aber, wenn die Mutwilligkeit sich erst später herausstellt, zu entziehen (§ 121 ZPO.). Der Anspruch auf Armenrecht ist also von der „negativen“ Voraussetzung des Fehlens der Mutwilligkeit abhängig.

Mutwilligkeit der Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung ist aber nur eine der Arten nicht geschützter Benutzung des Armenrechts, mit der das Gesetz nichts anderes als Mißbrauch des Instituts des Armenrechts meint.

Hierbei handelt es sich im allgemeinen darum, daß schon das Begehren der Vergünstigung des Armenrechts als Mutwillen sich darstellt, schon in der Inanspruchnahme also ein Mißbrauch der vom Gesetz den prozessführenden armen Parteien zur Verfügung gehaltenen Vergünstigung liegt. Es kann aber außerdem auch die Benutzung selbst, die Art, wie die arme Partei sich des ihr bewilligten Armenrechts bedient, einen Rechtsmißbrauch darstellen. Für derartige Fälle sieht das Gesetz — ausdrücklich wenigstens — keine Handhabe vor. An sie ist offenbar bei der Schaffung der Armenrechtsvorschriften nicht gedacht worden. Gerade sie verdienen aber besondere Aufmerksamkeit und eine besonders sorgfältige Prüfung in der Richtung, auf welche Weise solchem Mißbrauch begegnet werden kann.

Beispiele dürften sofort klarmachen, welche Art Fälle in Frage kommen. Ich nenne nur gewisse typische, durch ihre besondere Eigenart sowohl wie häufigeres Vorkommen sich kennzeichnende Beispiele, die deshalb jedem Anwalt und jedem Richter aus der Praxis geläufig sind. Es sind dies einmal: die Vornahme überflüssiger Prozeßhandlungen, ferner leichtfertiges Prozessieren durch Aufstellung äußerlich substantiiert erscheinender, einer Nachprüfung aber nicht standhaltender Behauptungen und vor allem auch von Beweisantritten. Weiter der übermäßige „Verbrauch“ von Armenanwälten. Als letzte Kategorie ist schließlich noch die wiederholte Erhebung von Scheidungsklagen zwischen denselben Parteien, die immer wieder sich ausführen, zu nennen. Dabei muß man sich darüber klar sein, daß die verschiedenen Mißbrauchsmöglichkeiten im einzelnen zu mannigfaltig sein können, um von vornherein alle übersehen und rubriziert zu werden.

2.

Es hätte nahegelegen, daß der Gesetzgeber allgemein von einem Mißbrauch des Armenrechts ausgegangen wäre und gegen diesen bestimmte Handhaben vorgesehen hätte. Das hat er nicht getan, sondern nur die Rechtslage bei von vornherein ersichtlicher oder später sich herausstellender Mutwilligkeit, durch die Pflicht zur Verfaugung und Entziehung des gesamten — Armenrechts, also der Vergünstigung mit allen ihren gesetzlichen Folgen geregelt. Eigenartigerweise hat das Gesetz aber nicht einmal festgelegt, was es unter „Mutwilligkeit“ verstanden wissen will. Es setzt viel-

mehr diesen Begriff als allgemein bekannt voraus. Folglich ist auch von dem allgemeinen Sprachbegriff auszugehen. Bei diesem spielt nun aber die subjektive Seite, das moralisch Tadelnswerte des Verhaltens einer Person eine Rolle. Der allgemeine Sprachbegriff zielt auf ein wenn auch nicht unbedingt doloses, so doch immerhin mehr oder weniger frivoles Verhalten ab. Dieser — zutreffenden — Auffassung ist denn auch die Rechtsprechung von jeher gewesen und hat gerade aus diesem Grunde mit der Anwendung des Begriffs „Mutwilligkeit“ sehr zurückgehalten. Jona s (ZB. 1931, 3519) meint nun allerdings, daß seit der RotW. v. 6. Okt. 1931 (§ 11 Kap. I 6. Teil Nr. 3), woselbst der Begriff der Mutwilligkeit eine gewisse Erläuterung erfahren hat, diese „Schattierung“ beseitigt sei und nunmehr kein Anlaß an eine moralische Mißbildung mehr bestehe. Dem vermag ich indes nicht zu folgen. Vielleicht ist das die Absicht der RotW. gewesen. Dann hat sie diese aber nicht erreicht. Denn in Wahrheit hat sie keine allgemeine Erläuterung im Sinne einer Festlegung des Begriffs Mutwilligkeit gegeben, sondern nur beispielsweise aufgeführt, wann eine Rechtsverfolgung „auch als mutwillig“ anzusehen sei, nämlich wenn mit Rücksicht auf die für die Beitreibung des Anspruchs bestehenden Aussichten eine nicht das Armenrecht beanspruchende Partei von einer Prozeßführung absehen oder nur einen Teil des Anspruchs geltend machen würde. Das ist wohl eine beispielhafte Erläuterung, aber doch keine — jedenfalls keine abschließende — Begriffsbestimmung. Deshalb ist die von Jona s daraus gezogene Folgerung ebenso wie seine Begriffsbestimmung: Mutwilligkeit = „für den vernünftig wirtschaftlich Denkenden sachlich nicht veranlaßt“ zu eng.

Man muß sich dabei auch vor allem die Frage vorlegen, ob denn das vielleicht 1931 erstrebte Ziel, unter allen Umständen einen Rechtsmißbrauch — denn ein objektiver Mißbrauch bleibt immer übrig — des moralischen Tadelns zu entkleiden, auch unserer heutigen geläuterten Rechtsanschauung und Auffassung des einzelnen über seine Pflichten innerhalb und gegenüber der Gemeinschaft noch entspricht. Es ist selbstverständlich, daß diese Frage nur verneint werden kann. Wer auf Kosten der Gemeinschaft seine Rechte wahrnehmen will und dies in irgendeiner Beziehung rechtsmißbräuchlich tut, mag nur ruhig den moralischen Tadel hinnehmen, wenn er durch sein subjektives Verhalten solchen verdient hat.

Wer also für leichtfertiges Prozessieren das Armenrecht begehrt, soll dafür von Rechts wegen den ihm gebührenden Tadel erhalten.

Im übrigen kann selbst aus der erwähnten „Erläuterung“ in § 114 Abs. 1 Satz 2 ZPO. die Kritik an dem Verhalten dessen, der als Vermögenger wahrrscheinlich anders gehandelt haben würde, schwerlich weggeleugnet werden.

Es bleibt also nach wie vor und, wie ich unterstreichen möchte, erst recht heute dabei, daß mit der Feststellung mutwilligen Verhaltens der armen Partei in aller Form Rechtsmißbrauch bescheinigt wird und werden soll. Gerade deshalb ist es unbedingt geboten, in der Anwendung dieses gesetzlichen Verfügungs- (Entziehungs-) Grundes größte Vorsicht und Zurückhaltung zu üben. Es geht nicht an, daß die Gerichte einen in der Zeit der Volksgemeinschaft besonders schwer wiegenden Vorwurf leichtthin auf Grund nur oberflächlicher Prüfung erheben. Wenn er aber berechtigt erhoben werden muß, dann soll er auch schwerwiegend sein.

Leider wird in dieser Hinsicht doch vielfach gesündigt. Es ist erstaunlich, was dabei alles einer sogenannten „verständigen“ Partei an — Unverständnis unterstellt wird: entweder dahin, daß sie das billigere Zahlungsverfahren statt der Klage

¹⁾ Zu vgl. Aufsatz 1: Katenarmenrecht, ZB. 1936, 701. Aufsatz 2: Stillschweigende Armenrechtsbewilligung — stillschweigende Anwaltsbeordnung, ZB. 1936, 1265. Aufsatz 3: Die Nachzahlungsanordnung des § 125 ZPO., ZB. 1936, 1634.

oder das Verfahren vor dem AG, wo sie sich selbst ohne Anwalt vertreten kann, statt vor dem LG. gewählt hätte. Oder, wie jüngst ein OLG. ausgesprochen hat, daß der mit einer Teilleistungsklage in Anspruch Genommene sich nicht mit der Feststellungswiderklage über die ganze vom Kläger genannte Summe, deren dieser sich berühmt, sondern nur zu einem Teil, der nur gerade die landgerichtliche Zuständigkeit sicherstellt, wehren würde. Ich habe noch keine Partei gesehen, die so töricht wäre, nicht gegen eine — noch dazu in jenem Falle vom Gericht ausdrücklich als aussichtslos anerkannte (!) — Forderung in vollem Umfange sich zu wehren und im Interesse aller Beteiligten, nicht zuletzt der Reichskasse selbst, die Grundlosigkeit der vollen Forderung feststellen zu lassen. Ich würde auch einem Anwalt mangelhafte Beratung seiner Partei vorwerfen, wenn er bei größeren Ansprüchen mit verwickelten Rechtsfragen nur 500 RM beim AG. einklagen und seine Partei nicht auf die Vorzüge einer Nachprüfungsmaßnahme durch das Revisionsgericht hinweisen, mindestens für alle Fälle das OLG. als Berufungsinstanz sichern würde, vor welchem er jederzeit einen Antrag in revisionsfähiger Höhe stellen kann.

So kann es also in der Tat vorkommen, daß der peinlichst seine Rechte und Befugnisse dem Gegner wie auch der Allgemeinheit gegenüber abwägenden, sorgsam und loyal vorgehenden Klagepartei urplötzlich der Vorwurf mutwilligen Verhaltens gemacht wird, nur weil das Gericht in diesem Falle eigenartige Auffassungen über ein „verständiges“ Vorgehen hat.

Ich glaube, daß die Gerichte, wenn sie sich dieser eigenartigen Situation und der Bedeutung ihrer Entscheidung gerade mit dieser Begründung stärker bewußt wären, doch wohl sparsamer mit der Bescheinigung mutwilligen Verhaltens umgehen würden. Damit soll selbstverständlich keineswegs gesagt sein, daß dann, wenn es angebracht ist, nicht rücksichtslos der verdiente Tadel, staatliche Institutionen mißbräuchlich in Anspruch zu nehmen, ausgesprochen wird.

Diesem Mißbrauch kann also, wenn er rechtzeitig erkannt wird, von vornherein durch Versagung des Armenrechts, sonst, wenn erst später sich herausstellt, durch Entziehung des Armenrechts begegnet werden.

3.

Mutwilligkeit der Rechtsverfolgung und Rechtsverteidigung ist demnach nichts anderes als eine — allerdings die häufigste und zugleich vielseitigste — Art des Mißbrauchs des Armenrechts.

Raum anders ist die Sachlage, wenn zwar nicht die Wahrnehmung der Rechte der Partei ganz allgemein, wohl aber in einzelnen zu beanstanden ist. Hierher gehört vor allem, daß ihr Vorgehen überflüssig erscheint, also einzelne Prozeßhandlungen oder gar Prozeßabschnitte, für welche das Armenrecht begehrt wird, völlig entbehrlich sind. Dann ist es Rechtsmißbrauch, dafür die Mittel der Allgemeinheit in Anspruch zu nehmen. Hierher gehört z. B. das Nachsuchen des Armenrechts nur für ein Verlusturteil aus § 515 ZPO., eine sachlich ganz bedeutungslose Entscheidung, oder mitunter selbst für ein Kostenurteil auf Grund derselben Bestimmung, nämlich dann, wenn es sich um Eheleute handelt, die sich ausgesöhnt haben, bei denen also eine gegenseitige Erstattung, zumal bei beiderseitigem Armenrecht, nicht in Frage kommt. Solch Vorgehen der armen Partei durch Armenrechtsbewilligung zu unterstützen, hat das Gericht keinerlei Anlaß (so auch Entsch. des AG. [KostSen.] v. 19. Juni 1935: ZW. 1935, 2292³²). Derartige Fälle lassen sich naturgemäß — wie dies die genannte Entscheidung tut — auch unter den Begriff „mutwilliger Rechtsverfolgung“, für welche ein Rechtschutzbedürfnis nicht besteht, bringen.

Mißbrauch des Armenrechts ist es auch, wenn während Schwehens des Gesuchs der Anspruch sich erledigt (z. B. die Parteien sich ausöhnen). Es ist selbstverständliche Pflicht der Partei wie ihres Anwalts, dies dem Gericht sofort anzuzeigen, nicht aber die Bewilligung des Armenrechts abzuwarten und nunmehr erst die Klage zurückzunehmen. Das AG. hat in

einer Entsch. v. 26. Juni 1936 — 20 W 3465/36 — dem so bestellten Armenanwalt einen Gebührenanspruch an die Reichskasse versagt, da diese dem Anwalt die Arglistrede entgegensetzen könne.

Eine besondere Art von Fällen habe ich bereits in einem Aufsatz „Vergleiche in Armenrechtsverfahren gemäß § 118a ZPO.“ (ZW. 1935, 2865) unter VI erwähnt. Bereits damals habe ich darauf hingewiesen, daß die Grenze für das freie Verlieben der Parteien und ihrer Anwälte, für eine Ausnutzung des Armenrechtsverfahrens oder eine Durchsetzung der Ansprüche im ordentlichen Prozeß, für ihre Entscheidung darüber, ob sie sich erst in diesem — zu einem früheren oder späteren Zeitpunkt — vergleichen wollen oder nicht schon das Armenrechtsverfahren dazu benutzen wollen, da zu ziehen sei, wo sich das Verhalten der Partei als Mißbrauch des formalen Rechts, das Rechtsinstitut das Armenrecht für sich in Anspruch zu nehmen, darstelle. Ich habe dabei als Beispiel den Fall genannt, daß die Parteien im Armenrechtsverfahren den Vergleich bereits vollständig zu Protokoll gegeben haben, dann aber erklären, zunächst auf Bewilligung des Armenrechts zu bestehen, andernfalls sie den Vergleich nicht genehmigen, also ihn, mindestens jetzt, nicht schließen. Hierbei ist zu berücksichtigen, daß der Vergleich im Armenrechtsverfahren ein besonders wirksames Mittel bildet, um eine unnütze Inanspruchnahme der Gerichte und der Mittel der Allgemeinheit zu vermeiden und gerade ohne Bewilligung des Armenrechts ihren Streit beizulegen, ohne dabei auf einen vollstreckbaren Titel verzichten zu müssen. Ohne daß man dabei die Rücksichtnahme auf die berechtigten Interessen nicht nur der Parteien selbst, sondern auch der für sie bereits im Armenrechtsverfahren tätigen Anwälte (ihre Gebührenansprüche!) außer acht lassen darf, wird man im Einzelfalle doch zu prüfen haben, ob Parteien, die in der geschilberten Weise sich verhalten, ihr formales Recht auf Armenrechtsbewilligung nicht doch vielleicht mißbrauchen, so daß ihnen aus diesem Grunde das Armenrecht zu versagen wäre.

Zimmerhin wird ein entsprechender Tatbestand hier doch wohl nur in besonderen Ausnahmefällen gegeben sein.

4.

Wieder eine andere Art mißbräuchlicher Armenrechtsbenutzung ist die Art und Weise des Prozessierens durch die arme Partei: Die leichtfertige Aufstellung irgendwelcher für den Prozeß wesentlich erscheinender Behauptungen und — besonders häufig — die wahllose Anführung von Beweismitteln für irgendeine an sich wesentliche Behauptung. Es werden häufig ins Blaue hinein beliebige Zeugen benannt, ohne Rücksicht darauf, ob sie wirklich als Beweismittel für die streitige Frage in Betracht kommen können. Oder aber es werden Zeugen in übermäßig großer Zahl für ein und dasselbe Beweisthema benannt. Ob hier ein leichtfertiges Vorgehen einer Partei im Vertrauen darauf, daß sie selbst für die Kosten der Beweisaufnahme insoweit, die ihr bewilligten Armenrechts nicht aufzukommen braucht, vorliegt, ist in aller Regel nicht vorher zu durchschauen und stellt sich meist erst heraus, wenn es zu spät ist, die Zeugen gefunden und somit die Kosten entstanden sind. Mißbräuchlich ist es aber auch, wenn unnötigerweise für irgendeinen Streitpunkt ein halbes Duzend Zeugen und mehr benannt werden, obwohl vielleicht auch ein bis zwei Zeugen genügen würden. Gewiß darf nicht verkantet werden, daß vorsorglich auch der Möglichkeit Rechnung getragen werden muß, daß der eine oder andere Zeuge versagt. Doch auch unter Berücksichtigung dieser Sorgfaltspflicht kann häufig die arme Partei besser abwägen, mit welchen Zeugen sie auskommen kann und kann dadurch nicht selten die Zahl der zu benennenden Zeugen vermindern und zur Entlastung der Reichskasse beitragen, also das tun, was wirklich eine verständige vermögende Partei unbedingt täte.

Auch in bezug auf die Benennung von Sachverständigen kommt mitunter ein allzu weitherziges Vorgehen der Partei in Frage, indem sie besondere Autoritäten benennt, die naturgemäß den Prozeß sehr verteuern und auf welche

eine nichtarme Partei, die zunächst wenigstens den Vorschub für den Sachverständigen leisten muß, sich kaum beziehen würde. Immerhin hat gerade beim Sachverständigen das Gericht letzten Endes die Auswahl mit Rücksicht auf § 404 ZPO. in der Hand, sofern nicht die Parteien sich über einen bestimmten Sachverständigen geeinigt haben (§ 404 Abs. 4 ZPO.).

Von dem Falle der Benennung Sachverständiger abgesehen, gibt es leider kein wirksames Mittel, dieser Art Mißbrauch der Vergünstigung des Armenrechts entgegenzutreten. Das Gericht kann zwar — und wird es meist versuchen — zunächst einzelne Zeugen herausgreifen, allerdings auf die Gefahr hin, nun gerade auf diejenigen zu stoßen, die nichts bekunden können. Es muß dann also doch noch auch die übrigen Zeugen laden. Damit ist also sogar noch die Gefahr einer Verzögerung des Prozesses verbunden. Es steht dem Gericht aber — bedauerlicherweise — sonst keine Handhabe zur Verfügung. So muß man sich im wesentlichen, wie es WGR. Dr. Engelhardt: M.B. 1935 Heft 12 S. 329 in seinem Aufsatz „Pflichten gegenüber der Volksgemeinschaft und Pflichten der Parteien zueinander im Zivilprozeß“ tut, auf einen Appell an das Verantwortungsgesühl der Partei und einen Hinweis auf ihre Pflichten gegenüber der Gemeinschaft beschränken, die für den einzelnen eintritt und der deshalb nicht ohne jede Rücksicht auf die Kosten vorgehen darf.

Nur in besonders kraft gelagerten Fällen wird das Gericht, wenn es immer wieder in denselben oder mehreren Prozessen auf ein solches Vorgehen derselben armen Partei stößt, daraus das Recht herleiten müssen, solcher mißbräuchlichen Benutzung des Armenrechts durch dessen völlige Entziehung ein Ende zu machen. Denn jede begründete Entziehung rechtfertigt sich in Wahrheit damit, daß weiteres Prozessieren im Armenrecht einen Mißbrauch desselben darstellen würde, mag die Partei nicht mehr arm sein, mag ihr Vorgehen keine Aussicht mehr bieten oder mag sie eben nur noch mutwilligerweise prozessieren. Auch wenn also die Partei nur in einzelner Beziehung mißbräuchlich in der soeben geschilderten Weise im Prozeß vorgeht, muß folglich das Gericht äußerstenfalls sich dieser Waffe gegen die arme Partei zum Schutze der Allgemeinheit vor leichtfertiger Kostenbelastung bedienen können. Ein Appell allein, hinter dem nicht notfalls auch die staatlichen Machtmittel stehen, um ihm Nachdruck zu verleihen, wird eben bei einer ohnehin schon verantwortungslos handelnden Partei wenig Wirkung haben.

5.

Auch der Wechsel in der Person des der armen Partei beigeordneten Armenanwalts ist nicht selten auf mißbräuchliche Ausnutzung der Rechtsposition der armen Partei zurückzuführen. Im Anwaltsprozeß erwirbt die arme Partei gemäß § 115 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO. mit der Bewilligung des Armenrechts den Rechtsanspruch auf Beordnung eines Anwalts zur vorläufig unentgeltlichen Wahrnehmung ihrer Rechte. Es ist nun wohl eine allzusehr am Wortlaut haftende Auslegung, wenn man, wie es mitunter geschieht, dabei den Ton auf „Beordnung eines Anwalts“ legt und damit der armen Partei nur das Recht auf einen einzigen Anwalt zugesteht. Denn der Sinn der Bestimmung ist der, daß die Partei, die prozessual sich nicht selbst vertreten darf, die gesetzlich notwendige Vertretung vom Staat auf dessen Kosten gestellt bekommt. Kann der zunächst bestellte Anwalt aus irgendwelchen Gründen das Mandat nicht weiter führen oder endet sein Auftrag durch Ausscheiden als Anwalt überhaupt oder gar durch Tod, dann ist die Rechtslage für die arme Partei unverändert die gleiche. Sie hat auch dann noch Anspruch auf Beordnung eines, d. h. nunmehr eines zweiten Anwalts. Das darf jedenfalls als Grundsatz gelten.

Er gilt aber, wie alle Grundsätze, keinesfalls ausnahmslos. Ein jeder Fall des Anwaltswechsels, auch wenn es sich nicht um Armenanwälte handelt, bedingt bekanntlich wegen der damit verbundenen Mehrbelastung des Prozesses mit Kosten eine Nachprüfung der Gründe dieses Wechsels. Das gilt nicht nur im Verhältnis zur etwa erstattungspflichtigen Gegenpartei,

weil nach § 91 Abs. 2 Satz 2 ZPO. diese nur die Kosten eines notwendigen Anwaltswechsels zu tragen hat. Das ist vielmehr auch im Verhältnis zur eigenen Partei mit Rücksicht auf § 50 RWGed. von Bedeutung. Diese Nachprüfung ist schließlich auch, was hier interessiert, für die Rechtsbeziehungen der verschiedenen Armenanwälte zur Reichskasse wichtig. Denn nach der heute immer mehr an Boden gewinnenden, vor allen vom Kostenrat des RG. entwickelten Rechtsprechung verliert der infolge eigenen Verschuldens ausscheidende Armenanwalt seinen Erfahsanspruch an die Reichskasse insoweit, als die gleichen Gebühren auch für seinen Nachfolger entstehen. Selbst wenn solch Verlust aber nicht eintritt oder richtiger gesagt, gerade wenn er nicht eintritt, kann das Ergebnis für die Reichskasse besonders belastend sein. Denn bei notwendigem Anwaltswechsel erwirbt sie zwar auch wegen der mehrfach von ihr gezahlten Armenanwaltsgebühren einen Rückgriffsanspruch an die unterliegende Gegenpartei. Bei nicht notwendigem Wechsel dagegen muß sie selbst, sofern nicht einer der Anwälte seines Anspruchs verlustig geht, den verschiedenen Armenanwälten ihre Kosten ersetzen, während sie nur wegen eines oder einiger Anwälte einen entsprechenden Rückgriff bei dem unterliegenden Gegner nehmen kann. Im einen wie im anderen Falle bleibt aber die Reichskasse mit den gesamten Kosten belastet, wenn die arme Partei unterliegt.

6.

Diese Erwägungen müssen vorangestellt werden, wenn man die Frage untersucht, ob es denn im Einzelfalle kein Mittel gibt, eine solche Inanspruchnahme der Mittel der Allgemeinheit zu verhindern. Anlaß dazu liegt jedenfalls dann im hinreichenden Maße vor, wenn die arme Partei ihre Rechtsstellung mißbraucht.

Nichts anderes als Mißbrauch ist es aber, wenn die arme Partei in dem Bewußtsein, notfalls an Stelle dieses einen Armenanwalts einen anderen und gegebenenfalls auch einen dritten usw. beigeordnet zu erhalten, weil das Gesetz ihr dieses Recht ja verbürge, ihrem Prozeßbevollmächtigten in unangemessener Weise gegenübertritt, mag sich dieses Verhalten nun auf das rein persönliche Gebiet beschränken oder Auseinandersetzungen mit dem Anwalt in sachlicher Hinsicht betreffen. Es mögen sich Differenzen vielleicht nicht immer ganz umgehen lassen. Sie mögen auch dazu führen, daß ein gedeihliches Zusammenarbeiten zwischen dem Anwalt und seiner Partei nicht mehr zu erwarten ist, so daß also keinem von beiden zuzumuten ist, noch mit dem anderen Teil zusammen zu arbeiten, sich von ihm vertreten zu lassen bzw. für ihn weiter tätig zu sein. Dann ist ein Wechsel in der Person des Armenanwalts unvermeidlich und objektiv notwendig, wenn er auch nach außen hin stets von der armen Partei zu vertreten ist. Gleichwohl wird man in solchem Falle noch nicht ohne weiteres von mißbräuchlicher Inanspruchnahme der Armenrechtsvergünstigung durch die arme Partei sprechen können. Es dürfte auch nicht richtig sein, jede Kündigung des Armenmandats durch die arme Partei selbst als Mißbrauch ihres Rechts anzusprechen. Die Weigerung der armen Partei, dem beigeordneten Anwalt Vollmacht zu erteilen, wird in aller Regel nicht hierher zu rechnen sein, zumal an sich die Partei ein berechtigtes Interesse daran hat, durch den Anwalt ihres Vertrauens, falls ein solcher ihr bereits zur Seite steht, vertreten zu werden (M.B. v. 10. Dez. 1934: D.J. 1572). Von Mißbrauch wird man vielmehr nur da reden können, wo die arme Partei schuldhaft die Differenzen herbeigeführt hat, jedenfalls und insbesondere dann, wenn sie durch unangemessenes Verhalten dem Anwalt ein weiteres Auftreten für sie unmöglich macht, gleichgültig, ob dann die Kündigung von ihr ausgeht oder der Anwalt sich veranlaßt sieht, um Entbindung von dem Amt als Armenanwalt zu bitten.

Auch hier gibt einen gewissen Maßstab und Anhaltspunkt die Parallele zur vermögenden Partei. Diese wird schon aus der für sie erwachsenden finanziellen Mehrbelastung heraus Konflikte mit ihrem Anwalt, die zur Aufkündigung des Mandats führen, nach Möglichkeit vermeiden. Mit gleichem Maße

ist folglich auch — man kann sagen sogar noch in verstärktem Grade — bei der armen Partei zu messen. Ein Verhalten, das bereits jenseits dieser Linie liegt, ist im allgemeinen Mißbrauch des Armenrechts. Jeder Rechtsmißbrauch bedingt aber mit Naturnotwendigkeit Rechtsnachteile für den Schuldigen. Das ist einfachstes Gebot der Gerechtigkeit und entspricht dem gesunden Rechtlichkeitsgefühl des Volkes. Auch ohne daß das Gesetz in solchem Fall die Folgen besonders vorschreibt, müssen sie deshalb von Rechts wegen gezogen werden können.

7.

Die Frage ist nun, welche Folgen zuungunsten der armen Partei sich aus diesem Rechtsmißbrauch, der sich in Wahrheit als „Verbrauch“ von Armenanwälten darstellt, ergeben können, notfalls sogar ergeben müssen.

Das Gesetz weist auch den Weg: Mißbrauch des Armenrechts führt, wenn vorher erkennbar, zur Versagung, wenn nachher sich herausstellend, zur Entziehung des Armenrechts. Das gilt ausdrücklich für den oben erörterten Unterfall des Mißbrauchs, die Mutwilligkeit. Das gilt aber entsprechend auch für jeden Teil der mit dem Armenrecht gewährten Vergünstigung, sofern dieser Teil von dem Mißbrauch unmittelbar betroffen wird. Die arme Partei also, die durch ein als Mißbrauch sich darstellendes schuldhaftes Verhalten das Ausschneiden ihres Armenanwalts verursacht, hat damit ihren Anspruch auf Beordnung eines — weiteren — Armenanwalts verwirkt. Es tritt ein der vom Gericht auszusprechenden Entziehung des Armenrechts rechtlich gleichwertiger Verlust dieser einen Vergünstigung ein. Dabei muß man sich darüber klar sein, daß an sich das Gericht nicht befugt ist, den gesetzlich festgelegten Umfang der Wirkung des Armenrechts in einzelnen Punkten oder Beziehungen zu ändern und einzelne Vergünstigungen zu versagen bzw. zu entziehen. Anders liegt es aber dann, wenn die Partei durch Rechtsmißbrauch sich den Genuß einzelner Vergünstigungen, wie also der Beordnung eines Armenanwalts, verschert, ihr Recht also in bestimmter Hinsicht verwirkt. Hier bestehen keine rechtlichen Bedenken, die arme Partei damit des Armenrechts in einzelnen Punkten verlustig gehen zu lassen oder auch in so gelagerten Fällen dem Gericht die Befugnis beizulegen, insoweit das Armenrecht zu entziehen. Andernfalls müßte man zu dem für die Partei noch ungünstigeren Ergebnis gelangen, daß ihr das Armenrecht in vollem Umfange zu entziehen ist, was aber in derartigen Fällen nicht immer unbedingt notwendig und vielleicht auch rechtlich zu beanstanden ist, außerdem jedenfalls allerdings als ultima ratio erfolgen kann.

Ob man im übrigen eine „Verwirkung“ annehmen, der Versagung durch die gerichtliche Entscheidung also nur deklaratorische Bedeutung beimessen oder eine regelrechte „konstitutive“ Entziehung für notwendig halten will, ist belanglos. Entscheidend ist nur der Erfolg des Rechtsverlustes.

8.

Die Handhabung gerade zur Frage mehrfacher Armenanwaltsbeordnung in der Praxis ist außerordentlich verschieden. Manche Gerichte gehen in der Tat davon aus, daß die Partei Anspruch nur auf einen Armenanwalt habe und lehnen gegebenenfalls die Beordnung eines weiteren Armenanwalts ab. So sagt das RG. (Entsch. v. 18. Mai 1904: JW. 1904, 368³⁵), daß für das Gericht kein Anlaß vorliege, einer Partei, die ihrem Armenanwalt das Mandat gekündigt habe, nochmals einen Armenanwalt zu bestellen. Auch Baumbach IE zu § 115 ZPO. spricht von „Beordnung nur, soweit kein Mißbrauch vorliegt, im allgemeinen also nur einmal“. OLG. Kiel (Entsch. v. 23. Mai 1932: JW. 1932, 2916⁶³) verlangt von der armen Partei, daß sie bei Kündigung des Mandats des Armenanwalts diese Maßnahme durch gröbliche Pflichtverletzung des Anwalts zu rechtfertigen vermöge, andernfalls sie mutwillig ihr Armenrecht verwirke. Ob damit dieses Armenrecht in vollem Umfange oder nur

in bezug auf Beordnung eines Anwalts zu verstehen ist, ist nicht klar zu ersehen.

Mitunter begegnet man der Auffassung und der entsprechenden Handhabung in der Praxis, daß eine Partei dann, wenn sie zweimal ihrem Armenanwalt das Mandat gekündigt habe, nunmehr keinen Anspruch auf einen dritten Armenanwalt habe. So z. B. OLG. Stettin (Entsch. v. 13. Nov. 1931: HöchstRspr. 1932 Nr. 671), wo ausgeführt wird, die arme Partei könne nicht so weit gehen, daß sie nacheinander zwei ihr bestellten Armenanwälten infolge von schuldhaft herbeigeführten Differenzen ein weiteres Auftreten für sie unmöglich mache, die Staatskasse dadurch mit unnötigen Kosten belaste und nun Beordnung eines dritten Anwalts beantrage. Das sei offensichtlicher Mißbrauch des Armenrechts, zudem auch mutwillig und durch die Rechtsordnung nicht geschützt. Denn auch das Recht der armen Partei finde ihre Grenzen in den Grundsätzen von Treu und Glauben und in dem Gebot des Rechtsmißbrauchs.

Weitaus überwiegend allerdings scheinen die Gerichte aus den Gründen des Ausscheidens des Armenanwalts, ob mit oder ohne Schuld der armen Partei, gegen diese keine Rechtsnachteile herzuleiten, wodurch naturgemäß eine sehr starke Belastung der Reichskasse bedingt wird. Der richtige Standpunkt dürfte aber allein der sein, daß bei Feststellung wirklichen Mißbrauchs des Rechts der armen Partei in bezug auf ihre Stellung zum Armenanwalt ihr ein weiterer Armenanwalt nicht mehr beizuordnen ist, mag sie bisher erst einen oder schon mehrere Armenanwälte schuldhaft „verbraucht“ haben.

Man könnte mir entgegenhalten, daß eine derartige Versagung der Bestellung eines Prozeßbevollmächtigten für das weitere Verfahren häufig gleichbedeutend mit dem Verlust des Prozesses sein wird, da sie der wirklich armen Partei die Möglichkeit nimmt, sich weiterhin vertreten zu lassen, und daß eine solche Folge mangels ausdrücklicher gesetzlicher Grundlage nicht vertretbar sei. Dieser Hinweis auf die Folgen der Ablehnung weiterer Anwaltsbeordnung ist richtig, trotzdem aber nichtsagend. Wie sollte eigenes frivoles Verhalten einer Partei für diese die gebührenden Rechtsnachteile zeitigen können, wenn aus Furcht vor solchen und, um die Partei davor zu bewahren, das Gericht die unbedingt notwendigen Folgerungen nicht ziehen wollte? Was anderes bedeutet denn eine Versagung oder Entziehung des ganzen Armenrechts als eben die bewußte und vom Gesetz im Ergebnis ja gerade gewollte Abschneidung einer als nicht rechtsschutzbedürftig erkannten Rechtswahrnehmung, selbst auf die Gefahr hin, daß die Partei dann doch noch die Mittel aufbringt und so den Prozeß — nicht selten sogar mit Erfolg — durchführt? Die Folgen des Mißbrauchs des Armenrechts dürfen also nicht davon abgehalten, sie gegen die arme Partei sich auch auswirken zu lassen, wohlgemerkt immer unter der tatsächlich gegebenen Voraussetzung, daß Rechtsmißbrauch einwandfrei feststeht.

9.

So bleibt noch zu erörtern die letzte Kategorie mißbräuchlicher Armenrechtsbenutzung, wie sie durch die Eigenart des Eheprozesses bedingt ist.

Es gibt in der Tat Eheleute, die in buntem Wechsel sich entzweien, die Klage gegeneinander einleiten, sich dann wieder vertragen und nach einiger Zeit dasselbe Spiel beginnen, nicht nur zweimal oder dreimal, sondern auch noch öfter. Das Bewußtsein, mit dem Armutszeugnis in der Tasche und dem jeweils sehr leicht darzuliegenden neuen Scheidungsgrund — der zudem noch die früheren Gründe wieder aufleben läßt — ja die Bewilligung des Armenrechts erzwingen zu können, fördert ein derartiges Verfahren nur allzusehr. Wenn schon die Gerichte solchen Ehepartnern wieder und immer wieder zur Verfügung stehen müssen, so ist doch ernstlich zu fragen, ob denn dasselbe auch für die vom Gesetz vorgesehenen Vergünstigungen und für die besseren Zwecken dienenden Mittel der Allgemeinheit zu gelten hat, mit deren Hilfe diese Vergünstigungen finanziert werden. In der Tat scheint man einer derartigen leichtfertigen und überflüssigen Inanspruch-

nahme des Armenrechts machtlos gegenüberzustehen. Zum Glück scheint es aber nur. Denn auch hier haben die Belange der Allgemeinheit, das Interesse der Volksgesamtheit vollen Anspruch darauf, berücksichtigt und nicht mißbräuchlicher Rechtsbenutzung Einzelner zwecklos geopfert zu werden. Denn daß ein solches Verhalten von Eheleuten, die nicht ihre eigenen Mittel riskieren, sondern in Wahrheit nur ihre Ehezwistigkeiten jeweils vor Gericht austragen und dazu Kosten des Staates in Anspruch nehmen, verantwortungslos und rechtsmißbräuchlich ist, also keine Unterstützung von Rechts wegen verdient, kann wohl kaum angezweifelt werden.

Frage: sollen denn nun diese Eheleute dadurch bestraft werden, daß sie trotz Ehezerüttung nicht geschieden werden? Doch wird schon diese Fragestellung dem Problem nicht gerecht. Die Frage hat vielmehr so zu lauten: sollen diese Eheleute das Recht haben, ihre wiederholten überflüssigen Scheidungsprozesse sich vom Staat finanzieren zu lassen? Die Antwort darauf aber ist nicht schwer. Die rechtliche Handhabe, sie in die Praxis umzusetzen, ist ebenfalls gegeben. Der Begriff des Mutwillens ist vom Gesetz durchaus nicht auf vermögensrechtliche Streitigkeiten beschränkt. Er gilt vielmehr ebenso für Scheidungsprozesse. Auch hier kann also der Anspruch selbst an sich aussichtsvoll, gleichwohl aber seine Verfolgung mutwillig erscheinen, mutwillig insofern, als — wie aus den in gleicher Weise verlaufenen vorhergegangenen Verfahren zu ersehen — auch diese neue Scheidungsklage voraussichtlich infolge des ausföhnenden Verhaltens der Parteien nicht zu einer Scheidung führen würde. Der Begriff des voraussichtlichen, des wahrscheinlichen Ergebnisses spielt ja aber gerade für die Entscheidung über das Armenrecht die ausschlaggebende Rolle. Solchen Prozeß, der mit höchster Wahrscheinlichkeit von den Parteien doch nicht bis zum rechtskräftigen Urteil durchgeführt werden wird, anzuklagen, ist aber mutwillig und, sofern dies nicht aus eigenen, sondern staatlichen Mitteln versucht wird, rechtsmißbräuchlich. Dazu steht das Armenrecht nicht zur Verfügung.

Damit soll nun nicht etwa einer vom Gesetz an sich begünstigten Ausföhnung streitender Ehegatten hindernd in den Weg getreten werden. Diese Wirkung erzielt allerdings DVG.

Hamburg (Entsch. v. 16. Febr. 1933: HöchstRspr. 1933, 1700), welches das Armenrecht für die Verufung gegen ein Scheidungsurteil mit der Begründung verweigert, daß die Eheleute sich zunächst mit Scheidung einverstanden erklärt, dann aber gleichwohl nach Erlaß des Urteils sich ausgeföhnt hätten, daß ein solches Verfahren mutwillig sei und deshalb den Parteien zugemutet werden könne, auf ihre Kosten die Ehe vor dem Standesbeamten neu zu schließen. Diese Zumutung an die Ehegatten ist nun allerdings reichlich eigentümlich, von Mutwilligkeit ihrer Rechtsverfolgung und Rechtsmißbrauch, sofern nicht ganz besondere, hier aber fehlende Umstände hinzutreten, wohl kaum die Rede. Immerhin ist von Interesse, daß dem DVG. Hamburg auch hier bereits der Gedanke vorgeschwebt hat, vielleicht vermeidbare, auf Kosten der Allgemeinheit zu führende Verfahren einzudämmen.

Zugemutet werden darf den Ehepartnern dagegen, nicht wegen jeden Ehezwistes zum Richter zu laufen, obwohl sie genau wissen, daß sie binnen kurzem sich ohnehin wieder vertragen werden. Dieses Verfahren darf man, sobald es sich mehrfach wiederholt, also bestimmte Schlässe für weitere Verfahren zuläßt, berechtigterweise als mutwillig bezeichnen und mit Verweigerung des Armenrechts wegen rechtsmißbräuchlicher Inanspruchnahme desselben beantworten.

Im Einzelfall kann vielleicht auch die Verneinung des Tatbestandsmerkmals der Zerüttung der Ehe helfen.

10.

Unsere Untersuchung zeitigt demnach erfreulicherweise überwiegend ein positives Ergebnis. Die Rechtsordnung braucht nicht vor mißbräuchlicher Inanspruchnahme und Benutzung der von ihr gewährten Einrichtungen die Segel zu streichen. Wer verantwortungslos genug ist, solchen Mißbrauch nicht zu scheuen, verwirkt den Anspruch auf die ihm sonst von der Rechtsordnung zugebachten Vergünstigungen. Die Gerichte haben zu ihrem Teil die Verpflichtung, solchem Mißbrauch mit den entsprechenden Maßnahmen entgegenzutreten. Das gilt auch und in besonderem Maße bei mißbräuchlicher Inanspruchnahme der Rechtswohlthat des Armenrechts.

Streitwertfestsetzung, Zuständigkeit des Prozeßgerichts und Schiedsurteilsverfahren

Von Landgerichtsrat Breuer, Berlin

Nach § 2 ZPO. ist der Streitwert, soweit über die Zuständigkeit des Gerichts zu entscheiden ist, nach den Vorschriften der §§ 3 ff. ZPO. festzusetzen. Gemäß § 17 DRG. ist die zum Zwecke der Entscheidung über die Zuständigkeit des Prozeßgerichts oder die Zulässigkeit des Rechtsmittels erfolgte Festsetzung des Wertes, unbeschadet der Vorschriften der §§ 10, 13, für die Berechnung der Gebühren maßgebend. Hiernach und nach § 18 DRG. kann regelmäßig ein Streitwert für die Berechnung der Gebühren nur festgesetzt werden, soweit eine Entscheidung gemäß § 17 DRG. stattgefunden hat. Für die Gebührenberechnung ist der Streitwert gemäß §§ 9 ff. DRG. zu ermitteln.

Für das Schiedsurteilsverfahren aus § 20 EntW.D. (in der Fass. der NotW.D. v. 6. Okt. 1931 (RGBl. I, 537) Teil 6 Kap. I § 10 Abs. 2), das vor dem AG. bei einem Streitwert bis zu 100 RM stattzufinden hat, ist durch das Gesetz keine besondere Bestimmung über die Streitwertfestsetzung getroffen worden.

- Aus diesem Nebeneinander von Streitwertfestsetzungen für
1. die Zuständigkeit des Gerichts,
 2. die Zulässigkeit des Rechtsmittels,
 3. das Schiedsurteilsverfahren,
 4. die Gebührenberechnung

ergeben sich in der Praxis oft Schwierigkeiten. Bei der Entscheidung dieser Fragen hat die Kostenkammer des LG. Berlin, die u. a. über sämtliche Streitwertbeschwerden aus den Zivilprozeßabteilungen der zum LGBezirk Berlin gehörigen AG. zu befinden hat, in jahrelanger Praxis eine feste Rechtsprechung entwickelt, die im folgenden miterörtert wird.

Soweit die Festsetzung des Streitwerts für die Zuständigkeit oder die Zulässigkeit des Rechtsmittels in Betracht kommt, gehen die Erläuterungsbücher zur ZPO. und zum DRG. davon aus, daß eine solche Wertfestsetzung in den Gründen des Urteils oder Beschlusses erfolgt, die über die Zuständigkeit oder die Zulässigkeit des Rechtsmittels befinden. Häufig werden aber Wertfestsetzungsbeschlüsse erlassen, durch die vorab die Frage geklärt werden soll, ob das angerufene Gericht zuständig ist oder nicht. Beispielsweise erhebt der Beklagte im Termin vor dem AG. die Einrede, daß das AG. nicht zuständig sei (§ 274 Ziff. 1 ZPO.). Der Kläger widerspricht, und schließlich setzt das AG. durch verkündeten Beschluß den Streitwert fest. Wenn es sich hiernach für zuständig hält, will es regelmäßig weiterverhandeln, während der Beklagte Beschwerde einlegt. Oder das AG. setzt einen Streitwert fest, nach dessen Höhe das LG. zuständig sein würde. Dann will oft der Kläger die Frage der Zuständigkeit dadurch klären, daß

er Beschwerde gegen die Wertfestsetzung einlegt. In eingehenden Ausführungen hat Canter, „Wertfestsetzungsbeschlüsse zwecks Entscheidung über die Zuständigkeit des Gerichts oder die Zulassung eines Rechtsmittels“ (ArchZivPr. N. F. 20, 218) dargelegt, daß solche Beschlüsse nicht zulässig sind. Indeß werden sie in der Praxis immer wieder erlassen, und wiederholt ist es vorgekommen, daß das O.G., die Parteien und ihre Anwälte übereinstimmend abgewartet haben, welchen Erfolg eine nunmehr eingelegte Streitwertbeschwerde haben wird. Derartige Beschwerden sind aber nicht zulässig.

Nach § 275 ZPO. ist über prozeßhindernde Einreden besonders zu verhandeln und durch Urteil zu entscheiden, wenn das Gericht die abgesonderte Verhandlung anordnet. Und nach § 276 ZPO. hat das angegangene Gericht, wenn auf Grund der Bestimmungen über die sachliche Zuständigkeit der Gerichte die Unzuständigkeit des Gerichts auszusprechen ist, auf Antrag des Klägers, sofern das zuständige Gericht bestimmt werden kann, durch Beschluß sich für unzuständig zu erklären und den Rechtsstreit an das zuständige Gericht zu verweisen. Hiernach enthält die ZPO. besondere Vorschriften über den Zuständigkeitsstreit; auch ein solcher Streit soll in der Regel nach mündlicher Verhandlung entschieden werden. Schon aus diesen Erwägungen folgt, daß die Zuständigkeitsfrage nicht noch in einem anderen Verfahren, nämlich im Streitwertbeschwerdeverfahren, aufgerollt werden kann, das regelmäßig schriftlich ist. Dies ergibt sich, wie die Kostenkammer des O.G. Berlin u. a. in dem Beschluß v. 21. Febr. 1936, 227 T 1886 (131)/36 ausgesprochen hat, auch aus dem Gesetz. Der § 17 DGRG. betrifft die zum Zwecke der Entscheidung über die Zuständigkeit des Prozeßgerichts oder die Zulässigkeit des Rechtsmittels erfolgte Festsetzung des Wertes, während § 18 DGRG., §§ 11, 12 RVGebD. die Wertfestsetzung für die Gebührenberechnung regeln. Nach § 18 Abs. 2 DGRG., § 12 RVGebD. können die Parteien und ihre Anwälte gegen die für die Gebührenberechnung getroffene Wertfestsetzung Beschwerde einlegen. Dagegen enthält § 17 DGRG. keine derartige Bestimmung. Auch § 567 Abs. 1 ZPO. kann nicht angewandt werden, selbst wenn die Wertfestsetzung auf Antrag einer Partei erlassen worden ist. Denn damit ist nicht „ein das Verfahren betreffendes Gesuch zurückgewiesen“, sondern dem Antrage auf Wertfestsetzung stattgegeben worden (zu demselben Ergebnis, jedoch mit anderer Begründung, gelangt Canter a. a. D.).

Daher muß es dabei verbleiben, daß der Streitwert, wenn er für die Zuständigkeit des Prozeßgerichts maßgebend ist, nur mit einem Rechtsmittel gegen die Sachentscheidung (Urteil oder Beschluß) angegriffen werden kann.

Eine besondere Streitwertbeschwerde ist auch dann nicht zulässig, wenn das Gericht die Klage wegen Unzuständigkeit durch Urteil abgewiesen und erst später den Streitwert dementsprechend festgesetzt hat. Auch eine solche Wertfestsetzung ist zur Begründung, d. h. zum Zwecke der Entscheidung über die Zuständigkeit des Prozeßgerichts, erfolgt (vgl. den Beschluß der Kostenkammer des O.G. Berlin v. 5. März 1935, 227 T 2632 [199]/35).

Ebenso sind Fälle zu beurteilen, in denen das O.G. eine einstweilige Verfügung erläßt und den Streitwert auf einen Betrag festsetzt, der zur Zuständigkeit des O.G. gehört. Diesen Standpunkt hat die Kostenkammer des O.G. Berlin in dem Beschluß v. 28. Mai 1935, 227 T 6360 (485)/35 eingenommen.

Wie bereits Canter a. a. D. ausgeführt hat, können auch Wertfestsetzungen über die Zulässigkeit des Rechtsmittels nicht gesondert mit einer Beschwerde angefochten werden. Mitunter nehmen Parteien an, daß sie, wenn sie in erster Instanz obgesiegt haben, dem Gegner das Rechtsmittel der Berufung dadurch abschneiden könnten, daß sie eine Beschwerde auf Herabsetzung des Streitwerts unter 100 R.M. einlegen. Wenn sie einen nach § 18 Abs. 1 DGRG. für die Gebührenberechnung erlassenen Streitwertbeschluß angreifen, sind derartige Beschwerden nach § 18 Abs. 2 DGRG. zulässig, und die Beschwerdeführer sind auch insofern regelmäßig beschwert, als

sie ein berechtigtes Interesse an der Verringerung der Gerichts- und Anwaltsgebühren haben. Jedoch hat eine von der Beschwerdeinstanz erlassene Entscheidung keine Bedeutung für die Frage, ob die Berufung gegen das Urteil zulässig ist oder nicht. Denn in einem solchen Beschwerdeverfahren steht nur der Streitwert erster Instanz für die Gebührenberechnung in Rede, und das O.G. (sowie das Beschwerdegericht) kann den Streitwert für die Berufung, die oft noch gar nicht eingelegt ist, nicht vorab festsetzen (vgl. Beschluß v. 31. Jan. 1936, 227 T 1046 [69]/36).

Damit wird ein anderes Gebiet berührt: die Streitwertfestsetzung des O.G. und das Schiedsurteilsverfahren nach § 20 EntlWD. Hierbei wiederholen sich in der Praxis folgende drei Fälle:

1. Das O.G. setzt den Streitwert auf einen Betrag bis zu 100 R.M. fest und will nunmehr im Schiedsurteilsverfahren erkennen.
2. Das O.G. erläßt ein Schiedsurteil und setzt gleichzeitig den Streitwert auf einen Betrag bis 100 R.M. fest.
3. Das O.G. erläßt ein Schiedsurteil und setzt später den Streitwert auf einen Betrag bis zu 100 R.M. fest.

Allen drei Fällen ist gemeinsam, daß die Wertfestsetzung (nicht nach § 18 Abs. 1 DGRG. für die Gebührenberechnung, sondern) zur Begründung des Schiedsurteilsverfahrens erfolgt. Roswinkel, „Streitwertfestsetzung und Schiedsurteilsverfahren“ (ZFP. 59, 235) hält Beschwerden gegen derartige Wertfestsetzungen für zulässig. Dies hat die Kostenkammer des O.G. Berlin in langjähriger Rechtsprechung (u. a. in den Beschlüssen v. 15. Febr. 1935, 227 T 1860 [141]/35, v. 3. März 1936, 227 T 2607 [173]/36 und v. 26. Nov. 1935, 227 T 13804 [1001]/35) abgelehnt.

Auch hier ist der Grundgedanke, daß eine verfahrensrechtliche Entscheidung nicht in dem kostenrechtlichen Verfahren des Streitwerts getroffen werden kann. Wie die Zuständigkeitsfrage muß auch die Frage, ob durch Schiedsurteil zu erkennen ist, im Prozeßverfahren entschieden werden. Denn die gegenteilige Meinung müßte annehmen, daß das O.G. auf Streitwertbeschwerde vorab nicht nur über diese Frage, sondern auch darüber befinden könnte, ob eine Berufung, die vielleicht noch gar nicht eingelegt ist, zulässig ist oder nicht. Eine solche Annahme läßt sich mit dem Aufbau der ZPO. und der EntlWD. nicht in Einklang bringen. Deshalb sind Beschwerden gegen Streitwertbeschlüsse, die der Begründung des Schiedsurteilsverfahrens dienen, als unzulässig zu behandeln. Dies ist damit zu begründen, daß § 17 DGRG. auf solche Streitwertbeschlüsse entsprechend angewandt wird (ebenso Stein-Jonas, ZPD. § 3 Anm. II; Baumbach, Reichs-Kosten-Gesetz § 17 DGRG. Anm. 2 a. E.). Dann steht, wie oben zur Zuständigkeit ausgeführt, weder den Parteien noch den Anwälten eine Beschwerde zu. Dies muß m. E. auch gelten, wenn das O.G. durch Beschluß eine einstweilige Verfügung erläßt und gleichzeitig den Streitwert auf einen Betrag bis zu 100 R.M. festsetzt. Denn es besteht die Möglichkeit, daß gegen die einstweilige Verfügung Widerspruch erhoben wird, in welchem Falle bei einem Wert bis zu 100 R.M. durch Schiedsurteil zu erkennen ist.

Für eine gesetzliche Neuregelung verdient der von Roswinkel a. a. D. wiederholte Vorschlag Beachtung. Vielleicht wäre ein Zusatz zu § 20 EntlWD. dahin zweckmäßig, daß das O.G., wenn es im Schiedsurteilsverfahren entscheiden will, den Streitwert auf einen Betrag bis zu 100 R.M. festsetzt, und die Parteien und ihre Anwälte hiergegen binnen einer Woche nach Zustellung oder Verkündung beim O.G. Beschwerde auf Erhöhung des Streitwerts auf mehr als 100 R.M. einlegen können; ferner daß ein unanfechtbares Schiedsurteil erlassen werden kann, wenn entweder die Beschwerdefrist abgelaufen oder eine innerhalb der Frist eingegangene Heraussetzungsbeschwerde erfolglos geblieben ist; schließlich daß die Vorschriften der §§ 568 Abs. 1 und 3, 569 Abs. 2, 570, 573 bis 575, 577 Abs. 3 ZPO. Anwendung finden.

Rechtsfolgen des Eintritts der Unwirksamkeit einer devisenrechtlichen Genehmigung im Laufe eines gerichtlichen Verfahrens

Von Dr. jur. W. Zabolitzky, Bremen

Gemäß Ziff. I 8 der Richtlinien für die Devisenbewirtschaftung begrenzen die Devisenbehörden in vielen Fällen die Gültigkeitsdauer devisenrechtlicher Genehmigungen. Dies führt zu Schwierigkeiten, wenn der genehmigte Vorgang in der Handlung einer Person besteht, die sie nicht freiwillig vornimmt, vielmehr im Wege der Klage oder der Zwangsvollstreckung hierzu gezwungen werden muß, oder in Handlungen, bei denen die Mitwirkung anderer Personen oder behördlicher Stellen notwendig ist, wie z. B. die Grundbuchrechtliche Eintragung einer an eine devisenrechtliche Genehmigung gebundenen Verfügung. Häufig tritt dann der Zeitpunkt des Unwirksamwerdens der Genehmigung vor Beendigung des gerichtlichen Verfahrens ein, und es erhebt sich die Frage, welche Bedeutung dies für den weiteren Fortgang des Verfahrens hat, namentlich ob nunmehr noch eine Verurteilung zur genehmigungspflichtigen Leistung bzw. die Eintragung der genehmigungsbedürftigen Verfügung vorgenommen werden darf oder nicht, und wie sich die Prozeßparteien in einem derartigen Falle zu verhalten haben. Die Frage war seither namentlich infolge zweier nicht veröffentlichter bei Hartenstein, Devisennotrecht 1935, S. 532 zitierter Entscheidungen des RG., wonach das Vorliegen der devisenrechtlichen Genehmigung lediglich eine sachlich-rechtliche Voraussetzung für ein günstiges Urteil bilde, ihr Unwirksamwerden durch Zeitablauf während der Revisionsinstanz daher unbeachtlich sei und der hierzu von Hartenstein a. a. D. vertretenen noch weitergehenden Ansicht zweifelhaft und bestritten. Sie hat jedoch eine wesentliche Klärung erfahren durch zwei neuerliche in der JW. 1936, 1535 bis 1537 abgedruckte Entscheidungen des RG. Darin hat das RG. unter Aufgabe seiner früheren Rechtsprechung ausdrücklich ausgesprochen, daß das Erfordernis der devisenrechtlichen Genehmigung auch in der Revisionsinstanz von Amts wegen zu prüfen ist. Hartenstein billigt in seiner Anmerkung hierzu (JW. a. a. D.) die Auffassung des RG. im vollen Umfange und gibt damit offenbar die von ihm seither vertretene Auffassung auf.

Dadurch erübrigt sich eine eingehende Stellungnahme zu der vom RG. und Hartenstein a. a. D. früher vertretenen Ansicht. Zur Klärung der Rechtslage sei jedoch folgendes bemerkt:

1. Das Unwirksamwerden einer devisenrechtlichen Genehmigung im Laufe eines Prozeßverfahrens gibt dem Schuldner einen materiell-rechtlichen Einwand gegen den Klageanspruch, und zwar aus folgenden Gründen:

Die devisenrechtliche Genehmigung wird nicht dem Kl. zur Durchführung der Klage, sondern dem Schuldner zur Bewirkung seiner Leistung erteilt (vgl. Hartenstein a. a. D. Sprechend Ri. III 4). Ist nun in einer solchen Genehmigung entsprechend Ri. I 8 angeordnet, daß sie unwirksam wird, wenn nicht binnen einer bestimmten Frist oder bis zu einem bestimmten Zeitpunkt von ihr Gebrauch gemacht worden ist, und hat der Schuldner die genehmigte Handlung noch nicht vorgenommen, dann ist die Unwirksamkeit der Genehmigung eingetreten; denn es ist ja von ihr kein Gebrauch gemacht worden. Unter Gebrauchmachen i. S. der Ri. I 8 kann nur die Vornahme der genehmigten Handlung verstanden werden, nicht aber die Einleitung von Maßnahmen, die darauf zielen, denselben, der zu ihrer Vornahme verpflichtet ist, hierzu zu veranlassen.

Nach Eintritt der Unwirksamkeit der Genehmigung ist sonach die Rechtslage genau die gleiche, wie wenn eine devisenrechtliche Genehmigung überhaupt nicht vorgelegen hätte. Der Schuldner kann also weder durch Klage, noch durch Vollstreckungsmaßnahmen zu ihrer Vornahme gezwungen werden.

2. Daß die oben dargelegte Änderung der materiellen Rechtslage in den Tatsacheninstanzen zu beachten ist, bedarf keiner weiteren Ausführung.

Mit Rücksicht auf die Bestimmung des § 561 ZPO. war es jedoch zweifelhaft, ob dies auch für die Revisionsinstanz gilt, ob also der in der Revisionsinstanz vorgebrachte Einwand, daß die Unwirksamkeit der devisenrechtlichen Genehmigung, die der Entscheidung der Vorinstanz zugrunde liegt, eingetreten sei, zulässig ist. Daß das RG. mit Recht diese Frage bejaht, ergeben die folgenden Erwägungen:

Es ist anerkannt, daß der Mangel der devisenrechtlichen Genehmigung im Veräumnisverfahren von Amts wegen zu berücksichtigen ist, und daß die Behauptung des Kl., die devisenrechtliche Genehmigung sei erteilt, trotz der Bestimmung des § 331 ZPO. vom Gericht nicht als zugestanden angesehen werden darf (vgl. Hartenstein a. a. D., Anm. 6 zu § 39, S. 300). Das gleiche gilt auch im Falle des Anerkenntnisses durch den Beklagten. Es ist ferner anerkannt, daß infolge der Bestimmung des § 41 DevG. auch in der Vollstreckungsinstanz das Vorliegen der devisenrechtlichen Genehmigung von Amts wegen zu prüfen ist, und zwar auch dann, wenn das Gericht die Verurteilung unzulässigerweise vorgenommen hatte, obwohl eine Genehmigung nicht vorlag (Hartenstein, Anm. 2 zu § 41 S. 319). Letzteres müßte m. E. selbst dann gelten, wenn das Gericht im Prozeßverfahren die Notwendigkeit einer devisenrechtlichen Genehmigung vereint hätte, die Vollstreckungsbehörde jedoch gegenteiliger Meinung wäre.

Angeichts einer derartigen Rechtslage wäre es weder logisch, noch vom praktischen Gesichtspunkt aus verständlich, wenn in derselben Sache zwar in den Tatsacheninstanzen und im Vollstreckungsverfahren der durch das Unwirksamwerden der erteilten Genehmigung eingetretene Mangel einer devisenrechtlichen Genehmigung von Amts wegen berücksichtigt werden müßte, nicht aber in der zwischen beiden liegenden Revisionsinstanz. Das RevG. müßte dann den Schuldner trotz der während der Revisionsinstanz eingetretenen Unwirksamkeit der Genehmigung verurteilen, und damit eine Entscheidung treffen, die die Vollstreckungsbehörde nicht vollstrecken, also im gewissen Sinne gar nicht anerkennen dürfte. Das kann aber unmöglich richtig sein.

Die durch den Eintritt der Unwirksamkeit der Genehmigung bedingte Änderung der Rechtslage begründet eben nicht nur einen sachlich-rechtlichen Einwand, sondern hat darüber hinaus zur Folge, daß die Handlung zu einer vom Gesetz verbotenen und unter Strafe gestellten geworden ist. Aus diesem Grunde muß auch das RevG. von Amts wegen prüfen, ob im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung eine noch gültige devisenrechtliche Genehmigung vorliegt.

3. Im Zusammenhang hiermit erhebt sich die Frage, wie zu verfahren ist, wenn im Laufe eines Prozeßverfahrens die Unwirksamkeit einer devisenrechtlichen Genehmigung eintritt. In vielen Fällen wird die interessierte Partei vor Ablauf der Gültigkeit der vorliegenden Genehmigung die Verlängerung ihrer Gültigkeitsdauer durch die zuständige Devisenbehörde erreichen können. Unter Umständen kann sie sich auch, wie in dem in der oben zitierten Entscheidung des RG. behandelten Falle, mit einer Genehmigung anderen Inhalts, etwa einer solchen zur Zahlung des Betrages auf ein Sperrkonto begnügen und ihren Klageantrag entsprechend umstellen. Kann jedoch eine rechtzeitige Entscheidung der zuständigen Devisenbehörde nicht herbeigeführt werden, dann steht ihr das Recht zu, auf Grund des § 39 DevG. die Aussetzung des Verfahrens zu beantragen, bis die Entscheidung über ihren neuen Antrag ergangen ist.

Die Bestimmung des § 39 DevG. kommt nicht nur dann in Frage, wenn ohne Vorliegen einer devisenrechtlichen Genehmigung auf eine genehmigungsbedürftige Leistung geklagt wird — und findet dann unter Umständen auch in der Revisionsinstanz Anwendung —, sondern auch dann, wenn eine devisenrechtliche Genehmigung vorliegt, aber im Laufe des Verfahrens unwirksam geworden ist und eine Entscheidung der zuständigen Stelle über die Verlängerung ihrer Gültigkeitsdauer noch nicht ergangen ist. — Erreicht der Antragsteller eine Verlängerung der Gültigkeitsdauer nicht oder kann er nur eine Genehmigung anderen Inhalts, etwa die zur Zahlung des Betrages seitens des Schuldners auf ein Sperrkonto erhalten, will sich aber, weil er aus materiell-rechtlichen Gründen hierzu nicht verpflichtet ist, mit einer derartigen Leistung nicht einverstanden erklären, dann müßte seine Klage kostenpflichtig abgewiesen werden, denn sein Klageantrag ist nicht mehr begründet. Diese Rechtsfolge braucht er jedoch nicht hinzunehmen, sondern kann sie dadurch vermeiden, daß er die Hauptsache für erledigt erklärt und beantragt, dem Gegner die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen. Eine solche Erledigungserklärung ist nach den in der Rechtsprechung ausgebildeten Grundsätzen zulässig, wenn der erhobene Anspruch infolge eines nach Eintritt der Rechtshängigkeit eingetretenen Ereignisses unbegründet geworden ist, und hat zur Folge, daß der Beklagte mit den Kosten des Rechtsstreites belastet wird, wenn der Klageanspruch tatsächlich begründet war. Es ist kein Grund ersichtlich, der die Anwendung dieses Rechtsgrundsatzes auf den vorliegenden Fall verbietet. Hierdurch kann vermieden werden, daß der Gläubiger, der auf Grund einer vorliegenden devisenrechtlichen Genehmigung eine begründete Klage erhoben hat, eine Verlängerung der Gültigkeitsdauer der Genehmigung aber nicht durchsetzen kann, mit den Kosten des Verfahrens belastet wird, weil er gezwungen war, den Schuldner, der nicht freiwillig leistete, zu verklagen, aber während der Gültigkeitsdauer der Genehmigung eine Verurteilung nicht mehr erreichen konnte.

Das Gesagte gilt auch für die Revisionsinstanz, d. h. eine Erledigungserklärung ist auch in der Revisionsinstanz zulässig, wenn die Unwirksamkeit der Genehmigung während der Revisionsinstanz eintritt.

4. Das unter 1. Ausgeführte trifft nicht nur für die Klage auf Vornahme einer genehmigungspflichtigen Handlung zu, sondern auch für die Zwangsvollstreckung, durch die eine Leistung erzwungen werden soll, die an eine devisenrechtliche Genehmigung gebunden ist. Es gilt namentlich auch für den Fall,

daß der Schuldner noch während der Gültigkeitsdauer der Genehmigung zur Vornahme einer genehmigten Handlung verurteilt wurde, die Unwirksamkeit der Genehmigung aber vor Einleitung der Zwangsvollstreckung oder während ihrer Durchführung eingetreten ist. Insofern erleidet die allgemein vertretene Auffassung (vgl. Hartenstein a. a. O. S. 319, Anm. 1 zu § 41), eine vor Einleitung der Zwangsvollstreckung erteilte Genehmigung, insbes. eine solche, die Grundlage des Urteils, aus dem vollstreckt werden soll, bilde, wirke für das Vollstreckungsverfahren fort, eine Einschränkung für den Fall, daß die Gültigkeitsdauer der zugrunde liegenden Genehmigung befristet ist. Die Vollstreckungsorgane müssen vielmehr trotz Ri. III 4 Abs. 2 prüfen, ob eine im Zeitpunkt der Vornahme der Vollstreckung noch gültige Genehmigung vorliegt oder nicht.

In gleicher Weise muß aber auch das GBL bei Eintragung einer genehmigungspflichtigen Verfügung prüfen, ob eine im Zeitpunkt der Eintragung noch gültige Genehmigung vorliegt. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die Eintragung selbst zu dem genehmigungspflichtigen Rechtsgeschäft gehört, d. h. ein Tatbestandsmerkmal der sachenrechtlichen Verfügung bildet, wie dies bei der Hypothekenbestellung der Fall ist. Anders ist die Rechtslage dann, wenn die Eintragung nur deklaratorische Bedeutung hat, das Rechtsgeschäft sich also rechtswirksam außerhalb des Grundbuchs vollzieht, etwa wenn eine genehmigungspflichtige Abtretung einer Hypothek durch schriftliche Abtretungserklärung und Übergabe des Hypothekenbriefes (§ 1154 BGB.) erfolgt. In diesem Falle hat das GBL. nur zu prüfen, ob beide Handlungen während der Gültigkeitsdauer der Genehmigung vorgenommen wurden.

Ist nämlich zur Vornahme der genehmigten Verfügung nicht nur die Handlung des Genehmigungsinhabers, sondern auch die einer dritten Person oder einer amtlichen Stelle erforderlich, dann muß auch diese Handlung innerhalb der Gültigkeitsdauer der Genehmigung vorgenommen werden; denn auch sie ist ohne Genehmigung — also auch dann, wenn die Ungültigkeit einer vorliegenden Genehmigung eingetreten ist — nicht zulässig.

Die Rechtslage ist genau die gleiche wie in dem Fall, daß ein Inländer, zu dessen Gunsten eine Hypothek bewilligt wurde, seinen Wohnsitz ins Ausland verlegt, bevor die Eintragung der Hypothek im Grundbuch erfolgt ist. In beiden Fällen ist die Eintragung unzulässig.

Politik und Recht

„Politik und Recht schließen einander aus. Politik ist die Sphäre der Macht, Recht aber hat mit Macht nichts zu tun. Denn Recht ist objektiv, Macht dagegen ist subjektiv.“ Das war in der Vergangenheit die Auffassung von dem Verhältnis von Recht und Politik.

Politik und Recht — beides verstanden und ausgeübt von der nationalsozialistischen Weltanschauung her — sind keine Antithese, sondern eine Synthese.

In der Vergangenheit freilich war die Antithese von Recht und Politik vorhanden. Schon in der Lehre von der Dreiteilung der Gewalten — Gesetzgebung, Rechtsprechung und Verwaltung — fand sie ihren Ausdruck. Denn dadurch, daß man dem Staat die Einheit nahm, daß man ihn aufsteckte in drei Sphären, in drei sich ängstlich voneinander abschließende Sektoren, die ausschließlich auf die Respektierung ihrer Uneingeschränktheit achteten und nur ihr Eigendasein im Auge hatten an Stelle des Gemeinsamen, an Stelle der Gesamtheit, aus der sie hervorgegangen und der zu dienen sie berufen waren, dadurch konstruierte man einen Gegensatz zwischen Politik und Recht.

Allerdings war — oder doch blieb — die Antithese zwischen Recht und Politik nicht nur eine Konstruktion. Sie wurde Wirklichkeit. Die Politik wurde ein Geschäft, eine Angelegenheit des Geldverdienens. Sie wurde ein Broterwerb, und zwar ein sehr einträglicher. Ihr Ziel war persönlicher Vorteil, Ruhm und Gewinn derer, die „An Politik machten“. Ihr Motiv war Selbstsucht und Eigennuß,

ihre Mittel die Gewalt. In dem Maße, in dem die Politik damit vom Schicksal des Volkes fortführte, entfernte sie sich auch vom Recht. Das Ergebnis dieser Art von Politik war nicht Recht, sondern allenfalls Gesetz. Das Recht war tot, es gab nur ein Gesetzesleben, in dem man „das Recht als eine Paragraphenangelegenheit, als eine Angelegenheit von gesetzlichen Normierungen, von Gerichtsabwägungen und der Aktenführung ansah“ (Reichsminister Dr. Frank auf dem Gantag 1936 des Gaues Kurmark). Das war Justiz, eine Ressortangelegenheit, aber kein Recht.

Wie weit diese Auseinanderentwicklung von Politik und Recht bereits vorgeschritten war, kann man erkennen, wenn man sich erinnert, daß in der Novemberrepublik die Gerichte zur Entscheidung darüber angerufen wurden, ob irgendwelche politischen Maßnahmen zulässig und rechtmäßig wären. Nur aus der Stellung der Politik zur Justiz konnte überhaupt der Versuch unternommen werden, eine politische Maßnahme einem Gericht zur justizmäßigen Entscheidung vorzutragen. Nur aus dieser und heute unsahbar erscheinenden Auffassung, daß dem Justizressort ein Aufsichtsrecht über die Staatsführung zustähe, daß also über der politischen Führung noch als letzte Instanz die Justiz stehe, nur aus dieser Geisteshaltung heraus war es möglich, daß sich die abgesetzten sozialdemokratischen Minister Preußens im Jahre 1932 „rechtlich-objektiv“ an den Staatsgerichtshof wandten und dort nach „rechtlich-objektiven“ Ermäßigungen gegenüber der politischen Führung „Recht“ bekamen. Das bedeutete, daß also nicht die politische Staatsführung das Schicksal des Volkes bestimmte,

sondern daß sich die Justiz die letzte Verantwortung anmaßte, die zu tragen sie nicht instande war.

Die Antithese von Politik und Recht, die infolge der Verfälschung des Rechtes zur Justiz und der Entartung der völkischen Politik zur jüdischen Geschäftemacherei trassierte Formen angenommen hatte, ist zerbrochen. Heute besteht eine Synthese zwischen Politik und Recht. Politik und Recht sind für uns untrennbar miteinander verbunden. Eine völkische — vom Volk ausgehende und im Volk wurzelnde — Politik kann des Rechtes und der Gerechtigkeit nicht entraten. „Denn ohne Recht entsteht das Chaos“ (Reichsminister Heß auf dem Deutschen Juristentag 1936), und „Macht ohne Recht ist Gewalt“ (Reichsminister Dr. Frank auf dem Gautag Kurmark 1936). Wollte eine Politik das Recht mißachten, so würde, wie Reichsminister Dr. Frank auf dem Deutschen Juristentag 1936 sagte, der Begriff der Revolution identifiziert mit dem Begriff der Willkür, der Begriff der Macht entwertet zu dem Begriff der Gewalt. Eine solche Politik wäre keine völkische Politik mehr, da sie gegen das Volk, in dem der Glaube an das Recht zutiefst lebendig ist, gerichtet sein müßte.

Aber auch ein wahrhaftes Recht ist ohne eine völkische Politik nicht denkbar. Denn das Recht ist kein absoluter Begriff, der, abstrahiert von den Völkern und der Menschheit, auf nichts bezogen existieren könnte. Das Recht ist ein Bestandteil unseres Kulturlebens und als solches abhängig von den Anschauungen, die unser Kulturleben beherrschen. Darum ist das deutsche Recht ein nationalsozialistisches Recht, weil es untrennbar zusammenhängt mit der für unser deutsches Kulturleben allein bestimmenden nationalsozialistischen Weltanschauung. Es ist aber gleichwohl in vielen wesentlichen Beziehungen übereinstimmend mit dem Recht der anderen großen Kulturvölker und darum nicht ausschließlich für Deutschland maßgebend, weil unsere Kultur, aufgebaut auf den hohen sittlichen Werten der nordischen Rasse, unzählige Berührungspunkte mit der Kultur der uns art- und rasseverwandten Völker und auch mit der Kultur der anderen großen Nationen gemeinsam hat. Es ist auf dem Gebiete des Rechts wie auf den anderen Teilgebieten der menschlichen Kultur. Wissenschaft und Kunst sind ebenfalls nur auf völkischer Grundlage lebensfähig, nur in Beziehung auf ihr Volk denkbar. Wenn es aber auch keine vom Volke losgelöste abstrakte Wissenschaft gibt, ebenso, wie es keine wirkliche Kunst gibt, die nicht blut- und rassemäßig bedingt wäre, so wird gleichwohl niemand behaupten wollen, daß nicht in weitestgehendem Maße Verbindungen und Beziehungen zu der Wissenschaft und der Kunst aller Kulturvölker der Welt bestehen. — Das Recht kann nur leben, kann nur wirken und sich durchsetzen in einem Staate, in dem eine völkische Politik geführt wird, das heißt also eine Politik, deren Ausgangspunkt und Ziel immer nur das eigene Volk ist, die auch die Kraft besitzt, dem einmal erkannten Recht Geltung und Anerkennung zu verschaffen, notfalls zu erzwingen. Hier liegt das Gemeinsame eines wahrhaften Rechts und einer wahrhaft völkischen Politik: Beide sind nicht um ihrer selbst willen da, beide sind nur Mittel im Dienste an der Gemeinschaft des Volkes.

Die politische Führung des Volkes liegt bei der nationalsozialistischen Bewegung. Sie ist, wie der Führer auf der Zehnjahresfeier des Weimarer Parteitages erklärte, „die Führung und Gesetzgebung. Der Staat ist die Verwaltung und die Exekutive. Die Führung eines Volkes darf nicht das ausführende, sondern sie muß das führende Organ sein.“ Dafür trägt sie auch die Verantwortung für das Schicksal des Volkes. Das aber ist das oberste Prinzip unserer

Bewegung (und damit unserer Politik), daß es „keinen Entschluß gibt, für den nicht einer die Verantwortung zu tragen hat. Es ist das Prinzip einer altgermanischen Demokratie, das nicht Verantwortung nach unten und Autorität nach oben kennt, sondern das nur kennt Autorität nach unten und Verantwortung nach oben. Die höchste Stelle ihrerseits erkennt dann als ihre oberste Instanz wieder an das gesamte deutsche Volk, dem zu dienen wir uns alle verpflichtet und auch verantwortlich fühlen“ (Adolf Hitler auf dem Weimarer Parteitag). Dieses Prinzip der Verantwortung ist entscheidend für Politik und Recht. Denn auch das Rechtsleben hat das Prinzip der Verantwortung. Jeder Richter muß sich dieser höchsten Verantwortung bewußt sein, die er gegenüber seinem Volke trägt. Er ist nicht gebunden an den toten Buchstaben des Gesetzes, er ist nur gebunden an das lebendige Recht und das Schicksal seines Volkes. Daß dieses Recht in seinem Spruch zum Durchbruch kommt, und daß sein Spruch mit den Grundanschauungen seines Volkes in Einklang steht, das ist seine Verantwortung. Er hat auf Grund der „als einer nationalsozialistischen Wesenseigenschaft vom Führer ausdrücklich anerkannt und mit der ganzen Autorität des Reiches geschützten Unabhängigkeit des Rechtslebens“ darüber zu wachen, daß „das Wort Recht nicht auf Gewaltakte angewendet wird, denn das Recht setzt in seiner Anwendung voraus, daß auch die Gewalt sich ihm beugt. Es geht nicht ohne Recht, ohne Rechtsicherheit und ohne eine rechtlich gegliederte Ordnung, und vor der Autorität des Rechts in diesem tiefen letzten Sinn einer schöpferischen Steigerung der völkischen Ordnung hat jeder Widerspruch zu verstummen“ (Reichsminister Dr. Frank auf dem Gautag Kurmark 1936).

Die Führung des Volkes garantiert dem Recht, das aus der gleichen Wurzel kommt und auf den gleichen Grundfragen der nationalsozialistischen Weltanschauung beruht wie die politische Führung, die völlige Unabhängigkeit und Absolutheit. Sie sorgt dafür, daß die aus diesem Recht geschöpften Erkenntnisse der Gerichte auch durchgeführt und geachtet werden. Gerade so aber, wie die politische Führung das ihr wesensgleiche Recht respektiert, wie sie sich nicht einmischt in die Sphäre des Rechts, so muß sich auch die Rechtsprechung jeden Eingriffes in die Sphäre der Politik enthalten. Die Verantwortung für die politischen Maßnahmen trägt die Führung des Volkes: Adolf Hitler. Darum steht auch der Führung allein die Entscheidung darüber zu, was auf dem Gebiet der Politik zu geschehen hat. Für den Richter gibt es keine Möglichkeit, sich in die Politik einzuschalten und über Maßnahmen der Partei als der Führung und Gesetzgebung des Volkes zu entscheiden. Indem der Richter seinen Entscheidungen die nationalsozialistische Weltanschauung zugrunde legt und die Ziele der von der nationalsozialistischen Bewegung gestellten Führung in seinem Aufgabenkreis verwirklichen hilft, wird er „zu einem vollbewußten und vollgültigen Mitträger des Gesamtschicksals unseres Volkes“ (Reichsminister Dr. Frank auf dem Gautag Kurmark). Damit wird der Richter nicht nur Vollstrecker eines Gesetzeswillens im Sinne einer Amtunterworfenheit und einer Amtshierarchie, sondern er ist in erster Linie schöpferischer Mitkämpfer der Freiheit und Ehre seines Volkes (Dr. Frank).

So gehen und so gelebt, verbinden sich Politik und Recht in der Tat zu einer unlöslichen Gemeinschaft des Dienstes am Volk, die eine Garantie ist für die stetige Höherentwicklung unseres Volkes, für die Verwirklichung der großen Ideen des Nationalsozialismus und für die Aufrichterhaltung des Friedens der Gemeinschaft unseres Volkes und des Friedens der Welt.

Rudolf Leppin, Berlin.

Betreuung von Assessoren, die nicht in den Probendienst übernommen worden sind

Die Justizverwaltung betrachtet es wie bisher auch weiter als ihre Aufgabe, den nicht in den Probendienst übernommenen Assessoren anderweitig Arbeitsmöglichkeiten zu eröffnen. Dazu bedarf es einer ständigen Übersicht über die Assessoren, die keine Beschäftigung gefunden haben. Den Assessoren, die sich in dieser Lage befinden, wird daher anheimgegeben, dies dem Oberlandesgerichtspräsidenten ihres Heimatbezirks anzuzeigen. Ebenso ist Anzeige erforderlich, falls einer dieser Assessoren demnächst vorübergehend oder dauernd eine Beschäftigung erhält.

Die Oberlandesgerichtspräsidenten berichten zum Anfang eines jeden Monats, erstmalig zum 5. Sept. 1936, wie viele Assessoren auf Grund einer Anzeige nach Abs. 1 am letzten Tage des Vormonats beschäftigungslos waren.

(W. d. R. M. v. 15. Juli 1936 [2203—I. a 10345]. — D. J. S. 1070 —.)

Einblick in deutsches Rechtsleben

Auskunft und Besichtigungen für ausländische Juristen

Zur Betreuung der ausländischen Juristen, die zu den Olympischen Spielen nach Deutschland kommen, wird im Haus der Deutschen Rechtsfront in der Zeit vom 1. bis 20. August eine Auskunftsstelle für ausländische Juristen eingerichtet.

Den ausländischen Juristen soll auf Wunsch durch gemeinsam zu veranstaltende Besichtigungen ein Einblick in das Rechtswesen und sonstige besonderen gerade sie interessierenden Einrichtungen des neuen Deutschland vermittelt werden. Es ist vorgesehen: Ein Besuch der großen Berliner Strafanstalten Tegel und Hohenheide, des Untersuchungsgefängnisses Moabit, der Besuch eines Konzentrationslagers, die Teilnahme am Gang einer deutschen Gerichtsverhandlung, ferner die Besichtigung eines Arbeitsdienstlagers, der Besuch des Hauses der Deutschen Rechtsfront und der Akademie für Deutsches Recht.

Anmeldungen bei der Auskunftsstelle im Haus der Deutschen Rechtsfront, Berlin W 35, Tiergartenstraße 20.

Reichsrechtsanwaltskammer

Vertretung vor den Berufsgerichten der Deutschen Apothekerschaft

Nach der bisherigen Fassung des § 59 der Berufsgerichtsordnung der Deutschen Apothekerschaft wurden Rechtsanwälte vor den Berufsgerichten erster Instanz nicht zugelassen. Auf unsere wiederholten Vorstellungen hat der Reichs-Apothekerverführer diese Satzungsbestimmung geändert. Rechtsanwälte sind mit Wirkung vom 3. Juli 1936 ab vor sämtlichen Instanzen der Berufsgerichte der Deutschen Apothekerschaft zugelassen. Der § 59 der Berufsgerichtsordnung der Deutschen Apothekerschaft lautet nunmehr wie folgt:

„Vertretung.

§ 59.

Der Beschuldigte kann sich in jeder Lage des Verfahrens eines bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwaltes oder eines zum Richteramt befähigten Beamten oder eines Mitgliedes der Deutschen Apothekerschaft als Beistandes bedienen. Die Berufsgerichte der Deutschen Apothekerschaft können ausnahmsweise auch andere geeignete Personen als Beistände zulassen.

Der Bevollmächtigte hat eine schriftliche Vollmacht zu den Akten einzureichen.

Der Vorsitzende ist befugt, das persönliche Erscheinen der Parteien anzuordnen.“

(Umdruck Nr. 63/36 — gekürzt.)

Schrifttum

Gebührenordnung für Rechtsanwälte und Gesetz über die Erstattung von Rechtsanwaltsgebühren in Armenisachen nebst den einschlägigen Bestimmungen anderer Gesetze mit Gebührentafeln. Erläutert von Dr. Hans Peter Danielcik, RA. am LG. Berlin, und Graf Konrad von Medem, RA. am RG. München und Berlin 1936. E. S. Becksche Verlagsbuchh. XII, 284 S. Preis geb. 4,80 RM.

Ziel der Verfasser ist es, eine neue erläuterte Ausgabe der RA-GebD. für den täglichen Bedarf des Rechtsanwaltes und des Bürovorstehers zu schaffen. Die handliche Form, der übersichtliche Aufbau der Erläuterungen wird dieser Ausgabe rasch Freunde gewinnen, ebenso wie der — meist noch kurz erläuterte — Abdruck gebührenrechtlich wichtiger Bestimmungen aus anderen Gesetzen bis hin zum § 53 des neuen PatG. v. 5. Mai 1936 und der einschlägigen Teile der Richtlinien der RAAn. für die Ausübung des Anwaltsberufes.

Angeichts der sehr umfangreichen, stark zersplitterten, dabei ungleichwertigen Rechtsprechung auf dem Gebiet des Kostenrechts ist die Auswahl der anzuführenden Entscheidungen stets ein Problem für sich. Die Verfasser haben sich hierbei von den praktischen Bedürfnissen des täglichen Bedarfs leiten lassen. Sie bringen so viel an Rechtsprechungsmaterial, unter vorwiegender Berücksichtigung der Rechtsprechung aus neuerer und neuester Zeit — bis März 1936 —, daß ihre Hinweise auch bei nicht alltäglichen kostenrechtlichen Fragen als Ausgangspunkt der weiteren Bearbeitung dienen können. Unvermeidlich ist es bei jeder Auswahl, daß der eine die, der andere jene interessante und gut begründete Entscheidung vermissen wird (wie z. B. RG.: JW. 1935, 3315 z. S. 47 oben). Dafür findet der Benutzer wieder andere Entscheidungen, deren erste oder erneute Bekanntmachung sich lohnt (wie z. B. OVG. Stuttgart: JW. 1935, 812 bei § 44 RA-GebD.). Zu wünschen wäre es gewesen, daß bei den Entscheidungen durchgängig das Gericht mit angegeben worden wäre, das sie erlassen hat. Zu grundsätzlichen Problemen wird entsprechend dem Zweck der Ausgabe meist nur kurz aber unter Hervorhebung praktischer Gesichtspunkte Stellung genommen.

Einige Bedenken, die sich bei der Durchsicht ergaben, seien kurz gestreift.

Im Verfahren vor den Gemeindegerechten, dieser badischen und württembergischen Eigentümlichkeit, kommt die RA-GebD. kraft landesrechtlicher Zurückverweisung zur Anwendung. Die anderslautenden Ausführungen der Verfasser (S. 11, 15) beruhen offensichtlich auf einem Mißverständnis der von ihnen benutzten literarischen Quellen. Unrichtig sind die Ausführungen (S. 18, 116) über den Geltungsbereich der neuen RA-GebD. v. 25. Nov. 1935. Im Bereich des Liegenschaftszwangsvollstreckungsrechts wie der freiwilligen Gerichtsbarkeit gilt für den Anwalt nach wie vor seine RGebD. Die

RA-GebD. betrifft nicht die Anwaltsgebühren, sondern Gerichts- und Notariatskosten.

Bei der Erläuterung der Beweisgebühr hätte es eines Hinweises auf die gebührenrechtlich verschiedene Bedeutung der Anordnungen aus § 272 b ZPO. bedurft, da es sich bei diesen nur zum Teil um vorweggenommene Beweisaufnahmen, im übrigen aber um lediglich vorbereitende Verfahrensanordnungen handelt. Auch auf die Frage der Entstehung der Beweisgebühr im Arrest- und einstweiligen Verfügungsvorverfahren wäre wegen des Abgehens des RG. (JW. 1933, 1782) von der herrschenden Meinung einzugehen gewesen.

Die Erläuterungen zu § 14 RA-GebD. sind dadurch gekürzt, daß die Verfasser hier das gesetzliche Tatbestandsmerkmal „vor Beginn des zur mündlichen Verhandlung bestimmten Termins“ mit „vor Terminsüberaumung“ gleichsetzen und darauf ihre Erläuterungen aufbauen.

Bei der Vergleichsgebühr in Ehe-sachen, die die Verfasser unter Heranziehung von § 89 RA-GebD. bejahen, wäre — weil diese Gebühr hier immer noch besonders umkämpft ist — ein Hinweis auf die einander widerstrebenden Entscheidungen aus neuerer und neuester Zeit angebracht gewesen.

Die mannigfachen schwierigen, heutigentags aber praktisch besonders wichtigen Fragen, die das Armenanwaltsgebührenrecht aufwirft, hätten m. E. etwas eingehender behandelt werden sollen. Durch die allzu kurze Behandlung dieser Fragen gerät die Darstellung wiederholt in die Gefahr der Mißverständlichkeit bzw. Unrichtigkeit, wie sich z. B. bei den Ausführungen über die Rückwirkung des Armenrechts, über die Bestellung eines Armenanwaltes zum Verfahrens-anwalt (RA-D. n. F. § 39 Abs. 2, § 41!) und über auswärtige Be-weisstermine in Armenisachen; RM.: JW. 1935, 595; RG.: JW. 1935, 2512, RA-D. a. a. O.! zeigt.

RA. Dr. P. Bach, Freiburg i. Br.

Dr. Günther Bollmer, Oberstaatsanwalt im Reichsjustizministerium: Reichs-Rechtsanwaltsordnung in der Fassung des Gesetzes vom 21. Februar 1936. Berlin 1936. Verlag Georg Stille. 176 S. Preis 5,50 RM.

Das kleine Büchlein ist insofern interessant, als der Verfasser am Zustandekommen der neuen Rechtsanwaltsordnung aufs engste und intensivste beteiligt war. Man kann daher seine Ausführungen als besonders wichtig für die Auslegung des neuen Gesetzes ansprechen. Wenn der Verfasser in der Einleitung betont, daß er bemüht von einer eingehenden Auseinandersetzung mit Auffassungen abgesehen hat, die zum bisherigen Anwaltsrecht in Rechtslehre und Rechtsprechung laut geworden sind, so ist das allerdings zu bedauern; denn gerade durch solche Auseinandersetzungen kann das Recht nur gefördert werden.

Besonders hervorzuheben ist der übersichtliche Druck, der es ermöglicht, die Bestimmungen leicht aufzufinden.

RA. Prof. Dr. Roack, Halle.

Dr. jur. Rudolf Schliebner: Die Haftung des Rechtsanwalts aus dem Vertragsverhältnis zu seinen Klienten. Halle (Saale) 1935. Eduard Kling Buchdruck-Verlag. 43 S.

Die vorliegende Schrift bietet eine recht beachtliche Zusammenfassung der Probleme, welche für die Haftung des Rechtsanwalts seinem Klienten gegenüber in Frage kommen. Es ist bedauerlich, daß sie schon vor dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Änderung der Rechtsanwaltsordnung vom 13. Dez. 1935 verfaßt wurde, sonst hätte sich vielleicht doch in manchen Punkten eine andere Behandlung ergeben.

Der Verfasser nimmt zu den in der Rechtsprechung entwickelten Haftungsgroßsätzen häufig recht kritisch Stellung, und zwar mit Recht. Die Ansprüche z. B., welche an die Rechtskenntnisse des Anwalts gestellt werden, sind, wie auf S. 22 ff. ausgeführt, kaum erfüllbar. Die Kenntnis „sämtlicher auch nur in der amtlichen Sammlung veröffentlichten Entscheidungen“ stellt wirklich ein unmögliches Verlangen dar. Dies nun so mehr, als jetzt mit Recht von den jungen Juristen eine selbständige Stellungnahme auf der Grundlage gefäulter Rechtsanschauung verlangt wird. Dem Rechtsanwalt muß es zugebilligt werden, auch gegenüber den Entscheidungen des RG. eine selbständige Rechtsansicht zu vertreten. Wenn es sich allerdings um eine feste Rechtsprechung handelt, wird er hierüber wegen eventueller Kostenfolgen seinen Mandanten befragen müssen, der ja im Endergebnis das Risiko trägt.

Die Stellungnahme zu der Haftung von Gesellschaftern (S. 31) ist nicht unbedenklich. Es sei hierzu auf den Aufsatz von Käßler in den Mitteilungen der Reichs-Rechtsanwaltskammer 1936, S. 57, verwiesen.

Die Ausführungen über den „ursächlichen Zusammenhang“ (S. 32 f.) entsprechen im wesentlichen der herrschenden Rechtslehre. Wird ein Rechtsstreit durch Verjährung des Rechtsmittels vorzeitig beendet, so soll das über den Schadensersatz entscheidende Gericht nachprüfen, welches Urteil bei richtiger Entscheidung hätte ergehen müssen; seine Ansicht ist also dann die entscheidende. Diese abstrakte Feststellung kann aber nicht für alle Fälle anerkannt werden. Wenn es möglich ist, den konkreten Schadensverlauf nachzuprüfen, so muß dieser maßgebend sein. Es ist in gewissen Fällen durchaus denkbar festzustellen, wie die Borentscheidung bei rechtzeitigen Gebrauch des Rechtsmittels gelaufen hätte; z. B. dann, wenn es sich um eine bestimmte Rechtsfrage handelt, die von dem Gericht der Hauptsache ständig in einem bestimmten Sinne entschieden wird. Praktisch wird dieser Fall z. B., wenn es sich um Fragen handelt, die im Beschlußverfahren erledigt werden, und bei denen man die Stellungnahme des Beschwerdegerichts, welches nun nicht mehr tätig werden konnte, kennt. Dann müßte das den Regreßprozeß entscheidende Gericht die Ansicht des Beschwerdegerichts zugrunde legen, auch wenn es selbst diesen Standpunkt nicht teilte; denn grundsätzlich ist doch der Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn das zum Schadensersatz verpflichtende Ereignis nicht eingetreten wäre.

Wenn der Verfasser zum Schluß die Einrichtung einer Zwangsversicherung befürwortet, so beschließen hiergegen nicht unerhebliche Bedenken. Es sei auf JW. 1936, 1515 verwiesen. Eine Parallele zu den Berufsgenossenschaften läßt sich nicht ziehen, da diese doch lediglich den Schutz der Teilnehmer an dem Betriebe gegen dessen Gefahren bezwecken. Auch der berufsgenossenschaftlich versicherte Unternehmer kann sich gegen Ansprüche Dritter nur durch Abschluß einer Haftpflichtversicherung schützen.

RA. Dr. Karl Friß Jonas, Berlin.

Dr. jur. Heinz von Vogel: Die Unterkonten der Rechtsanwälte und Notare. Berlin 1935. Verlag Georg Stilke. 78 S. Preis 2,50 RM.

Gemeinschaftlich vom Vorstande der Berliner Anwaltskammer und von den Verbänden des Bankgewerbes sind im Jahre 1931 die „Geschäftsbedingungen für Unterkonten der Rechtsanwälte und Notare“ ausgearbeitet worden. Die Schöpfer haben sich damit das Verdienst erworben, den Mandanten der Rechtsanwälte für anvertrautes Vermögen einen so starken Schutz verschafft zu haben, daß Verletzungen solchen Vermögens ohne Böswilligkeit des Anwalts ausgeschlossen und auch im Falle der Böswilligkeit wesentlich erschwert sind.

V. Vogel handelt in seiner Schrift erstmalig erschöpfend und mit klarer Folgerichtigkeit alle mit dem Unterkonto zusammenhängenden Rechtsfragen ab und weist zugleich Wege für die Weiterentwicklung dieser in kurzer Praxis schon bewährten Einrichtung.

Der Verfasser stellt das Unterkonto zutreffend als einen Fall der Treuhand dar. Aus der herrschenden Lehre vom fiduziarischen Eigentum des Treuhänders folgert er richtig, daß das Unterkonto ein Unterkonto des Eigenkontos, nicht des Fremdkontos, ist. Die Entscheidung RGZ. 133, 87 = JW. 1931, 3105¹⁸ (m. Anm.) läßt allerdings den Zweifel bestehen, ob Treuhandvermögen auch auf anderem Wege als durch unmittelbare Anvertrauen, praktisch also namentlich durch Einzahlung Dritter auf das Unterkonto, entstehen kann. Der Verfasser hat gute Gründe für die Bejahung dieser Frage zusammengetragen. Seinem Appell an das RG., in dieser Hinsicht dem Unterkonto die volle rechtliche Anerkennung zu verleihen (S. 19 ff., 66), kann nur zugestimmt werden.

Dem Verfasser ist auch darin beizustimmen, daß die Bank in Vertragsbeziehungen nur zu dem Kontoinhaber steht, der Treugeber sich also — abgesehen vom Falle des § 826 BGB. — niemals an die Bank, sondern immer nur an den Treuhänder halten kann. Dagegen erscheint mir unzutreffend die Auffassung, daß beim zufälligen Verlust des anvertrauten Vermögens, z. B. durch unvorhersehbaren Zusammenbruch der Bank, der Schaden immer den Treuhänder treffen solle (S. 45). Hier muß sich je nach der Art des zugrunde liegenden Mandatsverhältnisses der Anwalt seinem Treugeber gegenüber durch den Nachweis der sorgfältig getroffenen Auswahl der Bank u. U. exkulpieren können, wie dies auch das RG. in einer vom Verfasser offenbar übersehenen Entscheidung vom 13. Dez. 1932 (JW. 1933, 527¹) anerkannt hat.

Daß der Treugeber gegen Pfändungen von Gläubigern des Anwalts und auch in Konkurs des Anwalts wirksam geschützt ist, ist vom Verfasser zutreffend begründet.

Richtig ist auch, daß die Anlegung auf Unterkonto in den Fällen nicht in Betracht kommt, in denen der Anwalt oder Notar als Vormund oder Pfleger zur Verfügung über fremdes Vermögen kraft Gesetzes ermächtigt ist. Dieses Vermögen ist vielmehr auf einem auf den Namen des Vertretenen lautenden Konto, also einem Fremdkonto, anzulegen. In diesem Zusammenhange hätte noch erörtert werden können, daß das Unterkonto mit Rücksicht auf die Devisengesetzgebung auch bei der Anlegung von Treuhandvermögen für Devisenausländer ausscheidet (vgl. JW. 1935, 495).

Den rechtspolitischen Ausführungen des Verfassers ist darin zuzustimmen, daß, wenn einmal die Einrichtung des Unterkontos sich endgültig bewährt und in der Wissenschaft und Rechtsprechung durchgesetzt haben wird, eine weitere Ausdehnung seiner Anwendung auf alle Fälle rechtsgeschäftlicher Treuhandverhältnisse anzustreben sein wird.

RA. Helmut Weniger, Berlin.

RA. Dr. Jores: Handbuch für das Rechtsanwaltsbüro. V. Bd.: Konkurs und Vergleichsverfahren, Zwangsversteigerung, Strafprozeß. Bearbeitet von RA. Dr. Jores, GerAlt. de Greiff, RA. Pahl. 1. Aufl. Juni 1936. Neuderrh. Druckerei und Verlagsanstalt GmbH. Moers a. Rh. 205 S. Preis 4,20 RM.

Der 5. Band des Handbuchs behandelt für den Büroangestellten besonders schwierig zu erfassende Gebiete. Dem Zwecke des Buches als praktischer Ratgeber entsprechend gehen die Verfasser auf theoretische Streitfragen nicht ein. Sie geben eine gedrängte, jedoch klare und verständliche Übersicht über den Stoff (über Strafprozeß allerdings etwas kurz, aber berechtigterweise, da mit dieser Materie die Angestellten weniger zu tun haben) und verweisen des öfteren auch auf weniger bekannte Verfügungen und Anordnungen, auch aus jüngster Zeit, so daß sich mitunter ein langwieriges Suchen für den Benutzer des Buches ersparen wird. Gut sind die bei Behandlung des Konkursverfahrens gegebenen Anweisungen für die Rassen- und Buchführung des Anwalts als Bervalters (unter Beifügung von Mustern), gut auch auf dem Gebiet der Zwangsversteigerung und -verwaltung die Übersichten über den Vollstreckungsablauf.

RA. Prof. Dr. Roack, Halle.

Die Rechtsentwicklung der Jahre 1933 bis 1935/36. Herausgegeben von Dr. jur. Erich Volkmar, Geh. Reg. R. MinDir. i. RM., Mitgl. der Akademie für Deutsches Recht, Dr. jur. Alexander Elster, Verlagdirektor, Dr. jur. Günther Küchenhoff, A. u. LG. Berlin und Leipzig 1936. Verlag Walter de Gruyter & Co. 1. u. 2. Lieferung. 288 S. Preis je Lieferung 7 RM.

Mit diesem Werk, dessen 1. und 2. Lieferung (Akademie für Deutsches Recht — Jugendwohlfahrtsrecht) bisher vorliegen, haben sich die Herausgeber die Aufgabe gestellt, den seit der Machtübernahme durch den Nationalsozialismus i. J. 1933 auf dem Gebiete des deutschen Rechtslebens erfolgten Umbruch in einem Nachschlagewerk geschlossenen darzustellen. Das Werk ist gleichzeitig der 2. Ergänzung

zungsbund des bekannten Nachschlagewerkes „Handwörterbuch der Rechtswissenschaft“ und soll als 8. Band des ganzen Wertes die inzwischen notwendig gewordenen Ergänzungen und damit das „HdR.“ auf den neuesten Stand bringen.

Neben den Herausgebern haben bekannte Schriftsteller wertvolle Beiträge geliefert, aus deren Fülle nur einige erwähnt seien: In dem 1. Artikel gibt der Direktor der Akademie für Deutsches Recht, Dr. Lajch, einen interessanten Überblick über die Aufgaben der Akademie, ihre Organisation, die Ergebnisse der bisherigen Ausschußberatungen und ihre Leistungen. MinDir. Dr. Mansfeld behandelt alle arbeitsrechtlichen und damit zusammenhängenden Fragen. Einen erheblichen Raum nehmen die Beiträge zum Bauernrecht ein, die aus der Feder der bekannten Kommentatoren MinR. Dr. Vogels und OVR. Dr. Hopp stammen. Das Kapitel „Firma“ ist von OVR. Großhuff bearbeitet, der durch zahlreiche Beiträge den Lesern der JW. bekannt ist (vgl. insbes. JW. 1935, 3257). Mit der Abhandlung „Jugendwohlfahrtsrecht“ von Prof. Dr. Wegner schließt die 2. Lieferung ab.

Leider stehen nicht alle Beiträge auf gleicher Höhe, wie dies auch bei einem Nachschlagewerk aus der Hand zahlreicher Verfasser wohl kaum erreicht werden kann. Trotzdem ist das vorliegende Werk, wie seine Vorgänger, in hohem Maße geeignet, sowohl für den Rechtsstudenten und den Rechtswahrer selbst, wie auch für den nicht juristisch geschulten Volksgenossen als Nachschlagewerk zu dienen. Es ermöglicht dem Benutzer, sich mit den Änderungen und Neuerungen auf dem Gebiete des Rechtslebens vertraut zu machen und in die einzelnen Rechtsmaterien durch die jeweiligen Schrifttumsnachweise weiter einzudringen, nachdem er zunächst einen Überblick gewonnen hat.

D. S.

Dr. jur. Rudolf Fleck, Studienassessor, Leipzig: Über die Einführung von Rechtsunterricht in den Schulen. Dresden 1936. Verlag M. Dittert & Co. 35 S.

Der Verfasser hat in einer Denkschrift, die er dem Reichs- und Preussischen Ministerium für Kunst, Wissenschaft und Volksbildung und dem Sächsischen Ministerium für Volksbildung überreicht hat, sich unter positiven Vorschlägen dafür eingesetzt, daß rechtskundliche Belehrungen bereits in der Schule stattfinden sollen.

Die Forderung des Verfassers ist keineswegs neu. Sie ist allerdings bisher nur in zwei Gymnasien durchgeföhrt. Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß auch heute noch das Rechtsverständnis im Volk außerordentlich gering ist, zumal das Rechtsempfinden sich nur sehr langsam entwickelt. Der Lehrplan der Schulen befaßt sich mit allen möglichen Dingen, allein über die Rechtswissenschaft schweigt er völlig. Schon Thering hat darauf hingewiesen, daß alles dem Verständnis des Volkes in der Schule nähergebracht werde, nur nicht das Recht.

Keineswegs sollen durch den Rechtsunterricht etwa die Schulen nach der Methode „jeder sein eigener Rechtsanwalt“ ausgebildet werden, vielmehr soll das Rechtsdenken und Rechtsempfinden gestärkt werden, ebenso wie die Schuljugend durch die Unterweisung in Körper- und Gesundheitspflege auf dem Gebiete der medizinischen Wissenschaft unterrichtet wird.

Der Verfasser macht ins einzelne gehende Vorschläge, deren Erörterung im Rahmen dieser Besprechung zu weit gehen würde. Es wird für die praktische Erfüllung seiner Forderungen wesentlich darauf ankommen, wieviel Zeit überhaupt im Lehrplan hierfür frei gemacht werden kann und welche finanziellen Mittel zur Verfügung gestellt werden können.

Dr. Fleck stellt fest, daß die bisherigen Erfahrungen mit dem Rechtsunterricht sehr gute seien. Ich kann mich dieser Auffassung nur voll anschließen. Auf der Hochschule für Lehrerbildung in Frankfurt a. d. O. habe ich in einem Semester in den Abendstunden mit den am Rechtsleben stark interessierten Studenten viele Rechtsfragen des täglichen Lebens durchgesprochen, über die diese Aufklärung wünschten.

Es ist keineswegs ausgeschlossen, daß zunächst in den Hochschulen für Lehrerbildung auf diesem Gebiete weitere Versuche unternommen werden. Dort sind die Fragen besonders brennend, weil der Lehrer mehr denn je zur Lebensnähe erzogen werden muß und in seiner Eigenschaft als Lehrer auf dem platten Lande gleichzeitig die Rolle eines geistigen Führers der Dorfgemeinschaft spielt. Als solcher muß er mit den Dingen des Rechtslebens besonders vertraut sein. Wünschenswert wäre es, wenn man mit der Einführung des Rechtsunterrichts gleichzeitig eine Unterweisung in der Volkswirtschaftslehre und allgemeinen betriebswirtschaftlichen Dingen verknüpfen würde. Durch solche Darlegungen wird der Gesichtskreis des einzelnen Menschen erheblich erweitert. Der einzelne wird zu einem intensiveren Miterleben der Geschehnisse befähigt.

Fleck ist der Auffassung, daß der Rechtsunterricht in der Hand eines besonders ausgebildeten Fachlehrers bleiben müsse. Die-

ser Meinung vermag ich nicht beizutreten. Es kommt für die Darstellung der praktischen Einwirkung der Gesetze und ihrer Handhabung entscheidend darauf an, ob der Dozent selbst mitten im Rechtsleben steht und so seine Erfahrungen sammelt.

Mir erscheint es daher zweckmäßiger, nebenamtlich Volljuristen zu dieser Tätigkeit heranzuziehen, sie gegebenenfalls zu halb beschäftigten ordentlichen oder außerordentlichen Professoren zu machen. Vornehmlich in den Reihen der Rechtsanwälte dürften genügend Männer vorhanden sein, die sich gern dieser staatsaufbauenden Aufgabe unterziehen würden.

Trotz des geltend gemachten Bedenkens ist die Schrift von Dr. Fleck besonders begrüßenswert, weil sie die Fragen der Einführung des Rechtsunterrichts erneut in die Diskussion wirft (vgl. auch den Aufsatz von Dr. Kallfelz: JW. 1935, 2597). Sie trägt hiermit gleichzeitig zur praktischen Lösung der Rechtsfremdheit des Volkes bei.

RA. Dr. Dr. Megow, Rührn.

Julius Spieth und Max Methfessel: Verwaltungs- und Staatsbürgerkunde. 2., verb. u. erw. Aufl. Berlin 1936. Otto Elsner Verlagsgesellschaft. 177 S. Preis kart. 2 RM.

Diese Verwaltungs- und Staatsbürgerkunde, die von dem Kreisoberinspektor Spieth und dem Gauhauptstellenleiter Methfessel herausgegeben wird, soll kein erschöpfendes Lehrbuch sein. Es wendet sich nicht an die Rechtskundigen oder Rechtsbestimmten, sondern es wendet sich in erster Linie an diejenigen, die in der Verwaltung und in der Sozialversicherung eine Prüfung zum Zwecke der Anstellung ablegen müssen, an Behördenangestellte und Beamtenanwärter.

Wie schon in der Besprechung der ersten Auflage: JW. 1936, 89 zum Ausdruck kam, ist das Buch im großen und ganzen inhaltlich und in der Darstellungsweise zur Erfüllung der ihm gestellten Aufgaben geeignet. Bisweilen nur ist die Darstellung zu knapp, und es wird manchmal zuviel an — immerhin spezielleren — Kenntnissen vorausgesetzt. Das gilt besonders für die sonst recht gute Einleitung. Hier müßte doch der Stoff wohl noch etwas tiefer durchgearbeitet und dann weniger in Telegammnstil als in erläuternden Sätzen ausgeführt werden.

Die Kapitel über die nationalsozialistische Verwaltung der Gemeinden, Amtsvorsteher, die Verwaltung der Kreise und Provinzen und manche andere sind recht gut, sie führen den Leser in leicht faßlicher und anschaulicher Weise in die Materie ein und vermitteln ihm einen hinreichenden Einblick und Überblick. Andere Beiträge sind schwächer, so z. B. der über die Polizei oder über die Gerichtsbarkeit. Hier fehlt u. a. der Volksgerichtshof, auch ist die Darstellung nicht in allen Punkten klar und zweifelsfrei; die Strafrechte sind nicht erwähnt, die Erlangung des Arzeneirechts (Arzneizeugnis usw.) hätten genauer geschildert werden müssen, wenn der Leser wirklich etwas von diesem Abschnitt haben soll. Insgesamt wäre eine noch etwas gründlichere Durcharbeitung des Stoffes in der „Staatsbürgerkunde“ sicher von großem Vorteil für das Buch. L.

Das neue Deutsche Reichsrecht. Herausgegeben von Staatssekr. Pfundtner und RA. Dr. Neubert unter Mitwirkung von MinR. Dr. Medicus. Lieferung 46—48. Berlin 1936. Industrieverlag Spaeth & Linde. Preis je Blatt 3 RM. zuzügl. Postgebühren.

Die vorliegenden drei Lieferungen stammen aus den Monaten April/Juni 1936 und bringen in der bekannten Weise die bis Mitte Juni 1936 erlassenen Gesetze und Verordnungen. Wie bisher wird das Wichtigste kurz erläutert. Eine Aufzählung oder Hervorhebung einzelner Gesetze oder Verordnungen erübrigt sich aber bei dem stets lückenlosen Abdruck im „Pfundtner-Neubert“.

Das neue Recht in Preußen. Herausgegeben von Dr. Roland Freisler, Staatssekr., und Ludwig Grauert, Staatssekr., unter Mitwirkung von OStA. Dr. Karl Krug. Lieferung 25 und 26. Berlin 1936. Industrieverlag Spaeth & Linde. Preis je Blatt 5 RM. und Postgebühren.

Die beiden Lieferungen enthalten in erschöpfender Weise die während der Monate Januar bis April 1936 in Preußen ergangenen Gesetze, Verordnungen und Erlasse, die durch Anmerkungen und Erläuterungen ergänzt werden. Inhalt und Umfang der Lieferungen zeigen, welche Fülle an Stoff den Lesern zur Erfüllung ihrer Aufgaben im Rahmen des gesamten Staatswesens auf den Gebieten der Verwaltung, Kulturpflege, Landwirtschaft usw. zur Verfügung steht.

Rechtsprechung

Nachdruck der Entscheidungen nur auszugsweise und mit genauer Quellenangabe gestattet

Reichsgericht: Zivilsachen

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

1. § 138 BGB. Sittenwidrigkeit. Ein großes Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung erfüllt die Voraussetzungen des § 138 BGB., sofern nicht die besonderen Merkmale des § 138 Abs. 2 BGB. hinzutreten, für sich allein nicht. Ein Rechtsgeschäft ist nach § 138 Abs. 1 BGB. nichtig, wenn außer dem Mißverhältnis eine solche Gesinnung des die übermäßigen Vorteile beanspruchenden Teiles festzustellen ist, daß das Rechtsgeschäft nach Inhalt, Beweggrund und Zweck gegen das gesunde Volksempfinden verstößt. †)

Das BG. erachtet den Darlehnsvertrag von 1924 als nichtig nach § 138 Abs. 1 BGB. auf Grund folgender Erwägungen. Die von vornherein vereinbarte Zinsvergütung von 36 % sei unabweislich übermäßig hoch; dabei sei zu bedenken, daß für den Kl. bei dem Geschäft jedes Risiko ausgeschlossen gewesen sei, weil er durch die Feingoldklausel gegen die Gefahr einer Geldentwertung geschützt gewesen sei und sich auch einen dem Darlehnsbetrag entsprechenden Teil einer erstfälligen Grundschuld habe abtreten lassen. Im Sommer 1924 habe in Deutschland eine außergewöhnlich große Geldknappheit geherrscht; die Hypothekendarlehenbanken und Sparkassen hätten nach dem Sachverständigengutachten nicht „gearbeitet“ und Darlehen aus privater Hand seien in jener Zeit zu jedem Zinsfuße, der verlangt worden sei, angenommen worden. Diese gewaltigen Schwierigkeiten auf dem Kapitalmarkt, die auf den unglücklichen Kriegsausgang und die Ausplünderung des deutschen Volkes durch die Feindbundmächte zurückzuführen gewesen seien, habe der Kl. auf Kosten des Fr. zu seinem Vorteil dadurch ausgenutzt, daß er sich die übermäßig hohen Zinsen habe versprochen und gewähren lassen; damit sei aber der Tatbestand, der das Darlehnsgeschäft nach § 138 Abs. 1 BGB. nichtig mache, gegeben; ob der volle Tatbestand des § 138 Abs. 2 erfüllt sei, könne auf sich beruhen.

Die Rüge der Rev. ist begründet.

Nach der feststehenden Rspr. des RG. (vgl. RGZ. 56, 231; 75, 74 = JW. 1911, 210³; RGZ. 80, 221 = JW. 1913, 17) ist zur Erfüllung des Tatbestandes des § 138 Abs. 1 BGB. erforderlich, daß das Rechtsgeschäft sich nach seinem ersichtlichen Gesamtcharakter aus der Zusammenfassung von Inhalt, Beweggrund und Zweck als ein sittenwidriges darstellt, und daß der Handelnde, wenn er sich auch nicht der Sittenwidrigkeit seines Tuns bewußt zu sein braucht, sich doch derjenigen Tatumsstände bewußt gewesen sein muß, die seiner Handlung den Stempel der Unsitlichkeit aufdrücken (RGZ. 97, 255; 120, 144 = JW. 1928, 2461²³ m. Anm.; RGZ. 136, 240 = JW. 1932, 2399⁹). Ein großes Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung erfüllt die Voraussetzungen des § 138, sofern nicht die besonderen Merkmale des § 138 Abs. 2 hinzutreten, für sich allein nicht; vielmehr ist erforderlich, daß sich zu der Übermäßigkeit des Vertrages der versprochenen Leistung noch ein weiterer Umstand hinzugesellt, der in Verbindung mit ihr den Vertrag nach seinem Gesamtcharakter als sittenwidrig erscheinen läßt (RGZ. 83, 112 = JW. 1913, 1144; RG. = JW. 1935, 279). Der Große Zivilsen. hat in seiner Entsch. v. 9. März 1936: JW. 1936, 1281¹ diese Rechtsauffassung bestätigt und ausgesprochen, daß ein derartiges Rechtsgeschäft dann nach § 138 Abs. 1 nichtig ist, wenn außer dem Mißverhältnis eine solche Gesinnung des die übermäßigen Vorteile beanspruchenden Teiles festzustellen ist, daß das Rechtsgeschäft nach Inhalt, Beweggrund und Zweck gegen

das gesunde Volksempfinden verstößt; auf diese Gesinnung kann u. U. aus dem Mißverhältnis geschlossen werden; auch kann, wenn ein Teil sich böswillig oder grobfahrlässig der Erkenntnis verschließt, daß der andere sich aus einer mißlichen Lage heraus auf die schweren Bedingungen einläßt, dies in Verbindung mit dem Mißverhältnis das Rechtsgeschäft nichtig machen.

Das BG. geht nun ohne nähere Begr. davon aus, daß die vereinbarte Zinsvergütung unzweifelhaft übermäßig hoch sei. Eine Feststellung, ob eine Vergütung übermäßig hoch ist oder nicht, kann zunächst einmal nur auf Grund einer Prüfung und unter Zugrundelegung der tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse getroffen werden, wie sie zur Zeit der zu beurteilenden Verpflichtungserklärung, hier also in der zweiten Julihälfte 1924, gegeben waren; die weitere Entwicklung der Geld- und Zinsverhältnisse nach diesem Zeitpunkt und insbes. die Beurteilung der späteren Zeiten, was als angemessener oder als übermäßiger Zins in diesen Zeiten zu gelten habe, müssen für die Bewertung von Abmachungen, die z. B. einer grundlegend anders gestalteten Wirtschaftslage getroffen worden sind, ausscheiden. Weiter aber kann die Beurteilung, ob die Zinsvergütung unverhältnismäßig hoch ist, nur entnommen werden aus einer Feststellung, wie sich die Gewährung dinglich gesicherter Darlehen und ihre Verzinsung in damaliger Zeit im allgemeinen gestaltet hat, und aus einem Vergleich des in Rede stehenden Geschäftes mit diesen gleichgearteten Geschäften aus gleicher Zeit. Das angefochtene Urteil läßt diese Gesichtspunkte außer acht und verweist für die Annahme, daß der Zins übermäßig sei, lediglich auf die vorhandene Sicherheit des Kl. Es läßt unberücksichtigt und unbeachtet, daß gerade die von ihm selbst erwähnte Geldknappheit auf dem Kapitalmarkt selbsttätig und notwendig es mit sich brachte, daß ständig steigende Nachfrage nach fremdem Geld auch nur gegen entsprechend erschwerte Bedingungen Befriedigung fand (vgl. RG.: SeuffArch. 80, 1). Tatsächlich hatte der Kl. auch behauptet, daß der Vertrag nach den im Juli 1924 herrschenden Auffassungen einen durchaus angemessenen Inhalt hatte. Diese Angabe konnte nicht mit der vom Vorderrichter allein gegebenen Begr. widerlegt werden, das könne dem Kl. nicht zugegeben werden. Ebenso ist der spätere Hinweis des Urteils auf die von dem Sachverständigen eingeholte Auskunft eines Notars, daß dieser „im Jahre 1924“ Akte über Hergabe von Privatgeldern zu 12 und 14 % getätigt habe, rechtsirrig; denn er läßt unberücksichtigt, daß i. F. 1924 sich die Geld- und Wirtschaftsverhältnisse und damit die Zinsbedingungen von Monat zu Monat ganz wesentlich verschoben. Die Ausföhrung, daß sich auch andere Geldgeber, wenn sie entsprechend der Behauptung des Kl. in jener Zeit sich Zinsen gleicher Höhe für Hypothekendarlehen hätten geben lassen, einer unstatthaften Ausnutzung des Geldmarktes schuldig gemacht hätten, verkennt, daß die Frage der Übermäßigkeit oder Angemessenheit sich zu einem wesentlichen Teile gerade nach den tatsächlichen Verhältnissen und der aus ihnen entwickelten Übung, sofern sie sich nicht als Mißbrauch sicher feststellen läßt, entscheidet. Nicht mit Unrecht weiß die Rev. ferner zu der Bemerkung des angefochtenen Urteils, daß der damalige einschließlich Provision etwa höhere Bankzinsfuß sich nicht auf erstfällige Goldmarkhypotheken bezogen habe, darauf hin, daß die Staats- wie die Privatbanken, wenn sie in damaliger Zeit Geld zu ähnlichen Zinsbeträgen ausgeliehen hätten, dies auch nicht ohne Sicherheiten, sondern nur gegen Stellung ganz bedeutender Sicherheit getan hätten, sowie daß das Urteil die Frage unerörtert lasse, ob und in welchem Umfange in damaliger Zeit die Sorge um die weitere Entwicklung der Geld- und Wirtschaftsverhältnisse und um den Wert der Goldklausel die Einrechnung einer Risikoprämie ge-

rechtfertigt habe. Die nicht eingehender begründete Annahme, daß der Zinssatz von 36 % übermäßig hoch gewesen sei, entbehrt nach alledem jedenfalls der genügenden Grundlage; daß eine derartige Zinsvergütung für ein Hypothekendarlehen in jener Zeit für sich allein nicht ohne weiteres übermäßig zu sein braucht, zeigt die Entsch. RGW. 1926 Nr. 151, in der ein weit höherer Zinssatz zu Beanstandungen keinen Anlaß gegeben hat. Ein Urteil darüber, ob die Höhe des Zinses im einzelnen Falle als übermäßig anzusehen ist oder nicht, kann nur auf Grund sorgfältiger Prüfung der gesamten Geld- und Wirtschaftsverhältnisse, die auch örtlich durchaus verschieden gelagert gewesen sein können, gefällt werden. An einer derartigen Prüfung, für die ein eingehendes, jenen ganzen Verhältnisse erörterndes Sachverständigen Gutachten von wesentlichem Nutzen sein könnte, läßt es das angefochtene Urteil fehlen. Es zieht sogar aus dem von ihm eingeholten kurzen Gutachten und den dort getroffenen Feststellungen keine weiteren Folgerungen und erwähnt auch die zu den Akten gelangten Auskünfte über die damaligen Zinsverhältnisse überhaupt nicht; damit verletzt es den § 286 ZPO.

Als rechtsirrig ist weiter auch die Annahme des BG. anzusehen, daß allein schon das Fördern übermäßiger Zinsen lediglich deshalb, weil es in der Zeit der Geldknappheit in der Nachinflationzeit gesehen ist, den Tatbestand des § 138 Abs. 1 erfüllt. Allerdings hat das RG. in den Entsch. RGZ. 90, 400 = JW. 1918, 32 und RGZ. 93, 29 in Fällen, in denen es sich um Geschäfte handelte, die Gegenstände des Kriegsbedarfs betrafen und die für die Heeresverwaltung von Bedeutung waren, in der Ausnutzung der durch die Kriegsnot geschaffenen Schwierigkeiten oder in der Gefährdung von Lieferungen an die Heeresverwaltung einen Umstand gesehen, der hinreichte, um das Streben nach übermäßigem Gewinn als Verstoß gegen die guten Sitten zu brandmarken; und auch RG.: JW. 1935, 279 erachtet die unerlaubte sittenwidrige Ausnutzung von Schwierigkeiten auf dem Geldmarkte u. U. für genügend, um bei Übermäßigkeit des Gewinns einen Verstoß gegen § 138 Abs. 1 zu begründen. Aber auch in einem solchen Falle bedürfte es immer noch der Feststellung, inwiefern durch die fragliche Handlung eine unläutere Ausnutzung dieser Schwierigkeiten vorgenommen worden ist, sofern sie nicht ohne weiteres, wie bei der Ausnutzung der Schwierigkeiten der Heeresverwaltung, aus der Sachlage sich von selbst ergibt.

Schließlich weist die Rev. zutreffend auch darauf hin, daß der Kl. in den Jahren 1924 bis 1927 seinem Schuldner entsprechend der Entwicklung der wirtschaftlichen Verhältnisse fortgesetzt Zinsherabsetzungen bewilligt habe. Auch diesem Umstande hätte das BG. Beachtung schenken und seine Bedeutung prüfen müssen. Denn für die Frage, ob die Voraussetzungen des § 138 Abs. 1 BGB. gegeben sind, kann u. U., wenn für die Prüfung der Sittenwidrigkeit auch die aus dem Vertragsinhalt sich ergebende damalige Rechtslage maßgebend ist, auch die spätere Handhabung des Vertrages von Wichtigkeit sein, sofern sie Rückschlüsse auf die Absichten gestattet, die dem Abschlusse zugrunde lagen (RG.: JW. 1932, 3760).

(U. v. 30. März 1936; VI 437/35. — Düsseldorf.) [Dn.]

Anmerkung: Der von der Überschrift herausgestellte Satz wiederholt den Grundgedanken der ersten Entsch. des Großen Zivilsen. (JW. 1936, 1281). Die Entsch. selbst beruht nicht unmittelbar auf diesem Satz; sondern es liegt gerade ein Fall vor, in dem die objektiven Umstände nicht ausreichen, um auf einen unsittlichen Parteiwillen zu schließen. Die eingehenden Erwägungen des RG., die zu dem Ergebnis führen, daß die Feststellungen des BG. nicht ausreichen, um die Höhe des Zinses als übermäßig zu bezeichnen, geben eine wertvolle Ergänzung für die Entsch. des Großen Senats. Sie zeigen nämlich, daß die besonderen Umstände, unter denen bereits aus dem Mißverhältnis auf den sittenwidrigen Willen geschlossen werden kann, durchaus nicht einen Regelfall darstellen. Die Förderer der objektiven Lehre, die der von dem Großen Sen. abgegebenen Entsch. des HansLG. zustimmen, sind also vom RG. nicht gehört worden. Die Frage, ob nur der objektive Inhalt des

Rechtsgeschäfts „unter Ausscheidung der subjektiven Seite maßgeblich“ für seine Beurteilung sein soll, ist so alt, wie der § 138 selbst. Das RG. hat in gleichbleibender Rsp. die objektive Betrachtungsweise, die da meint, „Nichtigkeitsgrund ist die Sittenwidrigkeit des Rechtsgeschäfts, nicht des Geschäftsgegenstandes“, abgelehnt. Mit Recht! Ganz abgesehen davon, daß es tatsächlich unmöglich ist, die Fälle der objektiven Unsittlichkeit in ein System zu bringen (vgl. die Versuche von Lotmar, Der unmoralische Vertrag, und Vogel, Der Begriff des gegen die guten Sitten verstoßenden Rechtsgeschäfts), müssen wir die objektive Betrachtungsweise aus weltanschaulichen Gründen ablehnen; denn es kommt dem Gesetz nicht nur, wie die Verfechter der objektiven Lehre meinen, auf die Reinhaltung des sozialen Lebens, sondern auch auf die subjektive Sittlichkeit des Einzelnen an. Das Recht muß auch erzieherisch sein. Die Aufgabe des Richters, der dadurch zum Hüter der Sittlichkeit wird, ist nicht leicht — seine Berufung zu dieser Aufgabe dient aber einem beachtlichen Ziel, der vom Führer auf dem Deutschen Juristentag 1933 geforderten

Einheit von Sittlichkeit und Recht!

Prof. Dr. Noack, Halle (Saale).

2. § 823 BGB. Rentenbegehren. Heranziehung des § 254 BGB. Ein adäquater ursächlicher Zusammenhang zwischen Unfall und Unfallneurose ist dann gegeben, wenn die bei dem Verletzten festzustellenden nervösen Erscheinungen als eine Folge des bei dem Unfall erlittenen psychischen Schocks anzusehen sind.

Der Kl. behauptet, er sei, als er das Gebäude der Bfkl. betreten habe, nach Öffnen einer im Erdgeschoß am Haupteingang befindlichen Tür über eine gleich hinter dieser hinabführende Stufe gestolpert und zu Fall gekommen; hier bei habe er sich eine Verletzung am Kopfe zugezogen. Der Kl. hat die Bfkl. auf Ertrag des ihm entstandenen Schadens in Anspruch genommen. BG. und OBG. haben die Klage abgewiesen.

Die Rev. rügt, daß der VerR. den Begriff des ursächlichen Zusammenhangs verkenne, insbes. zu Unrecht die Beziehung zwischen Hirnarterienverkalkung, Unfall und jetzigem Zustand als nicht ursächlich im Rechtsinne betrachte, obwohl er davon ausginge, daß das Unfallereignis die Verletzungen des Kl. über seine Versorgung in der Zukunft verstärkt und dadurch seine tatsächlichen Verletzungsfolgen in der subjektiven Empfindung und Bewertung erheblich gesteigert habe.

Die Rüge ist begründet.

Der erf. Sen. hat bis in die neueste Zeit (JW. 1934, 1563; RGKomm. 5a vor § 823 und die dortigen Nachweise) bei der Beurteilung des ursächlichen Zusammenhangs zwischen Unfall und Unfallneurose an folgenden Grundsätzen festgehalten. Es kommt entscheidend darauf an, ob der Unfall nur den äußeren Anlaß zu der Entstehung der Neurose gesetzt hat oder ob ein innerer Zusammenhang zwischen Unfall und Neurose besteht. Dabei ist es ohne Bedeutung, ob der Unfall eine äußere oder innerliche Verletzung des Verunglückten hervorgerufen hat oder ob sich wenigstens eine organische Veränderung als Unfallsfolge nachweisen läßt. Vielmehr ist der adäquate ursächliche Zusammenhang schon dann gegeben, wenn die bei dem Verunglückten festzustellenden nervösen Erscheinungen als eine Folge des psychischen Schocks anzusprechen sind, den der Verunglückte bei dem Unfall erlitten hat. Hat die Körperverletzung, in der Regel der Unfall, selbst eine nervöse Krankheit hervorgerufen und haben sich aus dieser in weiterer Folge Begehrungsvorstellungen nach einer Rente, verbunden mit der Einbildung, ganz erwerbsunfähig zu sein, in dem Verletzten entwickelt, so ist der ursächliche Zusammenhang gegeben, nicht aber, wenn nur ein äußerer Zusammenhang durch das Erleben des Unfalls und die Erinnerung an ihn besteht, die seelische Reaktion darauf aber, d. h. der seelische Zustand, in keiner Weise durch den Unfall hervorgerufen oder verstärkt worden ist, das Rentenbegehren

vielmehr nachträglich durch einen, im wesentlichen aus § 254 BGB. zu betrachtenden Mangel an Widerstandskraft gegen die auftretenden Begehrungsvorstellungen sich entfaltet.

(U. v. 12. März 1936; VI 373/35. — Berlin.)

3. §§ 636, 326, 812 BGB. Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei gegenseitigen Verträgen.

Nach der vom RG. ständig vertretenen Auffassung, an der festzuhalten ist, tritt, wenn der Besteller wegen Vertragsverletzung des Unternehmers (§§ 636 Abs. 1 Satz 2, 326 Abs. 1 Satz 2 BGB.) Schadensersatz wegen Nichterfüllung wählt, an Stelle der ursprünglichen Vertragspflichten beider Teile ein Anspruch des Bestellers gegen den Unternehmer auf Ersatz des Schadens, der dem Besteller dadurch entsteht, daß der Vertrag nicht so, wie vereinbart, erfüllt wird. Der Schaden ist nicht für sich zu ermitteln und gegen den Werklohn oder Werklohnanteil aufzurechnen, der dem Unternehmer zusteht. Vielmehr behält der Werklohnanteil nur die Bedeutung eines die Höhe der Ersatzforderung beeinflussenden Rechnungsbetrages. Werden Werklohnanteil und Schadensersatzforderung wegen Nichterfüllung aus demselben Werkvertrage einander gegenübergestellt, so handelt es sich nicht um Aufrechnung nach §§ 387 ff. BGB., sondern um eine Abrechnung, d. h. um die Ermittlung des rechnerischen Ergebnisses (RGZ. 141, 259 [262] = JW. 1933, 2274; RGZ. 83, 279 [281] = JW. 1914, 141 und die dort genannten Entsch.). Übersteigt der von dem Unternehmer verdiente Werklohnanteil den Schaden des Bestellers, so hat dieser den Unterschied an den Unternehmer zu zahlen. Der Werklohnanteil wird aber nach wie vor aus dem Werkvertrag geschuldet und nicht aus ungerechtfertigter Bereicherung.

(U. v. 10. März 1936; VII 239/35. — Berlin.) [L.]

****4.** §§ 1565, 1567, 823, 249 BGB.; §§ 172, 185 StGB. Dem durch ehebrecherischen Verkehr des anderen verletzten Ehegatten steht auch unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes ein klagbarer Anspruch auf Unterlassung weiteren ehebrecherischen Verkehrs weder gegen den anderen Ehegatten noch gegen dessen Mitschuldigen zu.†)

Die Kl. ist die Ehefrau des Bekl. zu 1, die seit dem 5. Juli 1935 mit seinem Einverständnis von ihm getrennt lebt. Unter der Behauptung, daß der Bekl. nach der Trennung die Bekl. zu 2 in seine Wohnung aufgenommen habe, daß beide Geschlechtsverkehr unterhielten, gemeinschaftlich Arm in Arm ausgingen und sich Dritten gegenüber als Mann und Frau bezeichneten, hat die Kl. Klage erhoben mit dem Antrage, die Bekl. unter Androhung einer Haftstrafe bis zu 6 Monaten oder einer Geldstrafe von unbegrenzter Höhe für jeden Fall der Zuwiderhandlung zu verurteilen, es zu unterlassen, a) miteinander geschlechtlich zu verkehren, b) miteinander in häuslicher Gemeinschaft zu leben, c) Dritten gegenüber sich selbst oder einer den andern als miteinander verheiratet auszugeben. Die Klage ist damit begründet, daß die Bekl. durch ihr Verhalten gegen § 172 StGB. verstießen und durch ihr sittenwidriges Verhalten die Frauenehre der Kl. verletzten. Zur Vermeidung weiterer Verletzungen ihrer Rechte könne die Kl. zur Wiederherstellung des früheren Zustandes i. S. des § 249 BGB. auf Unterlassung klagen.

Die Klage wurde abgewiesen. Das LG. ist zur Abweisung der Klage auf Grund der Ermägung gelangt, daß die Rechtsordnung im Hinblick auf das sittliche Wesen der Ehe die Rechtsbeziehungen der Ehegatten zueinander auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts, des Verfahrensrechts und des Strafrechts besonders geregelt habe, und daß sich daraus ergebe, daß dem durch ehebrecherischen Verkehr des andern verletzten Ehegatten auch unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes ein klagbarer Anspruch auf Unterlassung weiteren ehebrecherischen Verkehrs weder gegen den anderen Ehegatten noch gegen dessen Mit-

schuldigen zustehe. Es befindet sich damit in Übereinstimmung mit der Rspr. des RG., insbes. mit den Urteilen RGZ. 71, 85 und JW. 1905, 431, denen sich das Schrifttum, wenn auch zum Teil mit abweichender Begründung, so doch im Ergebnis fast durchweg angeschlossen hat (Planck, Komm., Anm. 28 zu § 1565 BGB.; Staudinger, Komm., Anm. 9 aß zu § 1353, Anm. 1 f zu § 1565 BGB.; RGKomm. Anm. 1 a. E. zu § 1565 BGB.). An der bisherigen Rspr. ist auch gegenüber den Ausführungen der Rev. festzuhalten.

Die Kl. begehrt nicht nur, daß die Bekl. den weiteren ehebrecherischen Verkehr als solchen unterlassen, sondern auch, daß sie nicht mehr zusammenleben und sich nicht mehr als Mann und Frau ausgeben.

1. Faßt man zunächst den ersten Unterlassungsanspruch für sich allein ins Auge, so ergibt sich seine Unklagbarkeit gegenüber dem beklagten Ehegatten aus folgenden Erwägungen: Im Entwurf eines BGB., I. Lesung, war in § 1276 die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens, die im BGB. nur in § 1567 Abs. 2 Nr. 1 (als Klage auf Herstellung der häuslichen Gemeinschaft) erwähnt, verfahrensrechtlich aber in der ZPO. geregelt ist, ausdrücklich zugelassen. Sie wird in den Mot. IV, 108 als Klage auf Erfüllung der aus dem persönlichen Verhältnis der Ehegatten sich ergebenden Pflichten bezeichnet. Die Motive (vgl. auch Prot. IV, 99) geben ferner Aufschluß darüber, daß man sich bewußt von den Bestimmungen des preuß. Rechtes, das die in Betracht kommenden Streitigkeiten in das Scheidungsverfahren verwies, abwenden wollte, daß aber auf die Klage die besonderen Vorschriften der ZPO. über das Verfahren in Ehefachen Anwendung finden und eine Erzwingung der Herstellung des ehelichen Lebens im Wege der Zwangsvollstreckung ausgeschlossen sein sollte. Die Motive betonen ausdrücklich (a. a. O. S. 109), daß die Anwendung von Zwangsmaßnahmen zur Herstellung des ehelichen Lebens mit dem Wesen der Ehe als eines vorwiegend sittlichen, auf der ehelichen Gefinnung beruhenden Verhältnisses nicht vereinbar sei. Zudem lehre die Erfahrung, daß Zwangsmaßnahmen in den meisten Fällen ohne praktischen Erfolg seien und nur dazu beitragen, die Erbitterung unter den Ehegatten zu vermehren, weshalb denn auch die Landesgesetzgebungen im bei weitem größten Teil des Reichs einen solchen Zwang bereits abgeschafft hätten. Diesen Erwägungen entsprechen die Vorschriften, wie sie jetzt in § 1353 Abs. 1 BGB., §§ 606 f., 888 Abs. 2 ZPO. vorliegen. Daraus ergibt sich mit vollkommener Sicherheit als Wille des Gesetzgebers, daß die Klage auf Erfüllung der aus dem persönlichen Verhältnis der Ehegatten sich ergebenden Pflichten eben nur in dem für Ehefachen vorgeschriebenen besonderen Verfahren durchgeführt werden kann, in dem eine Erzwingung pflichtmäßigen Verhaltens durch Strafe oder sonstige Maßregeln ausgeschlossen ist.

Durch ein ehebrecherisches Verhältnis verstößt ein Ehegatte gegen die aus dem persönlichen Verhältnis zum andern Teil herzuleitende Hauptverpflichtung, die Treupflicht. Nach der bestehenden Rechtsordnung kann also der verletzte Ehegatte gegen den anderen nicht im gewöhnlichen Rechtsstreit auf Unterlassung weiteren ehebrecherischen Verhaltens klagen. Er ist vielmehr, wenn er von dem Recht auf Scheidung wegen Ehebruchs nicht Gebrauch machen will, von gütlichen Vorstellungen abgesehen, darauf angewiesen, durch die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens auf den untreuen Ehegatten einzuwirken. Insofern ist also dem Urteil RGZ. 71, 85 beizutreten, dessen Ausführungen ihre Bedeutung insofern behalten, als sie näher darlegen, daß der gedachte Wille des Gesetzgebers in der Gesamtheit der das Verhältnis der Ehegatten zueinander regelnden Bestimmungen und in den einschlägigen Verfahrensvorschriften einen deutlichen Ausdruck gefunden hat. Zu ergänzen sind jene Urteilsausführungen dahin, daß die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens im besonderen Eheverfahren nicht mit dem Antrag erhoben werden kann, dem verklagten Teil die Unterlassung weiteren ehebrecherischen Verkehrs unter Androhung von Strafe aufzugeben. Der Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens i. S. des § 606 ZPO. kann nur die Verurteilung zu einer positiven Handlung entsprechen. Das folgt daraus, daß durch § 888

Abf. 2 ZPO. lediglich die in Abf. 1 enthaltene Vorschrift über die Zwangsvollstreckung zur Erwirkung nicht vertretbarer Handlungen auf den Fall der Verurteilung zur Herstellung des ehelichen Lebens für nicht anwendbar erklärt ist. Es würde den dargelegten Absichten des Gesetzgebers durchaus widersprechen, wenn man auf dem Umwege der Verurteilung zur Unterlassung einer die persönlichen Pflichten des Ehegatten verletzenden Handlung die Möglichkeit eines Zwangsverfahrens nach § 890 ZPO. eröffnen wollte. Damit setzt sich der Senat nicht mit der bisherigen Rspr. des RG. in Widerspruch, durch die anerkannt ist, daß die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens nicht nur zur Beseitigung eines räumlichen Getrenntlebens, sondern in der Regel wegen jeder Verletzung der aus dem persönlichen Verhältnis der Ehegatten sich ergebenden Pflichten und mit besonderen, der jeweiligen Pflichtverletzung entsprechenden Anträgen erhoben werden kann. Denn alle in diesem Sinn ergangenen Entsch. betreffen Fälle, in denen ein Ehegatte Erfüllung persönlicher Verpflichtungen durch ein positives Tun des anderen forderte. Es kann auf die in RGRKomm. Anm. 2 zu § 1353 BGB. angeführten Entsch. Bezug genommen werden. Hervorzuheben ist ferner, daß die dem gekränkten Ehegatten zustehende Herstellungsklage regelmäßig nur mit dem Ziel der Herstellung der häuslichen Gemeinschaft erhoben werden kann. Nur unter ganz besonderen Umständen, wie sie hier von der Kl. nicht vorgebracht worden sind, kann eine eheliche Gemeinschaft auch ohne die häusliche Gemeinschaft bestehen. Regelmäßig kann deshalb die eheliche Gemeinschaft ohne die häusliche Gemeinschaft keinem Ehegatten zugemutet werden (RG.: Gruch. 54, 1031 = JW. 1910, 817³⁶; Pland, Komm., Anm. 4 zu § 1353 BGB.). Solange daher die Kl. im Einverständnis mit dem Bekl. von ihm getrennt lebt und in keiner Weise zu erkennen gibt, daß sie die eheliche, insbes. die häusliche Gemeinschaft mit dem Bekl. wieder aufnehmen wolle, kann sie auch nicht mit einer Herstellungsklage auf den Bekl. einwirken. Daraus ergibt sich zugleich, daß die vorliegende Klage, soweit sie gegen den Bekl. zu 1 gerichtet ist, nicht unter dem Gesichtspunkt teilweise Erfolg haben kann, daß sie etwa als Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens aufzufassen wäre.

Steht aber dem durch ein ehebrecherisches Verhältnis des anderen Teils verletzten Ehegatten nach dem deutlich ausgedrückten Willen des Gesetzgebers nur das besondere, sei es auf Scheidung, sei es auf Herstellung des ehelichen Lebens abzielende Eheverfahren offen, so ergibt sich daraus, daß er eine gewöhnliche Klage auf Unterlassung weiteren ehebrecherischen Verkehrs auch nicht unter dem Gesichtspunkt der unerlaubten Handlung erheben kann. Es bedarf daher nicht der Erörterung, ob der Ehebruch eines Ehegatten überhaupt als unerlaubte Handlung i. S. der §§ 823 f. BGB. anzusehen ist und ob im Verhältnis der Ehegatten zueinander die Vorschrift des § 172 StGB. als Schutzgesetz i. S. des § 823 Abs. 2 BGB. in Frage kommt.

Was die Klage gegen die Bekl. zu 2 als Mitschuldige an dem Ehebruch anlangt, so braucht auch hier nicht untersucht zu werden, ob und inwieweit § 172 StGB. als Schutzgesetz im gedachten Sinne anzusprechen ist, wie es der 7. ZivSen. in dem Urteil RGZ. 72, 128 mit der Einschränkung angenommen hat, daß der Schutz sich nicht auf wirtschaftliche Interessen erstreckt. Denn es ist mit diesem Urteil davon auszugehen, daß Familienrechte, insbes. das Recht des Ehegatten auf den Fortbestand der ehelichen Lebensgemeinschaft, zu den absoluten, an sich unter Abs. 1 des § 823 BGB. fallenden Rechten gehören. Gleichwohl führen gewichtige Gründe dazu, dem verletzten Ehegatten die Unterlassungsklage auch gegen den am Ehebruch mitschuldigen Dritten zu versagen.

Zunächst ist an der dem Urteil des 6. ZivSen. RGZ. 71, 85/89 zugrunde liegenden Auffassung festzuhalten, daß es dem sittlichen Wesen der Ehe, wie es durch die Rechtsordnung anerkannt ist, widerspreche, die inneren Verhältnisse des Ehelebens in einen bürgerlichen Rechtsstreit außerhalb des besonders geordneten Eheverfahrens hineinzuziehen. Der Hinweis der Rev. darauf, daß die inneren Verhältnisse des Ehelebens des öfteren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten außerhalb des eigentlichen Eheprozesses, z. B. in Unterhaltsprozessen und bei

güterrechtlichen Streitigkeiten, erörtert werden müssen, greift nicht durch. Handelt es sich, wie in den beispielsweise angeführten Fällen, um vermögensrechtliche Streitigkeiten, so muß dem Ehegatten nach allgemeinen Grundsätzen das gewöhnliche Streitverfahren offenstehen, und es muß die Erörterung persönlicher Verhältnisse der Ehegatten, soweit sie für die vermögensrechtlichen Streitigkeiten von Bedeutung sind, als unvermeidlich in Kauf genommen werden. Von solchen vermögensrechtlichen Streitigkeiten abgesehen, kann nach dem dargelegten, im Gesetz deutlich zum Ausdruck gelangten Willen des Gesetzgebers über die inneren Vorgänge des Ehelebens nur im besonderen Eheverfahren entschieden werden. Den Ausschlag geben muß jedenfalls folgende Erwägung: Wenn es dem sittlichen Wesen der Ehe widerspricht, daß ein Zwang gegen den untreuen Ehegatten ausgeübt wird, so sind auch Zwangsmaßnahmen gegen den Mitschuldigen abzulehnen, die sich als mittelbarer Zwang gegen den untreuen Ehegatten auswirken müßten.

2. Da die vorl. Klage, abgesehen von der Unterlassung weiteren Geschlechtsverkehrs der Bekl., auch darauf gerichtet ist, daß die Bekl. nicht weiter zusammenleben und sich Dritten gegenüber als Mann und Frau ausgeben sollen, die Kl. auch ausdrücklich geltend macht, daß ihre Frauenehre durch das Verhalten der Bekl. verletzt werde, so bedarf es weiter der Prüfung, ob der Kl. ein Unterlassungsanspruch nicht mit Rücksicht darauf zuzusprechen ist, daß das Verhalten der Bekl. zugleich eine Beleidigung i. S. des § 185 StGB. enthält. In sich bedeutet eine von einem Ehegatten dem andern zugefügte Beleidigung nicht nur einen Verstoß gegen die durch die Ehe begründeten persönlichen Pflichten, sondern zugleich die Verletzung eines durch die Strafvorschrift des § 185 StGB. geschützten Lebensgutes, stellt also eine unter § 823 Abs. 2 BGB. fallende unerlaubte Handlung dar, wie sie von jedem Dritten begangen werden kann. Daß eine unerlaubte Handlung des an der Beleidigung beteiligten Dritten vorliegt, kann noch weniger zweifelhaft sein. Daraus ließe sich bei der Gefahr einer Wiederholung des ehrverletzenden Verhaltens an sich ein Anspruch auf Unterlassung, sei es zur Wiederherstellung des früheren Zustandes, sei es zur Abwehr künftiger Beeinträchtigungen gleicher Art (sog. vorbeugende Unterlassungsklage) sowohl gegen den anderen Ehegatten als auch gegen den Mitschuldigen herleiten.

Soweit indessen der Ehebruch, für sich allein betrachtet, zugleich eine Beleidigung enthält, ist angesichts der in § 172 StGB. getroffenen Sonderregelung dieserhalb eine Bestrafung weder des Mitschuldigen (vgl. insbes. RGSt. 65, 1) noch des untreuen Ehegatten zulässig. Allerdings schließt nach der angezogenen Entsch. die durch § 172 StGB. getroffene Sonderregelung nicht aus, daß in Fällen, in denen sich eine Ehrkränkung des verletzten Ehegatten nicht ausschließlich aus der Handlung des Ehebruchs selbst, sondern aus besonderen Begleitumständen oder aus mit ihm verbundenen, aber nicht zum Tatbestand des Ehebruchs gehörigen Merkmalen ergibt, die Strafvorschrift des § 185 StGB. Anwendung finden kann. So würde der Fall hier liegen, da die Kl. behauptet, daß die Bekl. wie Mann und Frau zusammenleben, und ausdrücklich geltend macht, daß gerade durch das nach außen hervor tretende Zusammenleben der Bekl. ihre Frauenehre verletzt werde. Indessen ist auch in Fällen dieser Art die Zivilklage auf Unterlassung verbunden mit einer Strafandrohung mit nachfolgender Zwangsvollstreckung wegen mangelnden Rechtsschutzinteresses zu versagen.

Die Unterlassungsklage soll einem dringenden Rechtsschutzbedürfnis dienen. Die frühere Rspr. insbes. des 6. ZivSen. des RG. nahm daher an, daß ein die Unterlassungsklage ausschließender genügender Rechtsschutz regelmäßig dann bestehe, wenn die in Betracht kommende unerlaubte Handlung durch ein Strafgesetz unter öffentliche Strafe gestellt ist. Diesen Standpunkt hat der 2. ZivSen. in dem einen Fall unlauteren Wettbewerbs betreffenden Urteil RGZ. 116, 151 = JW. 1927, 1471, Anm. JW. 1927, 1997 verlassen und ausgesprochen, daß nicht nur auf dem Gebiete des gewerblichen Rechtsschutzes, sondern allgemein dem Verletzten neben dem strafrechtlichen Schutz die Unterlassungsklage zustehen müsse. Diese von dem-

selben Senat auch in den Urteilen RGZ. 138, 219 = JW. 1933, 1717 und JW. 1933, 1400¹⁶ vertretene Rechtsauffassung hat sich in dessen in der Rpr. des RG. bisher nicht durchgesetzt. Der jetzt wieder mit dem Sachgebiet der unerlaubten Handlungen befaßte 6. ZivSen. hat in den Urteilen RGZ. 124, 253 = JW. 1929, 2339 mit Num. und RGZ. 128, 298 = JW. 1931, 1471 mit Num. (auch SeuffArch. 84 Nr. 164) zur Rpr. des 2. ZivSen. keine Stellung zu nehmen brauchen. Offen gelassen hat die Frage ausdrücklich auch der damals mit den Schadenersatzansprüchen aus unerlaubten Handlungen befaßte frühere 9. ZivSen. in den Urteilen Gruch. 72, 319; JW. 1932, 2706⁵ u. 3608⁴; desgleichen der 2. Sen. in dem Urteil JW. 1927, 2422. Auch im vorl. Falle bedarf es einer grundsätzlichen, alle Rechtsgebiete betreffenden Entsch. der Zweifelsfrage nicht. Für das besonders geordnete Gebiet des Ehegesetzes ist jedenfalls die Rechtsauffassung des 2. ZivSen. als zu allgemein abzulehnen. Dem verletzten Ehegatten steht wegen des zugleich mit der Beleidigung begangenen Ehebruchs des anderen der absolute Scheidungsgrund des § 1565 BGB. zur Seite. Im Falle der Scheidung kann er die gerichtliche Bestrafung des geschiedenen Ehegatten und seines Mitschuldigen erreichen. Will er von diesen Rechtsbehelfen, sei es auch aus ideellen (z. B. religiösen) Gründen, keinen Gebrauch machen, so steht ihm die Klage auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft offen, die allerdings ebenfalls zur Scheidung führen kann, sofern nämlich der andere Teil einen entsprechenden Antrag stellt (§ 1575 BGB.). Liegen die oben erörterten Voraussetzungen vor, so kann der verletzte Ehegatte ferner auf den untreuen Teil durch die Klage auf Verfestung des ehelichen Lebens einwirken, die freilich zu Zwangsmaßnahmen gegen den anderen Teil nicht führen kann, deren moralischer Wert indessen nicht zu unterschätzen ist (vgl. Mot. zum BGB. Bd. 4 S. 108). Zu diesen besonderen Rechtsbehelfen kommt schließlich die allgemeine Privatklage wegen Beleidigung, mit der er unter den erwähnten Voraussetzungen sowohl gegen den treulosen Ehegatten als auch gegen den mitschuldigen Dritten vorgehen kann. Damit ist dem Rechtsschutzbedürfnis des verletzten Ehegatten genügt. Eine weitere, zivilrechtliche Klage auf Unterlassung des durch ein ehewerkerisches Verhältnis betätigten beleidigenden Verhaltens gegen den anderen Teil und seinen Mitschuldigen ist ihm daher zu versagen.

3. Unbegründet ist endlich die Rüge der Rev., das LG. habe den gegen die Befl. erhobenen Anspruch, es zu unterlassen, Dritten gegenüber sich selbst oder einer den anderen als miteinander verheiratet auszugeben, nicht unter dem Gesichtspunkt der Verletzung des Namenrechts geprüft. Abgesehen davon, daß die Klage nicht auf § 12 BGB. gestützt worden ist, hat die Kl. keine näheren tatsächlichen Ausführungen gemacht, aus denen sich ergäbe, daß das von ihr gekennzeichnete Verhalten der Befl. gerade zu einer Verletzung ihres Namensrechts geführt habe (vgl. WarnRpr. 1927 Nr. 138; 1930 Nr. 2). Die Behauptung, die Befl. bezeichneten sich Dritten gegenüber als Mann und Frau, konnte im Zusammenhang mit der weiteren Behauptung, daß sie Arm in Arm ausgingen, ungezwungen nur dahin verstanden werden, daß aus diesem Verhalten ein Beweiszeichen für ein geschlechtliches Verhältnis oder doch für ein die Frauenehre der Kl. verletzendes Liebesverhältnis der Befl. zu entnehmen sei.

(U. v. 23. April 1936; IV 304/35. — LG. Chemnitz.) [Hn.]

Anmerkung: Die Entsch. greift über die Frage, ob ein Ehegatte gegen den anderen Ehegatten und gegen einen Dritten einen klagbaren Anspruch auf Unterlassung der Störung des ehelichen Friedens hat, weit hinaus, sie rührt unmittelbar an Grundsätze des geltenden Rechts, vor allem an die grundsätzliche Frage des Ehegesetzes.

Abgesehen von dem Gesetz gegen Mißbräuche bei der Eheschließung v. 23. Nov. 1933, dem BlutschutzG. vom 15. Sept. 1935 und dem EhegesundhG. v. 18. Okt. 1935, die nunmehr einen vorbeugenden Schutz der Ehe als der physischen und ethischen Grundlage unseres Volkslebens gegen rassistische, erbbiologische und sittliche Schäden der Gemeinschaft bieten, genießt bis zur Stunde die Ehe als Zelle

dieser Gemeinschaft so gut wie keinen wirkamen gesetzlichen Schutz. Dieser aus der liberalistischen Grundhaltung der früheren Gesetzgebung erklärbarer Mangel soll aber für die Zukunft einmal dadurch beseitigt werden, daß zunächst im künftigen Strafrecht „die öffentliche Schmähung von Ehe und Mutterschaft als ein strafwürdiges Delikt“ gelten wird (siehe Bericht über die Arbeit der amtlichen Strafrechtskommission, besonderer Teil, 1935). Daneben spielt aber eine mindestens gleichwichtige Rolle die Frage, ob — weit mehr als in bisherigen Recht — auch die einzelne Ehe unter gesetzlichen Schutz gestellt werden soll. In diesem Zusammenhang wird gegenwärtig häufig die Strafbarkeit des Ehebruchs erörtert. Es kann nicht daran gezwweifelt werden, daß sie im neuen Recht aufrechterhalten wird, auch scheint man an den bisherigen Strafverfolgungsvoraussetzungen festhalten zu wollen. Bezeichnend ist aber schon, daß die Preuß. Denkschrift über die Reform des Strafrechts neben dem „Ehebruch“ auch den sog. „Ehefriedensbruch“ bestraft wissen will, wobei an die Strafbarkeit „häufig wiederkehrender, besonders verwerflicher Störungen der ehelichen Treue- und Friedenspflicht“ gedacht ist. Freilich darf nicht verkannt werden, daß es außerordentlich schwierig sein dürfte, den Tatbestand eines solchen „Ehefriedensbruchs“ so scharf zu umreißen, daß nicht die Rechtssicherheit unter einer unbegrenzten Auslegungsmöglichkeit schweren Schaden leidet, besonders dann, wenn wegen des „Ehefriedensbruchs“ nicht nur der schuldige Ehegatte, sondern auch ein etwaiger mitschuldiger Dritter soll bestraft werden können.

Insofern handelt es sich jedoch nur um den strafrechtlichen Schutz der einzelnen Ehe, der aber, wie die Erfahrung lehrt, niemals geeignet ist, der Ehe einen wirklichen Schutz im Sinne ihrer Aufrechterhaltung zu gewähren. Gerade diese Forderung wird aber heute vielfach gestellt. Sie kann nicht erfüllt werden über das Strafrecht, sie kann höchstens im Rahmen des Eherechts selbst Verwirklichung finden. In einem Aufsatz „Die Rechtsstellung der Frau im künftigen deutschen Eherecht“ (NS-Frauenwarte, Jahrgang 1935/36 Heft 21 S. 664) habe ich hierzu folgendes ausgeführt:

„Einer eingehenden Prüfung bedarf aber auch die Frage, ob der Gesetzgeber die Möglichkeit schaffen soll, wirksam gegen jede ernstliche Störung des ehelichen Friedens einzuschreiten. Gerade in der Frauenwelt wird so oft darüber geklagt, daß die Ehe selbst völlig schutzlos sei und daß es kein Mittel gebe, das der Aufrechterhaltung einer gefährdeten Ehe diene, daß der um den Bestand der Ehe besorgte Ehegatte tatenlos zusehen müsse, wie die Zerstörung des ehelichen Verhältnisses insbes. durch das Dazwischentreten dritter Personen unaufhaltsam fortschreitet, daß es für den betroffenen Ehegatten nur einen einzigen Weg gebe, nämlich den der Scheidung. Es ist richtig, daß die Ehefrau die Anbahnung ehewerkerischer Beziehungen des Mannes mit einer anderen Frau nicht zu verhindern vermag, daß sie sich eine oft übermenschliche Beherrschung auferlegen muß, um nicht dem Mann seinerseits einen Scheidungsgrund in die Hand zu spielen. Da ist es immerhin erwägenswert, ob nicht etwa die Unterlassung weiteren Verkehrs zwischen dem Ehemann und seiner Geliebten rechtlich erzwingbar werden soll. Derartige Vorschläge sind auch bereits aus Juristenkreisen vorhanden. Menschlich sind sie durchaus verständlich, ob sie aber ohne schwerste Gefahren in die Tat umgesetzt werden können, bedarf sorgfältigster Überlegung.“

Damit dürfte das Problem in das richtige Licht gerückt sein, gleichzeitig ist aber damit auch der Meinung Ausdruck verliehen, daß das geltende bürgerliche Recht keine Möglichkeit gibt, im Wege einer Zivillage den Anspruch auf rechtlichen Schutz einer an sich schutzbedürftigen und schutzwürdigen Ehe zu verwirklichen. Es ist dem RG. darin beizupflichten, daß weder gegen den schuldigen Ehegatten noch gegen den mitschuldigen Dritten die Unterlassungsklage zulässig ist mit der Begründung, der verletzte Ehegatte habe einen klagbaren Anspruch auf zivilrechtlichen Schutz seiner Ehe und damit auf Unterlassung von Handlungen, die diese

Ehe zerstören oder in ihrem Bestand erheblich gefährden könnten. Es ist daher auch nicht zu bestreiten, daß die Stellung des Ehegatten als Teil der ehelichen Gemeinschaft durchaus unzureichend gesichert ist, indem er nach dem erkennbaren Willen des Gesetzgebers nur die Wahl hat, entweder die Störung des ehelichen Friedens gegen den anderen Ehegatten mit der Scheidungsklage zu beantworten oder gegen den anderen Ehegatten, der die ihm aus § 1353 obliegende Verpflichtung außer acht läßt, auf Herstellung der ehelichen Lebensgemeinschaft zu klagen. In den meisten Fällen ausichtslos ist aber andererseits der Versuch des verletzten Ehegatten, einen Unterlassungsanspruch auf die Verletzung von Rechtsgütern zu stützen, die, wie etwa das Recht auf den bürgerlichen Namen und auf die persönliche Ehre, an sich durch die Rechtsordnung geschützt wird und deren Verletzung tatsächlich unter gewissen Voraussetzungen einen Unterlassungsanspruch begründet. Während das RG. mit überzeugenden Gründen ausführt, daß ein Ehegatte gegen den anderen und den mitschuldigen Dritten weder auf Unterlassung weiteren Geschlechtsverkehrs noch auf Unterlassung des häuslichen Zusammenlebens klagen kann, weicht es der Entsch. über den Anspruch auf Unterlassung „Dritten gegenüber sich selbst oder einer den anderen als miteinander verheiratet auszugeben“ aus. Es bedurfte doch keines ausdrücklichen Hinweises darauf, daß der Unterlassungsanspruch insoweit auf § 12 BGB. gestützt werde; denn aus dem Klagevorbringen ergibt sich unzweifelhaft, daß die Kl. sich gegen den unbefugten Gebrauch ihres mit der Eingehung der Ehe erworbenen Namens seitens der Geliebten ihres Mannes zur Wehr setzt; wer sich als mit einem bestimmten Manne verheiratet ausgibt, kann dies regelmäßig auf andere Weise als durch den stillschweigenden oder ausdrücklichen Gebrauch des Familiennamens dieses Mannes gar nicht tun. Die Kl. braucht daher auch gar nicht des näheren darzutun, „daß das von ihr gekennzeichnete Verhalten der Bekl. gerade zu einer Verletzung ihres Namensrechtes geführt habe“. Genügt es nicht, wenn, wie nach den Ausführungen des RG. die Kl. behauptet hat, die beiden Bekl. sich Dritten gegenüber als Mann und Frau ausgeben, und liegt nicht schon hierin die unbefugte Namensführung? Und wird nicht schon dadurch allein das Interesse der Kl. empfindlich verletzt? Es bedarf doch nicht eines besonderen Nachweises, daß durch die unbefugte Namensführung die Interessen der Kl. verletzt werden. „Das Interesse besteht ganz allgemein darin, daß eine durch den Namensgebrauch ermöglichte Irreführung die Annahme eines nichtbestehenden Familienzusammenhangs oder einer Zurechnung fremder Vorgänge zugunsten oder zu Lasten des Namensberechtigten oder seiner Angehörigen ausgeschlossen wird“ (vgl. Staubinger, Anm. IV 3 B 5 zu § 12 BGB.). Es kann daher nicht zweifelhaft sein, daß der Unterlassungsanspruch der Kl. soweit begründet ist, als er wegen Verletzung des Namensrechtes gegen die Mitbekl. S. sich richtet.

RM. Dr. Ferd. M. ößmer, München.

*

5. § 66 ZPO. Rechtliches Interesse i. S. des § 66 ZPO. ist das Interesse, das auf einem Rechtsverhältnis des Nebenintervenienten zu den Parteien oder zu dem Gegenstand des Rechtsstreites beruht und das durch die Entscheidung des Rechtsstreites, ihren Inhalt oder ihre Vollstreckung mit betroffen wird.

Das rechtliche Interesse i. S. des § 66 ZPO. (vgl. RGZ. 83, 183) erschöpft sich nicht in der Rechtskraftwirkung der in dem Hauptprozeß erlassenen Entsch. auf das Rechtsverhältnis des Nebenintervenienten zu dem Gegner — streitgenössische Nebenintervention nach § 69 ZPO. —, sondern umfaßt ähnlich, wie die Rspr. des RG. dies zu § 256 ZPO. entwickelt hat, jedes Interesse an dem Ausgang des Rechtsstreites, das sich irgendwie auf die Rechtsbeziehungen des Nebenintervenienten zu den Parteien oder zu dem Gegenstand erstreckt und in dieser Richtung durch den Hauptprozeß beeinflusst werden kann, auch wenn die Entsch. im Hauptprozeß keine förmliche Rechts-

kraftwirkung gegen den Nebenintervenienten äußert, sofern es sich dabei nur nicht um ein bloß wirtschaftliches oder tatsächliches Interesse an der Entsch. handelt.

Der Anspruch der Kl. ist zum Teil aus einer an sie abgetretenen Forderung des Nebenintervenienten begründet. Die abgetretene Forderung ist ein Teil einer Schadensersatzforderung des Nebenintervenienten, die in ihrem ganzen Umfange aus denselben Rechtsgründen wie der abgetretene Teil abgeleitet wird, nämlich aus Unterpflichtverletzungen in dem gegen ihn durchgeführten Offenbarungs- und Zwangsversteigerungsverfahren. Über den Rechtsbestand der ganzen Forderung kann daher nicht anders als über den des abgetretenen Teils entschieden werden. Die reichsgerichtliche Rspr. zu § 256 hat ein rechtliches Interesse an der Feststellung auch ohne unmittelbare Rechtskraftwirkung für vorliegend erachtet, wenn zu erwarten ist, daß ein Dritter, insbes. eine Behörde, die Entsch. auch ohne den Zwang der Rechtskraft anerkennen und zum Anlaß von Maßnahmen im Interesse des Feststellungsklägers nehmen werde (RGZ. 129, 31 mit Nachweisen = JW. 1931, 656 m. Anm.). Überträgt man diese Erwägung auf das rechtliche Interesse des Nebenintervenienten, so kann nicht bezweifelt werden, daß der Bekl. aus einem Obsiegen der Kl. in dem über abgetretenen Teil der Gesamtforderung des Nebenintervenienten auch für seine Rechtsbeziehungen zu dem Nebenintervenienten selbst hinsichtlich der Gesamtforderung die gebotenen Folgerungen ziehen würde, ohne es auf einen weiteren Rechtsstreit ankommen zu lassen. Der Grundsatz der Prozeßökonomie führt zu demselben Ergebnis. Schließlich liegt es durchaus in der heutigen Rechtsentwicklung, den Begriff des rechtlichen Interesses nicht eng formalistisch abzugrenzen, sondern den Beitritt des Nebenintervenienten zuzulassen, wenn seine Rechtsbeziehungen zu dem Gegner mit denen der Hauptpartei gleichlaufen.

In ähnlicher Weise wirkt die Entsch. über die Forderung der Kl. aus eigenem Recht und aus dem Recht ihres Ehemannes auf die Rechtsbeziehungen des Nebenintervenienten zu dem Bekl. Die Kl. rügt in dem Zwangsversteigerungsverfahren, daß der Zuschlagsbeschluß als rechtskräftig vollzogen worden sei, obwohl ihr als beteiligter Grundschuldgläubigerin und ihrem Ehemann als Mieter der Beschluß nicht zugestellt worden sei. Die Rüge betrifft also die Rechtswirksamkeit des Zuschlagsbeschlusses, deren Verneinung wiederum das Recht des Nebenintervenienten gegen den Bekl. auf Schadensersatz wegen der Vollstreckung dieses Beschlusses berühren würde.

Diese Interessen des Nebenintervenienten am Ausgang des Rechtsstreites hinsichtlich seiner Rechtsbeziehungen zu dem Bekl. sind ohne weiteres glaubhaft (§ 71 Abs. 1 Satz 2 ZPO.). Es kann deshalb dahingestellt bleiben, ob auch das weitere Interesse, das der Nebenintervenient an dem Rechtsstreit zu haben behauptet, nämlich seine Haftung für die Einbringlichkeit der abgetretenen Forderung, also die Einwirkung des Rechtsstreites auf seine Rechtsbeziehungen zu der Kl., glaubhaft gemacht ist. Damit kann weiter unerörtert bleiben, ob das Recht des Nebenintervenienten, dem Rechtsstreit beizutreten, auf den Betrag der abgetretenen Forderung beschränkt werden müßte, wenn er nur dieses rechtliche Interesse für seinen Beitritt geltend machen könnte.

(U. v. 21. April 1936; III 161/35 [Zwischenurteil betr. Nebenintervention]. — Stuttgart.) [v. B.]

*

**6. § 41 Nr. 4 ZPO. Der gemäß § 41 Nr. 4 ZPO. kraft Gesetzes von der Ausübung des Richteramts ausgeschlossene Richter muß zur gesetzlichen Vertretung der Partei in einem Prozeß über den Streitpunkt berechtigt gewesen sein.

Die Kl. verlangt von dem Württ. Staat, jetzt dem Reich, Schadensersatz aus Amtspflichtverletzung der Behörden wegen des Schadens, der einem gewissen X. zugefügt worden sei und dessen Ersatzforderung er an sie abgetreten hätte.

Die Kl. ist bisher unterlegen.

Die Kl. trägt zur Begründung der Rev. lediglich vor, daß bei der Entsch. in der VerJust. OVG. Dr. B. mitgewirkt habe, obwohl er in seiner früheren Stellung als Württ. JustMin. vor dem Rechtsstreit in derselben Sache tätig geworden und deshalb nach §§ 41 Nr. 4, 551 Nr. 2 ZPO. als Richter ausgeschlossen gewesen sei. Der Generalstaatsanwalt habe nämlich in einem Schreiben v. 16. Dez. 1931 dem K. im Auftrage des JustMin. eröffnet, daß das JustMin. eine Schadenersatzpflicht des Staates infolge Amtspflichtverletzung von Justizbeamten nicht anzuerkennen vermöge. Die Rev. war erfolglos.

Der Richter ist nach § 41 Nr. 4 ZPO. von der Ausübung des Richteramtes kraft Ges. ausgeschlossen in Sachen, in welchen er als gesetzlicher Vertreter einer Partei aufzutreten berechtigt ist oder gewesen ist. Es kommt nicht darauf an, ob er als gesetzlicher Vertreter einmal aufgetreten ist. Andererseits ist nicht ausschlaggebend, daß es sich um denselben Rechtsstreit handelt, es genügt die Gleichheit des Streitgegenstandes. Sie ist gegeben, wenn der Schadensersatzanspruch, der in dem Schreiben des Generalstaatsanwalts v. 16. Dez. 1931 zurückgewiesen wurde, den aus der Fesselung in dem Offenbarungseidverfahren angeblich entstandenen Schaden betraf, da derselbe Anspruch auch Klaggegenstand ist. Doch muß der Richter niemals zur gesetzlichen Vertretung der Partei in einem Prozeß über den Streitpunkt berechtigt gewesen sein. Das Gesetz spricht nicht davon, daß er in der Sache als gesetzlicher Vertreter der Partei bestellt ist oder gewesen ist, sondern daß er als solcher „aufzutreten“ berechtigt ist oder gewesen ist. Darunter kann nach dem Sprachgebrauch nur das Auftreten im Prozeß verstanden sein. Weiter schließt es nur den ProzeßRev. von der Ausübung des Richteramtes aus, also auch wieder nur den Bevollmächtigten, der im Prozeß aufzutreten berechtigt ist oder gewesen ist. Es ist kein Grund ersichtlich, warum der gesetzliche Vertreter in weiterem Umfange als der gewählte Vertreter in der Ausübung des Richteramtes behindert werden sollte. Auch daraus ergibt sich, daß nur der gesetzliche Vertreter ausgeschlossen werden sollte, der im Prozeß zur gesetzlichen Vertretung der Partei berechtigt ist oder gewesen ist. Es ist also zu untersuchen, ob OVG. Dr. B. in seiner früheren Stellung als JustMin. in der Sache niemals den Fiskus in einem Prozeß hätte vertreten können. Vor Beginn des jetzt anhängigen Rechtsstreites war er bereits aus seiner Stellung als JustMin. ausgeschieden.

Zur Vertretung des Fiskus in Rechtsstreitigkeiten ist in Württemberg jedes Ministerium in den zu seinem Geschäftskreis gehörenden Rechtsfachen berufen. Die Ministerien können für ihren Geschäftskreis nachgeordneten Behörden oder Beamten die Vertretung des Fiskus übertragen. Auf Grund dieser Ermächtigung hat das JustMin. in seinem Geschäftskreis zur Vertretung des Fiskus die Staatsanwaltschaft beim OVG. in Stuttgart bestellt (WD. des Staatsministeriums über die Vertretung des Württ. Fiskus in Rechtsstreitigkeiten ufw. v. 23. Juli 1927 [RegBl. 258]). Die Bestellung kann als bindende Norm in dem Sinne erfolgt sein, daß damit das Recht zur ausschließlichen Vertretung auf die Staatsanwaltschaft übergegangen und das Ministerium sein Recht durch seine eigene WD. ausgeschlossen hat. Dann kann der JustMin. die Bestellung nur durch eine allgemeine WD. wieder aufheben, kann aber nicht im Einzelfall die Vertretung an sich ziehen. Oder aber die Bestellung bedeutet eine Delegation an die untere Behörde, bei der die Zentralbehörde ihre eigene Vertretungsbefugnis nicht aufgibt, sondern die nachgeordnete Behörde nur mit der Wahrnehmung beauftragt. Die Auslegung der WD. des Württ. Staatsministeriums betrifft die irreversiblen Landesrechte nach § 549 Abs. 1 ZPO. Das angefochtene Urk. hat die Frage jedoch nicht eröffnet. Das RevG. ist deshalb nicht durch § 562 ZPO. daran gehindert, über die Prozeßrüge selbst zu entscheiden.

Die Entstehungsgeschichte der WD. v. 23. Juli 1927 führt zu ihrer Auslegung in dem Sinne einer die Vertretungsbefugnis des Ministers ausschließenden Übertragung der Vertretung an die Staatsanwaltschaft. Die frühere Ver-

fügung sämtlicher Württ. Ministerien v. 26. März 1900 (RegBl. 337) hatte ausdrücklich die nachgeordneten Behörden zur ausschließlichen Vertretung des Fiskus berufen und dadurch die grundsätzlich vorgesehene Vertretungsbefugnis des Ministeriums beseitigt. Wenn die kürzere Fassung der an ihre Stelle getretenen WD. v. 23. Juli 1927 eine sachliche Änderung hätte bringen sollen und die Betonung der Ausschließlichkeit der Vertretung durch die nachgeordneten Behörden nicht nur als überflüssig weggelassen hat, hätte sie nicht unterlassen dürfen, die Änderung deutlich zum Ausdruck zu bringen.

Dann war der OVG. Dr. B. in seiner früheren Stellung als JustMin. niemals berechtigt, in der Sache als gesetzlicher Vertreter des Fiskus aufzutreten und deshalb in dem Prozeß an der Ausübung des Richteramtes kraft Gesetzes nicht behindert. Den Parteien blieb es anheimgestellt, ihn wegen Besorgnis der Befangenheit abzulehnen; sie haben von diesem Recht keinen Gebrauch gemacht.

(U. v. 21. April 1936; III 161/35. — Stuttgart.) [v. B.]

*

7. § 138 ZPO. Um einen unzulässigen, auf bloße Vermutungen gestützten Beweistritt zu Erforschungszwecken handelt es sich dann nicht, wenn Umstände vorliegen, die es als wahrscheinlich erscheinen lassen, daß aus Akten, deren Heranziehung der Beweisführer beantragt hat, sich das von ihm Behauptete ergeben werde, selbst wenn der Beweisführer den Akteninhalt nicht kennt.

Die Befl. behaupten, daß der in dem Pachtvertrag für das erste Pachtjahr vereinbarte Pachtzins von 2666,66 RM monatlich im Juni 1932 für die ganze Dauer des Vertrags eine Herabsetzung auf 2000 RM monatlich erfahren habe. Die Befl. haben sich zum Beweis dafür auf das an den Befl. St. gerichtete Schreiben des Kl. v. 3. Juni 1932 bezogen, in welchem der Kl. für steuerliche Zwecke um eine Bestätigung bittet, daß er den Pachtzins infolge der Wirtschaftslage bereits auf 2000 RM pro Monat ermäßigt habe; ferner haben die Befl. sich zum Beweis für diese dauernde Pächtermäßigung auf das Anschreiben des Kl. an das Katasteramt bezogen, mit dem der Kl. diese von den Befl. ihm erteilte Bestätigung zwecks Herabsetzung des Einheitswertes der Pachtgrundstücke weitergereicht hat, und haben die Heranziehung der Akten des Katasteramtes beantragt. — Dazu führt das VG. folgendes aus: Das Schreiben des Kl. v. 3. Juni 1932 lasse die weitgehende Schlussfolgerung, daß der Pachtzins für die ganze bis zum 1. Juli 1941 währende Vertragsdauer auf 2000 RM ermäßigt worden sei, nicht zu; tatsächlich sei ja damals auf Grund eines vom Kl. am 4. Mai 1932 brieflich den Befl. gewährten Entgegenkommens der Pachtzins für die drei Sommermonate Juni/August 1932 auf 2000 RM ermäßigt gewesen; gegen die Behauptung der Befl., daß anschließend daran eine dauernde Pächtermäßigung auf 2000 RM vereinbart worden sei, sprächen eine Reihe, vom VG. angeführter, tatsächlicher Erwägungen. Das VG. hat daher von der Heranziehung der Akten des Katasteramtes abgesehen, indem es hinzufügend seiner Überzeugung Ausdruck verleiht, daß dieser Beweistritt nicht zum Beweis bestimmter, den Befl. bekannter Tatsachen, sondern nur Erforschungszwecken dienen sollte.

Gegen diese Ablehnung des Antrags auf Herbeiziehung der Akten erhebt die Rev. die Verfahrensrüge aus § 286 ZPO.; es handele sich dabei nicht um einen Ausforschungsbeweis; selbstverständlich könnten die Befl. den Wortlaut des Anschreibens des Kl. an das Katasteramt nicht kennen; aber es handle sich nicht um eine aus der Luft gegriffene Behauptung der Befl. über den Inhalt des klägerischen Anschreibens, sondern ihre Behauptung über dessen Inhalt sei nahelegend und zu einem gewissen Grad schon wahrscheinlich gemacht; denn nur durch den Hinweis auf eine dauernde Pächtermäßigung habe der den Gegenstand des klägerischen Anschreibens an das Katasteramt bildende Antrag auf Steuer-

herabsetzung bzw. auf niedrigere Festsetzung des Einheitswerts der Pachtgrundstücke gerechtfertigt werden können. — Der Rev. ist zuzugeben, daß die Annahme des BG., der Antrag der Bekl. auf Herbeiziehung der Akten habe nicht zum Beweis bestimmter, den Bekl. bekannter Tatsachen, sondern nur zu Erforschungszwecken dienen sollen, nicht berechtigt ist. Die Bekl. haben, wie deutlich hervorgeht, die Heranziehung der Akten beantragt, um damit über den Inhalt des vom Kl. an das Katasteramt gerichteten Anschreibens Beweis zu erbringen; über den Inhalt dieses klägerischen Anschreibens an das Katasteramt — das die Bekl. auch hinsichtlich seines Datums genau zu bezeichnen in der Lage waren — haben die Bekl. in der Berufungsbegründung ganz bestimmte Angaben gemacht; es soll, wie den Bekl. zugetragen worden sei, darin gestanden haben, daß der Kl. 24000 RM Pacht für die beiden Lichtspieltheater bekomme; daß aber nicht damit zu rechnen sei, daß die Pächter, besonders im Sommer, diese Pacht aufbringen würden, namentlich da inzwischen ein viertes Lichtspieltheater aufgemacht worden sei. Angesichts dieser von den Bekl. genau bezeichneten Beweistatsachen wäre die Ablehnung des von ihnen gestellten Beweisantrags auf Heranziehung der Akten oder wenigstens auf Heranziehung einer Abschrift des darin enthaltenen Anschreibens des Kl., lediglich aus dem Grund, daß diese Beweisantretung nur Erforschungszwecken dienen solle, nicht gerechtfertigt gewesen.

(U. v. 24. Febr. 1936; IV 237/35. — Berlin.) [R.]

*

8. §§ 233, 234 ZPO. Der Rechtsatz, daß das Hindernis nicht zuzurechnender Anwaltslosigkeit erst dann als beseitigt anzusehen sei, wenn der Partei eine angemessene Frist geblieben ist, um die nötigen Geldmittel zu beschaffen und einen Anwalt aufzusuchen, erfährt eine Einschränkung in dem Fall, in dem die Partei schon das Armenrechtsgesuch durch einen beim BG. zugelassenen Kl. eingerichtet hat. In solchen Fällen kann die arme Partei nur so lange durch einen unabwendbaren Zufall für an der Einlegung des Rechtsmittels verhindert gelten, als sie braucht, um dieses durch einen zugelassenen Kl. einlegen zu lassen.

Die neuere Rspr. des RG. nimmt zwar an, daß das Hindernis nicht zuzurechnender Anwaltslosigkeit erst dann als beseitigt anzusehen sei, wenn der Partei eine angemessene Frist geblieben ist, um die nötigen Geldmittel zu beschaffen und einen Anwalt aufzusuchen (ZB. 1934, 96⁶ [m. Anm.] = RGZ. 141, 399; ZB. 1936, 1217a = RGZ. 149, 379; RGUrt. v. 10. Juni 1929, VIII 191/29). Es mag dahingestellt bleiben, ob die sich auf diese Rspr. berufende Partei im Einzelfall darlegen und glaubhaft machen muß, daß sie eine solche Frist auch wirklich nötig hatte, oder ob dies aus der allgemeinen Erfahrung heraus in der Regel ohne nähere Darlegung angenommen werden kann. Auf die Bemessung der der armen Partei zuzubilligenden Frist kann aber sicherlich der Umstand nicht ohne Einfluß sein, daß sie schon einen beim BG. zugelassenen Kl. mit ihrer Vertretung beauftragt und durch ihn das Armenrechtsgesuch eingereicht hatte (RGUrt. v. 1. Dez. 1933, III 125/33 = ZB. 1934, 1049⁷ [m. Anm.]), oder daß dieser im Auftrage der armen Partei das von ihrem erstinstanzlichen Anwalt eingereichte Armenrechtsgesuch weiter begründet hatte, wie es hier der Fall ist. Der erf. Sen. tritt der in der genannten Entsch. des 3. ZivSen. vertretenen, eingehend begründeten Auffassung bei, daß in solchen Fällen der armen Partei zur Überlegung, ob sie auf eigene Kosten die Berufung durchführen solle, in der Regel keine mehrtägige Frist zugestanden werden kann; daß sie vielmehr nur so lange durch einen unabwendbaren Zufall für an der Einlegung des Rechtsmittels verhindert gelten kann, als sie dazu braucht, um dieses durch einen zugelassenen Kl. einzulegen.

(U. v. 26. Mai 1936, VII 338/35. — Köln.) [Kn.]

*

9. §§ 233, 207 ZPO. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

I. Das Verschulden eines nicht in Vertreterstellung befindlichen Angestellten oder Beauftragten der Partei steht dem eigenen Verschulden der Partei nicht gleich. Es kommt vielmehr auf die Umstände des Einzelfalles an, ob ein Handeln oder Unterlassen des Angestellten oder Beauftragten der Partei zuzurechnen ist.

II. Bei der Begleichung der Gerichtskosten mittels Gerichtskostenmarken ist die Zahlung erst bewirkt durch die Einreichung des mit den Marken versehenen Schriftstücks beim zuständigen Gericht. Das Einlegen des Schriftstücks in einen Briefkasten des Gerichts bedeutet noch nicht, daß es dem Gericht zugegangen, bei ihm „eingereicht“ ist.

Mit Vfg. v. 6. Jan., zugestellt am 10. Jan. 1936, hat der Vorsitzende des BG. der Verkl. eine Frist bis zum 27. Jan. 1936 gesetzt zur Erbringung des Nachweises, daß die für die VerZust. erforderliche, auf 96,54 RM berechnete Prozeßgebühr gezahlt worden sei. Die Kl. hat den Nachweis innerhalb der Frist nicht erbracht. Mit Schreiben v. 30. Jan. 1936 ist ihr Prozeßbevollmächtigter hierauf hingewiesen worden. Am 11. Febr. 1936 hat das BG. die Ver. wegen des Nichtnachweises als unzulässig verworfen; der Verwerfungsbeschuß ist der Kl. am 14. Febr. 1936 zugestellt worden. Am 15. Febr. 1936 hat sie beantragt, sie in den vorigen Stand gegen die Verjährung der Nachweisfrist wiedereinzusetzen und den Verwerfungsbeschuß vom 11. Febr. 1936 aufzuheben. Zugleich hat sie nachgewiesen, daß die angeforderte Prozeßgebühr am selben Tage bei der Justizhauptkasse eingezahlt worden ist.

Zur Begr. des Wiedereinsetzungsantrags hat die Kl. u. a. vorgetragen, sie habe die erforderlichen Kostenmarken durch den früheren Ref. M. am 23. Jan. 1936 anlaufen lassen; M. habe an diesem Tage die Marken auf den grünen Anforderungsschein geklebt und diesen in den Briefkasten des RG. geworfen. Mit Beschl. v. 27. März 1936, zugestellt am 1. April 1936, hat das RG. den Wiedereinsetzungsantrag abgelehnt, weil nach dem eigenen Vortrage der Kl. ihre Säumnis nicht auf höhere Gewalt beruhe; der von ihr beauftragte frühere Ref. M. hätte den „Anforderungsschein“ mit den Kostenmarken nicht in den Briefkasten am Gerichtsgebäude werfen dürfen; der Briefkastentrage einen Hinweis, daß Schriftstücke mit Kostenmarken nicht eingeworfen werden sollen.

Siergegen richtet sich die sofortige Beschw. der Kl., die rechtzeitig — am 4. April — beim BG. eingegangen ist.

Die sofortige Beschw. ist an sich statthaft und in der gesetzlichen Form und Frist eingelegt (§§ 567 Abs. 3 Satz 2, 574, 577, 519 b Abs. 2, 519 Abs. 6 Satz 3, 547 Nr. 1, 238 Abs. 2 Satz 1 ZPO.). Sachlich ist sie nicht begründet. Die Begr. des BG. ist allerdings nicht geeignet, seine Entsch. zu rechtfertigen. Es geht davon aus, daß die Annahme, die Kl. sei durch einen unabwendbaren Zufall an der Einhaltung der Nachweisfrist verhindert gewesen (§ 233 Abs. 1 ZPO.), schon dann abzulehnen sei, wenn nur ihren Beauftragten M. ein Verschulden treffe. Diese Auffassung ist aber, wie die Beschw. mit Recht geltend macht, nicht zu billigen. Das Verschulden eines nicht in Vertreterstellung befindlichen Angestellten oder Beauftragten der Partei steht dem eigenen Verschulden der Partei nicht gleich. Es kommt vielmehr auf die Umstände des Einzelfalles an, ob ein Handeln oder Unterlassen des Angestellten oder Beauftragten der Partei zuzurechnen ist, und diese Frage hängt nach ständiger Rspr. des RG. davon ab, ob die Partei mit Bezug auf die Unterweisung und Beaufsichtigung des Angestellten (Beauftragten) das getan hat, was vernünftigerweise verlangt werden kann. Daß der frühere Ref. M. die Rechtsstellung eines Vertreters der Kl. eingenommen hätte, ist nicht ersichtlich. Die Kl. hat vielmehr glaubhaft gemacht, daß sie sich seit etwa einem halben Jahr der Mithilfe des M. in größeren Rechts- und in

den damit zusammenhängenden Geldangelegenheiten bedient, und daß sie ihr zu diesem Zwecke „angenommen“, ihm auch die Einzahlung und Nachweisung der Prozeßgebühr in der vorl. Streitfache übertragen habe. Danach kann M. nicht als Vertreter, sondern nur als Angestellter oder Beauftragter der Kl. angesehen werden.

Ist somit die Begr. des BG. zwar unhaltbar, so kann die Beschw. dennoch keinen Erfolg erzielen. Denn die Kl. hat nichts dafür beigebracht, daß es ihr nicht durch sachgemäße Überwachung des M. möglich gewesen sein sollte, die Versäumung der Nachweisfrist abzuwenden. Nach ihrer eigenen Darstellung hatte sie schon am 23. Jan. 1936, vier Tage vor Ablauf der Nachweisfrist, den Genannten mit der Einzahlung des Gebührenbetrages beauftragt. Wenn es nun der Kl. auch nicht zum Vorwurf gereichen kann, sich des M. zur Geschäftserledigung bedienen zu haben, so war es doch bei der Wichtigkeit der Sache keineswegs zu billigen, daß sie offenbar nichts getan hat, um sich von der ordnungsmäßigen Ausführung des ihm erteilten Auftrags zu überzeugen. Es ist in Verhältnissen der vorl. Art, namentlich wenn es sich dabei um die Verwendung anvertrauter Geldbeträge handelt, im Verkehr allgemein üblich, von dem Beauftragten Rechenschaft über die ordnungsmäßige Geschäftserledigung zu fordern. Auch die Kl. hätte — schon bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt — sich nicht einfach darauf verlassen dürfen, daß M. das ihm übertragene Geschäft sach- und ordnungsmäßig erledigen werde. Sie hätte vielmehr, wie es auch sonst üblich ist, von ihm einen Beleg über die ordnungsmäßige Geldverwendung fordern, ihn zum mindesten über die Art der Geschäftserledigung befragen müssen. Bei solchem ihr zumutbaren Verhalten wäre sie nach der Art der Auskunft, die sie dann von M. erhalten hätte, in jedem Falle veranlaßt gewesen, sich über den Geld (Marken-) Eingang und die Vorlegung des Nachweises bei den zuständigen Dienststellen zu erkundigen, und so wäre der fruchtlose Ablauf der Nachweisfrist zu verhindern gewesen.

Die weitere Ausführung der Beschw., daß bei der Entrichtung der Prozeßgebühr durch Kostenmarken Zahlung („durch den Kauf der Marken und deren Begleichung“) und Nachweis zusammenfielen und deshalb ein besonderer Nachweis gemäß § 519 Abs. 6 Satz 1 ZPO. nicht erforderlich sei, geht fehl. Bei der Begleichung der Gebühren mittels Gerichtskostenmarken ist die Zahlung erst bewirkt durch die Einreichung des mit den Marken versehenen Schriftstücks beim zuständigen Gericht. Die Beschw. macht insoweit noch geltend, daß die Entrichtung der Prozeßgebühr schon durch den Einwurf des die Kostenmarken enthaltenden Schriftstücks in den Briefkasten des RG. nicht bloß bewirkt, sondern auch nachgewiesen sei. Wäre dies richtig, so hätte es keines Wiedereinsetzungsgehechs bedurft. Es kann aber dahinstehen, ob es hierauf im vorl. Verfahrensabschnitte überhaupt ankommen kann, da die Kl. keine Beschw. gegen den Berufungsbeschluß v. 11. Febr. 1936 eingelegt hat. Denn jener Auffassung der Beschw. könnte nicht beigegetreten werden. Das Einlegen des Schriftstücks in einen Briefkasten des Gerichts bedeutet noch nicht, daß es dem Gerichte zugegangen, bei ihm „eingereicht“ (§ 207 Abs. 2 ZPO.) wäre. Der Einwurf in den Briefkasten würde regelmäßig nur dann genügen, wenn Verwaltungsanordnungen getroffen wären, die erkennen ließen, daß die Behörde die Eingänge bereits mit dem Einwurf in den Kasten als in den Gewahrsam der zuständigen Stelle gelangt ansehen wolle. Davon ist hier keine Rede. Jedenfalls vermag der bloße Einwurf in den Briefkasten den als zwingende Formvorschrift für die Rechtzeitigkeit der BerBegr. (§ 519 Abs. 6 Satz 3 ZPO.) vorgesehenen Nachweis dann nicht zu ersetzen, wenn — wie es beim RG. der Fall ist — eine allgemeine Briefannahmestelle eingerichtet ist und der Briefkasten zudem noch einen Einweis darauf trägt, daß er zum Einwurf von Schriftstücken mit Kostenmarken nicht bestimmt sei (vgl. RGZ. 76, 127 = JW. 1911, 54²; RGEntsch. v. 21. April 1931, II B 9/31: JW. 1931, 2019⁵, 2366^{6a}).

(Beschl. v. 24. April 1936; VII B 7/36. — Berlin.) [En.]

10. § 254 ZPO. Beider im § 254 ZPO. zugelassenen Stufenklage handelt es sich um zwei verschiedenartige selbständige Ansprüche, die aus denselben tatsächlichen Verhältnissen entspringen. Wird der Anspruch auf Rechnungslegung zuerkannt, so stellt sich das Urteil als ein Teilurteil i. S. des § 301 ZPO. dar. Es ist nicht von vornherein ein einheitlicher Anspruch gegeben, der nach Grund und Vortrag streitig wäre, wie im Fall des § 304 ZPO.

Die Eheleute K. in B. hatten vier Söhne Alfred, Paul, Werner und Kurt K. Paul K. ist 1920 gestorben und beerbt worden zu $\frac{1}{4}$ von seiner Frau, jetzigen Ehefrau des S., und zu $\frac{1}{4}$ von seinem Sohn, dem K. Im Jahre 1905 wurde das Geschäft des Vaters liquidiert, und die Eltern lebten seitdem im wesentlichen von den Unterstützungen ihrer Söhne, die teilweise mit ihnen einen gemeinsamen Haushalt führten. Der Bekl. Alfred K. gründete 1905 ein eigenes Geschäft, das er zeitweise mit seinem Bruder P. zusammen betrieb. Das bisher vom Vater gespielte Lotterielos wurde seit 1905 auf den Namen des Bekl. weitergespielt. Im Mai 1911 fiel auf das Los ein Gewinn von 500 000 M., welche Summe nach Abzug eines planmäßigen Betrags von 77 500 M. ausbezahlt wurde. Der Kl. behauptet, das Los sei auf gemeinschaftliche Rechnung der vier Brüder K. gespielt worden. Es sei vereinbart worden, daß den Eltern der Nießbrauch zustehen sollte, daß 100 000 M. als Eigentum des Vaters gerechnet werden sollten; jeder der Brüder sollte berechtigt sein, 25 000 M. zu entnehmen. Der Bekl. habe im Einverständnis aller Brüder das Vermögen verwaltet.

Der Kl. hat Verurteilung des Bekl. beantragt, über den Bestand und die Verwaltung des i. J. 1911 erzielten Lotteriegewinns von 500 000 M. Auskunft zu geben und Rechnung zu legen, gegebenenfalls diese Rechnungslegung durch den Offenbarungseid zu erhärten, ferner den Bekl. zu verurteilen, das auf Grund dieser Rechnungslegung für den Kl. ermittelte Guthaben an diesen oder die Erbengemeinschaft auszus zahlen. Das BG. hat den Bekl. zunächst verurteilt, über den Lotteriegewinn Auskunft zu geben und Rechnung zu legen. Das OVG. hat durch Urte. v. 22. Mai 1930 die Berufung mit der Maßgabe zurückgewiesen, daß die Auskunft und Rechnungslegung zu geschehen habe für die aus den Erben des Paul und den Brüdern Werner und Kurt K. bestehende Gemeinschaft. Das Urteil ist rechtskräftig geworden.

Der Kl. hat nunmehr Zahlung von 30 000 RM an die aus dem Kl. und seiner Mutter bestehende Erbengemeinschaft verlangt. Das OVG. hat den Bekl. zur Zahlung von 23 158 RM an die Erbengemeinschaft verurteilt. Das OVG. hat die Zahlungssumme auf 8473,94 RM ermäßigt und die Kosten unter den Parteien und den Streitgehilfen entsprechend verteilt. Es waren nämlich im ersten Rechtszug Kurt K. dem Bekl. und im Berufungsverfahren Werner K. dem Kl. beigegetreten. Dieser hatte mit der Anschlußberufung Zahlung des vollen Betrags von 30 000 RM begehrt.

Die Rev. des Bekl. ist nicht begründet.

Durch das rechtskräftige Urte. v. 22. Mai 1930 über die Pflicht des Bekl. zur Auskunft und Rechnungslegung steht nach Meinung des BG. fest, daß der Lotteriegewinn den vier Brüdern gemeinsam zustand, und daß sie den Bekl. mit der Verwaltung dieses Vermögens beauftragt haben. Den Einwendungen gegen den Grund des Anspruchs stehe die Rechtskraft des erwähnten Urteils entgegen. Der Rev. ist zuzugeben, daß die Auffassung rechtsirrig ist. Bei der im § 254 ZPO. zugelassenen Stufenklage ist nach der Mspr. des RG. zunächst über die Verpflichtung des Bekl. zur Rechnungslegung zu entscheiden und erst nach Legung der Rechnung ist über den Anspruch auf die nunmehr bestimmte anzugebende Leistung zu verhandeln und zu erkennen (RGZ. 84, 370 mit Nachw. = JW. 1914, 690). Es handelt sich um zwei verschiedenartige selbständige Ansprüche, die aus denselben tatsächlichen Verhältnissen entspringen. Der Anspruch auf Rechnungslegung soll zur Vorbereitung und Ermöglichung des Hauptanspruchs dienen. Wird der Anspruch auf Rechnungslegung zuerkannt, so stellt sich das Urteil als ein Teilurteil i. S. des § 301

ZPD. dar. Es ist nicht von vornherein ein einheitlicher Anspruch gegeben, der nach Grund und Betrag streitig wäre, wie im Fall des § 304 ZPD. (vgl. RGZ. 84, 370). Der bis dahin unbestimmt gehaltene Hauptanspruch nimmt in aller Regel erst feste Gestalt an, wenn der Anspruch auf Rechnungslegung durchgeführt worden ist. Beide Ansprüche könnten auch in getrennten Prozessen geltend gemacht werden. Wenn es aus Zweckmäßigkeitsgründen zugelassen ist, daß beide Ansprüche nacheinander in demselben Rechtsstreit verfolgt werden dürfen, so wird dadurch an der rechtlichen Selbständigkeit beider Ansprüche nichts geändert. Auf denselben Standpunkt hat sich der 3. ZivSen. des RG. im Urte. v. 4. Jan. 1921 (III 251/20) gestellt; vgl. auch RGZ. 144, 187 = JW. 1934, 1965^o. Wenn also zwar in diesem Punkt der Rev. recht zu geben ist, so muß sie doch aus anderen Gründen zurückgewiesen werden. (Es folgen dann die anderen Gründe.)

(U. v. 6. Febr. 1936; VI 236/35. — Hamm.) [N.]

*

11. § 304 ZPD. Werden mehrere selbständige Ansprüche als Teilbeträge eines Gesamtschadens erhoben, so darf ein Grundurteil erst erlassen werden, wenn für jeden von ihnen festgestellt ist, daß ein Schaden überhaupt entstanden ist.

Kl. und ihr Ehemann waren Mieter einer Wohnung in dem dem Vekl. gehörigen Hause. Anfang Oktober 1933 ließ Vekl. Arbeiten an der Heizung durch einen Installateur vornehmen. Dieser brachte abends zur Vornahme der Arbeiten Rohre in den Keller, und zwar in der Weise, daß er sie bis in den Vorraum des Kellergeschosses zog. Dort lagen die Rohre noch am folgenden Morgen, als der Installateur mit dem Sohne des Vekl. den Gang der Arbeiten beriet. Kl. behauptet, über eines der Rohre zu Fall gekommen zu sein. Als Folge des Unfalls habe sie eine Hirnischädigung erlitten, die es ihr unmöglich gemacht habe, den Haushalt zu versehen und ihrem Manne Dienste in seiner zahntechnischen Praxis zu leisten. Hierfür hätten Hilfskräfte eingestellt werden müssen. Die Aufwendungen hierfür beziffert sie bis Oktober 1934 auf 1265 *R.M.* An Arzt- und Heilungskosten seien 269,16 *R.M.* Auslagen entstanden. Kl. macht für diesen Schaden den Vekl. verantwortlich. Sie klagt einen Teilbetrag von 1500 *R.M.* ein. Sie hat sich vorbehalten, die Klage auf Schmerzensgeld und Feststellung für die Zukunft zu erstrecken.

Vekl. bestreitet nach Grund und Höhe und rechnet gegen die Klageforderung mit Forderungen von 590,48 *R.M.* auf.

Das LG. hat den Klageanspruch dem Grunde nach zur Hälfte für gerechtfertigt erklärt. Gegen dieses Urteil haben beide Parteien Ber. eingelegt. Vekl. hat im zweiten Rechtszuge Widerklage erhoben, mit dem Antrage, festzustellen, daß der Kl. auch außer dem geltend gemachten Anspruch von 1500 *R.M.* keine Ansprüche aus dem Unfall zustünden.

Das BG. hat den Klageanspruch dem Grunde nach in vollem Umfang für gerechtfertigt erklärt und die Sache zur Entsch. über die Höhe sowie über die Widerklage an das LG. zurückverwiesen.

Das BG. läßt ungeprüft, ob eine Haftung des Vekl. aus § 823 BGB. wegen eigenen Verschuldens oder aus § 831 BGB. wegen Schadenszufügung durch seinen Sohn, der als sein Beauftragter im Augenblick des Unfalles mit dem Installateur verhandelt habe, begründet ist. Soweit eine schadensstiftende Handlung des Installateurs infolge der unsachgemäßen Lagerung der Rohre in Frage komme, habe Vekl. hierfür nicht aus § 831, wohl aber aus § 278 BGB. einzustehen.

Das BG. habe übersehen, daß die Klageforderung sich aus verschiedenen Einzelposten zusammensetze, und daß Vekl. hilfsweise aufgerechnet habe. Ein Zwischenurteil über den Grund des Anspruchs hätte daher nur dann ergehen dürfen, wenn gewiß gewesen wäre, daß unter Berücksichtigung der Gegenforderung ein Überschuß zugunsten der Kl. verbleibe. Nach den im zweiten Rechtszuge von den Parteien abgegebenen Erklärungen habe sich aber die Gegenforderung des Vekl. auf 161,89 *R.M.* gemindert. Es dürfe mithin angenommen werden, daß schon die notwendigen Arzt- und Heilungskosten diesen Betrag überstiegen. Zu

der Forderung der Kl. auf Ersatz von Aufwendungen für den Ausfall ihrer Arbeitskraft im Haushalt und in der Praxis sei dagegen eine zuverlässige Stellungnahme z. B. nicht möglich. Die Entsch. hierüber hänge davon ab, ob und inwieweit die bei der Kl. vorhandenen gesundheitlichen Störungen mit dem Unfall im Zusammenhang stünden und ihre Arbeitsfähigkeit beeinträchtigten und ob hierdurch ihre Vertretung in ihrem bisherigen Wirkungskreise, der ebenfalls dem Umfange nach streitig sei, erforderlich geworden sei. Erst wenn auf dieser Grundlage die Ansprüche der Kl. dem Gesamtbetrage nach ermittelt seien, könne über die Widerklage befunden werden.

Die Rev. erhebt eine Reihe Angriffe, die begründet sind und zur Aufhebung sowie zur Zurückverweisung an einen anderen Senat führen.

Der Rev. ist darin beizutreten, daß es sich bei den beiden Beträgen, aus denen sich die Klageforderung zusammensetzt, um zwei verschiedene Ansprüche i. S. des § 304 ZPD. handelt (RGZ. JW. 1933, 2949¹ und in HöchstRspr. 1934 Nr. 1557). In der Rspr. des RG. ist wiederholt angenommen worden, daß dann, wenn ein Teilbetrag eines sich aus verschiedenen selbständigen Ansprüchen zusammensetzenden Gesamtschadens begehrt werde, ein Grundurteil erst erlassen werden dürfe, nachdem der Kl. angegeben habe, welche Teilbeträge der einzelnen Ansprüche in der geforderten Teilsumme stecken (RGZ. JW. 1933, 2949¹; 1934, 2974^o und in LZ. 1933 Sp. 452 Nr. 7). Ob das Fehlen einer ausdrücklichen Erklärung dieses Inhalts im vorl. Falle zur Aufhebung des Grundurteils führen müßte, braucht nicht erörtert zu werden, da der Erlaß des Grundurteils in jedem Falle aus dem weiteren von der Rev. hervorgehobenen Grunde unzulässig war. Das BG. hat „den Klageanspruch“ dem Grunde nach für berechtigt erklärt, obwohl es nur den einen der beiden Ansprüche — die Arzt- und Heilungskosten — dem Grunde nach geprüft, — hinsichtlich des anderen Anspruchs — für eine Hilfe im Haushalt und eine Sprechstundenhilfe — aber selbst erklärt hat, daß insoweit eine zuverlässige Stellungnahme z. B. noch nicht möglich sei. Ein Grundurteil darf, wenn mehrere selbständige Ansprüche als Teilbeträge eines Gesamtschadens erhoben sind, erst erlassen werden, wenn für jeden einzelnen von ihnen festgestellt ist, daß alle Klagevoraussetzungen — mit Ausnahme derjenigen zur Höhe — gegeben sind, und daß in der Richtung eines jeden einzelnen Anspruchs irgendein Schaden überhaupt entstanden ist (RGZ. JW. 1933, 2949¹; 1934, 2974^o; LZ. 1933 Sp. 452 Nr. 7; HöchstRspr. 1934 Nr. 1557). Mit dem Anspruch auf Ersatz der Aufwendungen für die Annahme bezahlter Kräfte zur Hilfe im Haushalt und in der Praxis ist ein Schaden geltend gemacht, der, jedenfalls beim Bestehen des gesetzlichen Güterrechts, nicht die Kl., sondern ihren Ehemann trifft. Es ist zwar nicht richtig, daß, wie die Rev. annimmt, ein solcher Schadensersatzanspruch nur auf § 845 BGB., nicht auch auf vertragliches Verschulden gestützt werden könnte (RGZ. 77, 99 = JW. 1912, 1014; RGZ. 90, 68 = JW. 1917, 711; RGWarn. 1914 Nr. 13). In jedem Falle hätte aber im Verfahren über den Grund des Anspruchs zu der von der Kl. behaupteten Abtretung Stellung genommen und weiter geprüft werden müssen, ob bei der Kl. in ursächlichem Zusammenhang mit dem Unfall gesundheitliche Störungen aufgetreten sind, die ihre Arbeitskraft beeinträchtigen und ihre Vertretung notwendig machen.

Mit Recht beschwert sich die Rev. auch darüber, daß das BG. die Sache auch zur Entsch. über die Widerklage ohne jedes sachliche Eingehen auf diese an das LG. zurückverwiesen hat. Mit der Widerklage wollte Vekl. u. a. den von der Kl. angeforderten Anspruch auf Zahlung von Schmerzensgeld verneint wissen. Dieser Anspruch konnte nur auf außervertragliches Verschulden gestützt werden. Das BG. hätte daher abschließend dazu Stellung nehmen müssen, ob dem Vekl. ein außervertragliches Verschulden zur Last fällt oder nicht. Es hat nur verneint, daß Vekl. für den von ihm mit der Ausführung der Arbeiten beauftragten Installateur nach § 831 BGB. einzustehen habe. Dagegen hat es offengelassen, ob seine Haftung aus § 831 BGB. wegen einer widerrechtlichen Schadenszufügung durch seinen Sohn begründet ist und vor allem, ob ihm ein eigenes Verschulden zur Last fällt. Ein eigenes Verschulden des Vekl. könnte z. B. in Frage kommen, wenn er es trotz Kenntnis davon, daß der Installateur

die Rohre in einem sämtlichen Mietern zugänglichen Raume gelagert hatte, unterlassen gehabt hätte, die Hausbewohner in ausreichender Weise vor diesem Verkehreshindernis zu warnen. Indem das BG. diese Fragen offengelassen hat, hat es zugleich seine Aufgabe verkannt, die Verhandlung über den Grund des Anspruchs ganz zu erledigen. Ergab die vom BG. vorzunehmende Prüfung, so war die Widerklage in diesem Umfang, also insbes. hinsichtlich des Schmerzensgeldes, zur Endentscheidung i. S. des Bfll. reif. Nur insoweit, als der Erfolg der Widerklage davon abhängt, zu welchem Betrage der Klageanspruch für gerechtfertigt erachtet wird, besteht zwischen Klage und Widerklage ein unlöslicher Zusammenhang, der es rechtfertigt, die Zurückverweisung auch hinsichtlich der Widerklage auszusprechen (RGZ. 95, 36; 101, 42; JW. 1900, 471^o; SöchtM. 1930 Nr. 657, 1161). Daß die Zurückverweisung einer Widerklage aus den in RGZ. 95, 36 angeführten Gründen auch dann zulässig ist, wenn sie erst im zweiten Rechtszuge erhoben ist, ist zu bejahen.

(U. v. 30. Jan. 1936; IV 227/35. — Düsseldorf.) [R.]

*

12. §§ 313, 554 ZPO.; § 69 RD. Die Verjährungseinrede kann in der Rev. Inst. nicht mehr geltend gemacht werden, wenn sie nicht schon in der Ver. Inst. erhoben war. § 69 RD. sagt nicht, daß im Konkurse eine nicht auf einen Gelbbetrag gerichtete Forderung sich durch die Konkursöffnung ohne weiteres in eine Geldforderung verwandelt. Am Konkurse können nur Geldforderungen teilnehmen.

Die Rev. rügt, das angef. Ur. verletze Abs. 1 Nr. 3 und Abs. 2 des § 313 ZPO. Das ist richtig. Die in § 313 Abs. 1 Nr. 3 ZPO. vorgeschriebene gedrängte Darstellung des Sach- und Streitstandes kann nach § 313 Abs. 2 S. 1 ZPO. durch eine Bezugnahme auf den Inhalt der vorbereitenden Schriftsätze und die zum Sitzungsprotokoll erfolgten Feststellungen ersetzt werden. Hier nimmt das Ur. aber nicht nur auf die vorbereitenden Schriftsätze Bezug, ohne diese näher zu bezeichnen, sondern auch auf „Unterlagen“, die die Parteien überreicht hätten, und auf die „gesamten restlichen Prozeßakten“. Was damit gemeint ist, geht aus dem angef. Ur. nicht hervor. Ferner fehlt in dem Ur. die in § 313 Abs. 2 S. 2 ZPO. vorgeschriebene Hervorhebung der Verteidigungsmittel nach ihrem Wesen. In den Entscheidungsgründen finden sich allerdings Äußerungen, die allenfalls dahin gedeutet werden könnten, aber in Wirklichkeit Zeugenaussagen und Feststellungen enthalten, aber keine, eine Beurteilung er-möglichenden Parteibehauptungen wiedergeben. Ob dieser Prozeßverstoß zur Aufhebung führen muß, kann indes dahingestellt bleiben, da das Ur. aus einem anderen Grunde aufgehoben werden muß.

Zwar kann sich die Rev. nicht darauf berufen, einer der Wechsel, die die Grundlage der Einwendungen des Bfll. bilden, sei verjährt, denn der Kl. hatte sich in den Tatsacheninstanzen nicht darauf berufen, und neue Tatsachen können in der Rev. Inst. nur im Rahmen des § 554 Abs. 3 Nr. 2b ZPO. berücksichtigt werden (§ 561 Abs. 1 S. 2 ZPO.). Die Rev. greift aber mit Recht die Ausführungen des BG. zu den Gegenforderungen des Bfll. an. Das BG. legt dar, da dem Bfll. keine Gegenleistung für die Wechsel gewährt worden sei, habe er einen Schuldbefreiungsanspruch gegen den Gemeinschuldner H. gehabt; dieser Anspruch habe sich nach §§ 54 Abs. 1, 4, 69 RD. in einen Geldanspruch in Höhe der Wechselbeträge verwandelt, und mit dem Geldanspruch könne der Bfll. aufrechnen. Ob und gegebenenfalls unter welchen Umständen § 69 RD. auch auf einen Anspruch auf Schuldbefreiung anzuwenden ist (Jäger, RD., 3./4. Aufl., § 57 Anm. 5), mag auf sich beruhen. Diese Bestimmung sagt nicht, daß sich eine Forderung, die nicht auf einen Gelbbetrag gerichtet ist, durch die Konkursöffnung ohne weiteres in eine Geldforderung verwandelt, sie bestimmt vielmehr nur, daß eine solche Forderung, falls sie im Konkurse vorgebracht werden soll, dort nur als Geldforderung geltend gemacht werden

kann. Im Konkurse wird das Vermögen des Gemeinschuldners in Geld umgesetzt und unter die Gläubiger verteilt. Eine Teilnahme am Konkurse ist also nur für Geldansprüche möglich, und deshalb kann der Gläubiger einer Forderung, die nicht auf Geld geht, am Konkurse nur teilnehmen, wenn er Geld verlangt. Wird der Anspruch auf Geld im Prüfungstermin festgestellt und auch vom Gemeinschuldner nicht bestritten oder sind etwaige Widersprüche durch Klage nach § 146 RD. beseitigt, so bewirkt allerdings die Rechtskraft dieser Feststellung im Prüfungstermin oder in dem Rechtsstreit, daß niemand mehr an den Anspruch rühren darf. Er bleibt dann dauernd Geldanspruch (RGZ. 93, 209 [213]). Tritt aber diese Rechtskraftwirkung nicht ein, weil, wie hier, der Konkursverwalter und der Gemeinschuldner die Forderung bestritten haben und ein Rechtsstreit nicht anhängig gemacht worden ist, so ist eine Umwandlung nicht erfolgt. Der Versuch, an dem Konkurse teilzunehmen, ist noch nicht so weit gediehen, daß eine Umwandlung erfolgt wäre. Falls also im vorl. Falle ein Anspruch auf Schuldbefreiung bestände und ein solcher unter § 69 RD. liefe, so wäre doch eine Umwandlung in einen Geldanspruch nicht erfolgt. Dann aber fehlt die Gleichartigkeit von Forderung und Gegenforderung, die Voraussetzung einer Aufrechnung ist. Erst wenn der Bfll. die Forderung bezahlt hätte, stände ihm eine Geldforderung zu, mit der er im Konkurse (RGZ. 37, 87) aufrechnen und die er auch dem Rechtsnachfolger des Konkursverwalters gegenüber zur Aufrechnung stellen könnte.

Danach war das angef. Ur. aufzuheben. Bei der erneuten Verhandlung wird das BG. zu berücksichtigen haben, daß auch ein Zurückbehaltungsrecht nicht gegeben ist, da ein kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht gegenüber einer Forderung nicht besteht (§ 369 Abs. 1 HGB.), ein Zurückbehaltungsrecht des bürgerlichen Rechts aber gegenüber einem Anspruch des Konkursverwalters nicht geltend gemacht und deshalb auch dessen Rechtsnachfolger nicht entgegengehalten werden kann (RGZ. 149, 93 [94] = JW. 1936, 313¹).

(U. v. 17. März 1936; VII 324/35. — Düsseldorf.) [R.]

*

13. § 519 ZPO. Die Zahlung eines Teiles der erforderlichen Prozeßgebühr wahrt die Frist nur dann, wenn die Berufung entsprechend beschränkt und im übrigen zurückgenommen wird.

Der Kl. wurde vom BG. mit seiner Klage auf 2000 RM Schadensersatz abgewiesen. Nachdem dies Urteil am 6. Febr. 1935 zugestellt worden war, legte er am 6. März 1935 unter Aufrechterhaltung des abgewiesenen Anspruchs Berufung ein. Durch Verfügung des Vorsitzenden des BG. v. 13. März 1935 wurde ihm zum Nachweis der Zahlung der Prozeßgebühr, die einschließlich 0,54 RM Postgebühr auf 75,54 RM berechnet wurde, eine Frist bis zum 12. April 1935 bestimmt. Am 6. und 11. April 1935 gingen ein Armenrechtsgesuch des Kl. und ein nachgereichtes Zeugnis über sein Unvermögen zur Bestreitung der Prozeßkosten bei dem BG. ein. Das Gesuch wurde zurückgewiesen. Auf Antrag des Kl. verlängerte der Vorsitzende durch Bfll. v. 25. Juni 1935, die am 26. Juni 1935 zugestellt wurde, die Frist bis zum 10. Juli 1935. Am 9. Juli 1935 ging bei dem BG. der Nachweis ein, daß der Kl. bei der Gerichtskasse 74,74 RM eingezahlt habe. Die fehlenden 0,80 RM wurden erst am 12. Juli 1935 in Kostenmarken bei dem BG. eingezahlt.

Die Berufung des Kl. wurde wegen Versäumung der Nachweisfrist als unzulässig verworfen.

Die Nachweisfrist des § 519 Abs. 6 ZPO. wurde durch das am 6. April 1935 eingegangene Armenrechtsgesuch gehemmt und vor ihrem Ablauf bis zum 10. Juli 1935 verlängert. Bis zu diesem Tage mußte der Kl. den Nachweis erbringen, daß er die für die Ver. Inst. von ihm erforderliche Prozeßgebühr von 75 RM bezahlt habe. Die gesetzliche Folge des Ausbleibens dieses Nachweises war nach § 519 Abs. 6 Satz 3 ZPO., daß die Berufung als nicht in der gesetzlichen Form begründet gilt und deshalb nach § 519 b ZPO. als un-

zulässig verworfen werden mußte. Das BG. ist der Ansicht, daß die geringe Höhe des an den 75 RM fehlenden Betrages von 0,26 RM nichts an der gesetzlichen Folge ändern könne.

Die Rev. rügt das als rechtsirrigige Anwendung des § 519 Abs. 6 ZPO. und meint, das Fehlen des geringfügigen Betrages habe die Berufung um so weniger unzulässig machen können, als der Kl. wegen seiner Geschäfts-unerfahrenheit früher unter Pflégenschaft gestanden habe; die Nichtberücksichtigung dieser letzten Behauptung sei ein Verstoß gegen § 286 ZPO.

Das RG. hat wiederholt ausgesprochen, nach § 519 Abs. 6 Satz 3 und § 519b Abs. 1 ZPO. sei die Berufung auch dann als unzulässig zu verwerfen, wenn bis zum Ablauf der Frist die Zahlung der erforderlichen Prozeßgebühr auch nur bezüglich eines Teiles ihres Betrages nicht erbracht werde, und es sei bedeutungslos, ob es sich dabei um einen verhältnismäßig großen oder nur um einen kleinen Teil des Ganzen handle (RGZ. 112, 141 = JW. 1926, 1565¹³ m. Anm.; RGZ. 112, 378 = JW. 1926, 706² m. Anm.). Und nachdem das RG. unter Aufgabe der gegenteiligen Ansicht (RGZ. 112, 141 = JW. 1926, 1565¹³ m. Anm.) die Berufung für zulässig erklärt hat, wenn sie vor Ablauf der Frist auf einen geringeren Betrag beschränkt worden ist und vor Fristablauf die Zahlung der dem eingeschränkten Antrag entsprechenden Prozeßgebühr nachgewiesen ist (RGZ. 115, 24 = JW. 1927, 53¹⁴), hat es ständig daran festgehalten, daß die Zahlung eines Teiles der erforderlichen Prozeßgebühr die Frist nur dann wahr, wenn die Berufung entsprechend beschränkt und im übrigen zurückgenommen wird (RGZ. 142, 64 = JW. 1934, 96⁶ m. Anm.; RGZ. 143, 97 = JW. 1934, 1173⁷; RG.: JW. 1930, 2954²² m. Anm.). An dieser Rspr. muß auch in einem Falle der vorliegenden Art festgehalten werden. Mit der gesetzgeberischen Notwendigkeit, fest bestimmte Vorschriften darüber zu treffen, bis zu welchem Zeitpunkt ein Rechtsmittel eingelegt werden kann und die sonstigen Voraussetzungen für die Zulässigkeit des Rechtsmittels nachgewiesen werden müssen, ließe es sich nicht vereinigen, wollte man eine an sich kleine Verspätung oder das Fehlen eines kleinen Teiles einer der Voraussetzungen für die Zulässigkeit für unerheblich erklären. Ist eine Entsch. einmal rechtskräftig geworden, so kann es daran nichts mehr ändern, wenn kürzere oder längere Zeit nachher noch ein Rechtsmittel eingelegt wird. Und das selbe muß von den sonstigen Voraussetzungen gelten, von denen das Gesetz die Zulässigkeit des Rechtsmittels abhängig macht. Die durch die Veräumung solcher Prozeßhandlungen eingetretene Rechtsfolge zu beseitigen, gewährt das Gesetz nur den einen Weg der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (§ 233 ZPO.). Diesen Weg hat der Kl. innerhalb der dafür vorgeschriebenen Frist (§ 234 ZPO.) nicht beschritten, so daß unerörtert bleiben kann, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für eine Wiedereinsetzung vorhanden gewesen wären, insbes. ob Geschäftsunerfahrenheit des Kl. eine Wiedereinsetzung hätte rechtfertigen können. Der Ablauf der Frist des § 519 Abs. 6 ZPO. und die Rechtsfolgen des Fristablaufs konnten keinesfalls durch Unerfahrenheit des Kl. aufgehoben werden.

(U. v. 30. März 1936; VI 449/35. — Rdn.) [Gn.]

*

14. § 519 ZPO. Die Erfordernisse der Berufungsbegründung sind nicht erfüllt, wenn der Berufungsantrag einen völlig anderen Teilbetrag des Schadens als der Klageantrag angibt und der Antrag mangels einer Unterverteilung des begehrten Betrages auf die einzelnen Schadensarten unzureichend ist.

Das RG. hat des öfteren betont (JW. 1931, 2482¹²; 1933, 2949, VI 440/34 v. 18. März 1935), daß eine Klage, die die Zuerkennung von Teilen mehrerer selbständiger Ansprüche verlangt, ohne zu sagen, welche Teilbeträge der einzelnen Ansprüche in der begehrten Teilsumme stecken, das in § 253 Abs. 2 Ziff. 2 ZPO. aufgestellte Erfordernis der bestimmten Angabe des Gegenstandes und des Grundes des

erhobenen Anspruchs vermissen lasse und daher, weil die Tragweite des auf eine solche Klage ergehenden Urts. zweifelhaft sein würde, nicht aus sachlichen Gründen, sondern wegen Verletzung jener zwingenden Vorschrift abgewiesen werden müsse. Wenn das BG. diesen Grundsatz in einem Falle, in dem der Berufungsantrag einen gänzlich anderen Teilbetrag des Schadens angibt als der Klageantrag und, anders als dieser, eine Unterverteilung unter die einzelnen Schadensarten unterläßt, auch auf diesen Antrag angewendet, so kann dies als rechtsirrig nicht angesehen werden. § 519 verlangt zwar nicht, wie § 253 Abs. 2 Ziff. 2 die bestimmte Angabe des Gegenstandes und des Grundes des erhobenen Anspruchs, sondern die Erklärung, inwieweit das Ur. angefochten wird und welche Abänderungen des Ur. beantragt werden. Genügende Klarheit über die begehrte Abänderung, wie sie im Hinblick auf die Bestimmungen über die Rechtskraftwirkung (§ 322 ZPO.) zu erfordern ist, ergibt sich aber nur, wenn in einem solchen Falle auch der Berufungsantrag die Unterverteilung in seiner Begründung erkennen läßt. Die von dem RevKl. für seine gegenteilige Meinung angeführte Entsch. des erf. Sen. vom 6. Juni 1935, VI 11/35, betrifft einen anders gelagerten Fall und steht der Auffassung des BG. nicht entgegen.

(U. v. 5. März 1936; VI 294/35. — Königsberg.) [Tr.]

*

15. §§ 519, 522 ZPO. Die Vorschriften über die Anschlußberufung gelten nur für die Anschlußberufung, nicht für die echte Berufung, die nur im Gewand einer Anschlußberufung auftritt.

Das BG. trifft die Feststellung, daß die Anschlußberufung der Kl. als selbständige Ber. wirksam ist, weil innerhalb der Berufungsfrist eingelegt und, wenn auch nicht in der Anschlußfrist noch innerhalb der für die Begründung der Ber. der Best. laufenden Frist, so doch innerhalb der einmonatigen Frist des § 519 Abs. 2 ZPO. von der Einlegung ab begründet. Es wird gesagt, nur der Form nach liege eine Anschließung, dem Wesen nach aber eine selbständige Ber. vor (§ 522 Abs. 2 ZPO.), für welche die Formvorschrift des § 522a Abs. 2 ZPO. nicht gelte. In diesem Punkt hat die Rev. das Urteil mündlich angegriffen, während es in der schriftlichen Revisionsbegründung, wo Prozeßrügen vorzutragen sind, an einer Beanstandung fehlt. Die mündliche Revisionsrüge ist nach §§ 554 Abs. 3 Nr. 2b, 559 ZPO. unbeachtlich. Der Punkt ist aber vom RevG. von Amts wegen zu prüfen (RGZ. 112, 141 [142] = JW. 1926, 1565¹³ m. Anm.), weil er auf das weitere Verfahren fortwirkt. Dem Vorderrichter ist im Ergebnis, wenn auch nicht in allen Teilen der Begründung beizutreten. Unrichtig ist es, wenn zur Begründung des Nichtgeltens des § 522a Abs. 2 ZPO. für den vorliegenden Fall gesagt wird, diese Gesetzesbestimmung setze zu ihrer Anwendung voraus, daß die Anschließung schon vor Ablauf der Begründungsfrist — worunter i. S. des § 522a Abs. 2 die dem gegnerischen Verkl. für die Hauptberufung eröffnete, hier bereits mit dem 28. Juni 1935 abgelaufene Begründungsfrist zu verstehen ist —, aber erst nach Ablauf der Berufungsfrist erfolgt sei. Diese Vorschrift muß natürlich auch dann angewendet werden, wenn die Anschließung schon vor Ablauf der Berufungsfrist geschieht; Voraussetzung ihrer Anwendung ist aber, daß wirklich und nur eine Anschlußberufung vorliegt, die auch dann, wenn es gem. § 522 Abs. 2 ZPO. so anzusehen ist, als habe der Anschlußverkl. die Ber. selbständig eingelegt, nicht zu einer echten Ber. wird (RGZ. 148, 135 [136] = JW. 1935, 2286²⁰). Liegt aber, wie der Vorderrichter hier ohne Rechtsirrtum angenommen hat, eine echte Ber. vor, die nur dem Namen nach als „Anschlußberufung“ auftritt, so gilt dafür der § 522a Abs. 2 ZPO. nicht, der nach seinem ersten Teil hier erfordert hätte, daß die Anschlußberufungsbegründung am 28. Juni abgegeben worden wäre, während sie erst am 20. Juli 1935 eingegangen ist. Für die echte Ber., nach deren Vorschriften die Kl. verfahren ist, gelten dann aber auch alle Erfordernisse der Zulässigkeit wie sonst, also Be-

schwer, Berufungssumme, nicht die erleichterten Bedingungen einer Anschlussberufung. Die Bedingungen der echten Ber. müssen ja auch dann gegeben sein, wenn die Anschlussberufung nach Wegfall der Hauptberufung als selbständige Ber. fortgelten soll. Nur die Bedingung tritt beim Fehlen des § 519 Abs. 6 ZPO. in § 522a Abs. 3 nicht mehr ein (RGZ. 148, 135), daß eine Frist zum Nachweis der Zahlung der Prozeßgebühr zu setzen ist. Diese Fristsetzung und der Nachweis rechtzeitiger Gebührenzahlung wäre dagegen allerdings für die Anschließung der Kl., betrachtet als echte Ber., vonnöten gewesen. Wäre die Fristsetzung aus Versehen oder infolge einer damals bestehenden anderen rechtlichen Anschauung des Gerichts unterblieben, so wäre dadurch die rechtzeitig eingelegte und begründete Ber. der Kl. nicht unzulässig geworden. Tatsächlich war die Fristsetzung dadurch erübrigt, daß auf einen Hinweis der Geschäftsstelle darauf, die Prozeßgebühr für die Anschlussberufung betrage 110,20 R.M., die Kl. diesen Betrag gezahlt hat und der Nachweis darüber am 8. Juli 1935 zu den Akten gekommen ist. Eine Frist für weitere Gebührenzahlung ist nicht gesetzt worden. Der Antrag der Bekl. in der Vorinstanz — den die Rev. wenigstens mit ihrem Antrag, nach den Berufungsanträgen zu erkennen, wieder aufgenommen hat — war also unbegründet, soweit er auf Verwerfung der Ber. der Kl. als unzulässig gerichtet war. (U. v. 12. Mai 1936; II 277/35. — Berlin.) [R.]

*

** 16. I. § 7 EntlWD. v. 9. Sept. 1915 und 13. Mai 1924. Das Einverständnis i. S. des § 7 EntlWD. kann dahin befristet werden, daß das Gericht erst schriftlich entscheiden soll, wenn außer den schon vorl. Schriftsätzen noch je ein weiterer Schriftsatz jeder Partei binnen gewisser Frist eingereicht werde. Dem Gericht ist dann unter sagt, vor Eingang der vorbehaltenen Schriftsätze ohne mündliche Verhandlung zu entscheiden.

II. Art. 7 ff. EGVGB. Die Gebühren des R.A. bestimmen sich, gleichviel wo er zur Ausführung des ihm aufgetragenen Geschäfts im Einzelfalle tätig war, grundsätzlich nach den in seiner Heimat und an seinem Wohnsitz geltenden Vorschriften.

III. Art. 30 EGVGB. Das österr. Gesetz, das eine dreijährige Verjährungsfrist von Anwaltsgebühren (gegenüber einer zweijährigen Frist in § 196 Nr. 15 BGB.) vorsieht, verstoßt durch solche geringfügige Schlechterstellung des Schuldners nicht gegen den Zweck der deutschen Verjährungsvorschriften. Die Anwendung österr. Rechts, das (anders als § 93 Abs. 2 RAGebD.) keine richterliche Herabsetzung einer vereinbarten hohen Rechtsanwaltsvergütung kennt, läuft nicht dem Art. 30 EGVGB. zuwider.

I. Die Rev. meint, das BU. sei nicht gesetzmäßig erlassen. Sie gründet sich auf folgende Verfahrensvorgänge: Nach der Niederschrift über die mündliche Verhandlung vom 16. Nov. 1934 stellten die Parteivertreter schriftlichen Antrag auf Entsch. nach der EntlWD. in Aussicht. Am 17. Nov. 1934 ging beim OLG. die von den beiderseitigen Prozeßbevollmächtigten unterzeichnete Erklärung ein:

Wir beantragen schriftliche Entsch., behalten uns aber noch Erklärungen vor, und zwar für den Bekl. binnen zwei Wochen ab Erhalt des Protokolls v. 16. Nov. 1934, für den Kl. binnen drei Wochen ab Erhalt des Schriftsatzes des Gegners.

Nach einem Vermerk der Geschäftsstelle des OLG. ist den beiden Prozeßbevollmächtigten Abschrift des Protokolls am 22. Nov. 1934 erteilt worden. Am 18. Dez. 1934 ging beim OLG. der Schriftsatz des Bekl. ein. Der Prozeßbevollmächtigte des Kl. erbat mit Schriftsatz v. 5. Jan. 1935 Ver-

längerung der — wie es heißt — am 7. Jan. 1935 ablaufenden Erklärungsfrist, der Vorsitzende verlängerte die Frist bis zum 10. Jan. 1935. Schon am 7. Jan. 1935 lief jedoch der Schriftsatz des Kl. v. 4. Jan. 1935 beim OLG. ein. Es folgten dann noch ein Schriftsatz des Bekl. vom 31. Jan. 1935, Schriftsätze des Kl. v. 5. und 6. Febr., ein Schriftsatz des Bekl. v. 9. Febr., ein solcher des Kl. vom 14. Febr. 1935 und schließlich noch ein Schriftsatz des Kl. v. 18. März 1935. Das angef. Urteil ist am 25. März 1935 beschlossen worden. Die Rev. meint dazu:

Unzulässig sei es, daß die Parteien ihre Einverständniserklärung in der Art befristeten, daß das Gericht erst nach Verlauf von mehreren Wochen zum Erlaß einer Entsch. befragt sein solle. Schließlich könne diese Einverständniserklärung auch nicht wie hier unter einer Bedingung abgegeben werden, nämlich unter der Bedingung, daß die Parteien die Abschrift des Sitzungsprotokolls am 16. Nov. 1934 bei der Geschäftsstelle des OLG. beantragen und der Bekl. fristgemäß einen Schriftsatz einreichen würde.

Es handelt sich hier nicht um ein Verfahren nach § 272a ZPO., sondern um ein Verfahren nach § 7 EntlWD. vom 9. Sept. 1915 und 13. Mai 1924. Danach kann das Gericht mit Einverständnis der Parteien eine Entsch. ohne jede mündliche Verhandlung treffen. Daß, bevor dieses Einverständnis erklärt worden ist, schon eine mündliche Verhandlung stattgefunden hat, steht nicht im Wege, denn die Parteien können jederzeit von dem mündlichen zu dem schriftlichen Verfahren übergehen. Die Einverständniserklärung darf allerdings nicht unter einer Bedingung abgegeben werden. Eine solche Bedingung liegt aber hier auch nicht vor. Die Parteien haben sich lediglich vorbehalten, daß außer den schon vorl. Schriftsätzen noch je ein weiterer Schriftsatz jeder Partei berücksichtigt werden sollte. Damit ist das Einverständnis i. S. des § 7 EntlWD. zwar befristet, aber nicht bedingt worden. Gegen eine solche Befristung bestehen aber keine Bedenken. Dem Gericht ist damit nur unter sagt, vor dem Eingang der vorbehaltenen Schriftsätze ohne mündliche Verhandlung zu entscheiden. Wenn das Prozeßgericht, was in seinem Ermessen liegt, überhaupt auf ein Verfahren ohne mündliche Verhandlung eingeht, können die Parteien auch bestimmen, wann sie ihren Schriftwechsel als abgeschlossen angesehen wissen wollen. Wenn sie im vorl. Fall außer den ursprünglich in Aussicht genommenen noch andere Schriftsätze eingereicht haben, so haben sie damit auch deren Berücksichtigung verlangt, und das BG. hat durchaus i. S. beider Parteien gehandelt, wenn es alle eingereichten Schriftsätze verwertet hat. Daß diese Schriftsätze auch neue Behauptungen enthalten durften, unterliegt keinem Zweifel, wie übrigens auch eine nach § 272a ZPO. vorbehaltene Erklärung sehr wohl neue Behauptungen enthalten darf. Enthält der Vorbehalt, der der Parteienerklärung v. 16. Nov. 1934 hinzugefügt war, wie gezeigt, nur ein Verbot an das Gericht, vor Eingang der vorbehaltenen Schriftsätze zu entscheiden, so war das BG., solange die Einverständniserklärung nicht widerrufen war, nicht gehindert, die vorbehaltenen Schriftsätze auch dann zu berücksichtigen, wenn sie nicht innerhalb der vorgesehenen Fristen eingegangen waren. Übrigens muß darin, daß keine der beiden Parteien gegen die Berücksichtigung irgendeines von dem Gegner nachgebrachten Schriftsatzes Widerspruch erhoben hat, ein Rügeverzicht nach § 295 ZPO. erblickt werden.

II. Für die rechtliche Beurteilung der Klage und der zahlreichen gegen sie erhobenen Einwendungen ergibt sich zunächst die Vorfrage, ob für den streitigen Anspruch deutsches oder österreichisches Recht maßgebend ist.

Das OLG. hatte sich für ersteres entschieden und danach die Klage in der Hauptsache für begründet erklärt. Das OLG. dagegen ist zu demselben Ergebnis unter Anwendung ausschließlich österreichischen Rechts gekommen. Das BG. befindet sich in seinem grundsätzlichen Ausgangspunkt im Einklang mit der ständigen Rspr. des RG., wonach für die Frage, das Recht, welches von mehreren in Betracht kommenden Staaten anzuwenden ist, in erster Linie der Wille der Vertragsparteien entscheidet, sofern er sich tatsächlich feststellen

läßt, im anderen Fall aber ermittelt werden muß, was die Parteien bei vernünftiger und billiger Berücksichtigung aller Umstände über das anzuwendende Recht bestimmt hätten, wenn sie sich der Notwendigkeit einer solchen Bestimmung bewußt gewesen wären (vgl. z. B. RGZ. 126, 206 = JW. 1930, 2209¹ [m. Anm.]; Warn. 1930 Nr. 43). Das BG. hat, da eine ausdrückliche Vereinbarung des anzuwendenden Rechts von keiner Seite behauptet war, die eben erwähnte Untersuchung angestellt. Indem es dabei mit Recht den hier vorliegenden besonderen Fall eines Vertrags über Dienstleistungen eines (österreichischen) Kl. ins Auge gefaßt hat, ist es zutreffend zu dem Ergebnis gekommen, daß österreichisches materielles Recht anzuwenden sei. Wie der erf. Sen. schon im Urteil v. 25. Okt. 1935, III 37/35 (RGZ. 149, 121 [127] = JW. 1936, 571³ [m. Anm.]) ausgesprochen hat, bestimmen sich die Gebühren eines Kl., gleichviel wo er zur Ausführung des ihm aufgetragenen Geschäfts im Einzelfall tätig wird, grundsätzlich nach den in seiner Heimat und an seinem gesetzlichen Wohnsitz geltenden Vorschriften. Darüber hinaus ist aber das am beruflichen Sitz des Kl. geltende Recht, wenn nicht abweichende Vereinbarungen getroffen sind, überhaupt maßgebend für die rechtlichen Beziehungen zwischen dem Kl. und seinem Auftraggeber.

Die Sachlage bot keinen Anlaß für Anwendung doppelten Rechts, die sich überhaupt nur unter besonderen Gründen rechtfertigt (vgl. RGZ. 120, 72 = JW. 1928, 1197² [m. Anm.]; Warn. 1913 Nr. 302 S. 361). Der Erfüllungsort kann für die Frage, welches Recht anwendbar ist, erst dann Bedeutung gewinnen, wenn ein mutmaßlicher Parteiwille nicht festgestellt werden kann.

III. Es ist also davon auszugehen, daß das Rechtsverhältnis der Parteien grundsätzlich nach österreichischem Recht beurteilt werden muß. Ob das BG. bei Anwendung dieses Rechts auf den zu entscheidenden Fall die richtigen Folgerungen gezogen hat, kann in der Rev. nicht nachgeprüft werden. Alle in dieser Richtung liegenden Angriffe der weiteren Rev. Begr. müssen deshalb unbeachtet bleiben. Fraglich kann lediglich sein, ob etwa nach Art. 30 EGVGB. der VerR. der einen oder anderen von ihm herangezogenen österreichischen Rechtsnorm die Anwendbarkeit hätte versagen oder eine deutsche Rechtsnorm hätte beachten müssen, deren Fehlen im österreichischen Recht als im Widerspruch zu den Grundsätzen des Art. 30 stehend erachtet werden müßte. In Betracht kommen hier die Vorschriften über die Verjährung und § 93 KAGebD.

Das BG. hat — für die Rev. bindend — festgestellt, daß die Forderung des Kl. nach österreichischem Recht nicht verjährt sei, da die Verjährungsfrist dort drei Jahre betrage. Das deutsche Recht schreibt in § 196 Nr. 15 BGB. eine zweijährige Verjährungsfrist vor, ist also dem Befl. günstiger und könnte, wie mangels ausreichender Feststellungen zunächst unterstellt werden muß, zu der Annahme führen, der eingekl. Anspruch sei verjährt. Gegen den Zweck der deutschen Verjährungsvorschriften würde es verstoßen, wenn das österreichische Recht im vorl. Fall überhaupt keine Verjährung zuließe (vgl. RGZ. 106, 82). Hier handelt es sich aber darum, ob eine zweijährige oder eine dreijährige Verjährungsfrist gelten soll. Durch diese geringfügige Schlechterstellung des Befl. wird aber der Zweck der deutschen Verjährungsvorschriften nicht berührt (vgl. III 173/12 v. 22. Nov. 1912 = LZ. 1913 Sp. 550). In Frage könnte nur kommen, ob etwa die österreichischen Verjährungsvorschriften nur verfahrensrechtlicher Natur sind und deshalb in dem vor deutschen Gerichten verhandelten Rechtsstreit nicht zu beachten wären. Nach den in RGZ. 7, 21 und 24, 383 niedergelegten Grundsätzen hätte dann die Klageforderung als sachlich-rechtlich unverjährbar angesehen werden müssen. Während die beiden genannten Urteile, die aus der Zeit vor dem Inkrafttreten des BGB. und seines EinfG. stammen, die dort in Streit stehenden Forderungen als unverjährt anerkannt haben, würde das im vorl. Fall mit Rücksicht auf Art. 30 nicht mehr möglich sein. Nach § 1451 ABGB. ist aber die Verjährung „der Verlust eines Rechts, welches während der von dem Gesetz bestimmten Zeit nicht ausgeübt wird“. Danach kann nicht

zweifelhaft sein, daß die Verjährung dem österreichischen sachlichen Recht und nicht dem Verfahrensrecht angehört. Es kann also auch aus diesem Gesichtspunkt nicht beanstandet werden, daß das BG. die österreichischen Verjährungsvorschriften angewendet und danach, für die Rev. bindend, den Eintritt der Verjährung verneint hat.

Der Befl. hat u. a. auch geltend gemacht, daß die am 24. Juli 1928 vereinbarte Vergütung unter Berücksichtigung aller Umstände übermäßig hoch sei und nach § 93 Abs. 2 KAGebD. herabgesetzt werden müsse. Das BG. hat festgestellt, daß das österreichische Recht eine dem § 93 Abs. 2 entsprechende Bestimmung nicht kennt. Es hat aber zugleich auch festgestellt, daß die am 24. Juli 1928 vereinbarte Vergütung nach den Umständen nicht übermäßig hoch sei. Es hat allerdings nur die Umstände zur Zeit der Vereinbarung berücksichtigt, nicht aber auch die Tatsache, daß der Plan des Befl., auf dessen Gelingen die Honorarvereinbarung abgestellt war, gescheitert ist und der Befl. nunmehr die Vergütung aus eigenen Mitteln aufbringen muß, ohne in dem Gewinn des geplanten Geschäftes eine Gegenleistung zu haben. Bei Anwendung deutschen Rechtes würde deshalb vielleicht die Entsch. beanstandet werden können (vgl. III 203/34 v. 15. Jan. 1935). Es läßt sich aber nicht annehmen, daß die Anwendung österreichischen Rechtes, das keine richterliche Herabsetzung einer vereinbarten übermäßig hohen Rechtsanwaltsvergütung kennt, dem Art. 30 EGVGB. zuwiderläuft. Das österreichische Recht kennt die Nichtigkeit eines Vertrags wegen Wuchers, wegen Ausbeutung des Leichtsinns, der Unerfahrenheit usw. des Gegners; ferner untersteht der österreichische Kl. der Dienststrafgewalt, wenn er durch übermäßige Honorarforderungen die Pflichten seines Standes verletzt. Der Unterschied zwischen österreichischem und deutschem Recht in der hier in Rede stehenden Frage ist nicht so erheblich, daß die Anwendung des österreichischen Rechts „direkt die Grundlagen des deutschen staatlichen oder wirtschaftlichen Lebens angreifen“ würde (RGZ. 60, 300; 93, 183 = JW. 1918, 611; 1924, 1710¹). Es kann sonach dahingestellt bleiben, ob der in § 93 KAGebD. niedergelegte Rechtsatz, der rechtlich nur für das in § 1 das abgegrenzte Anwendungsgebiet der KAGebD. gilt, überhaupt als ein allgemeines deutsches Gesetz i. S. des Art. 30 anzuerkennen ist.

(U. v. 20. März 1935; III 184/35. — München.) [v. B.]

*

17. § 90 GKG. i. d. Fass. der WD. v. 27. März 1936. Nur solche öffentliche Anstalten und Kassen haben Anspruch auf Gebührenfreiheit, deren Einnahmen und Ausgaben in den Reichshaushalt aufzunehmen sind.

Nach § 90 GKG. i. d. Fass. der WD. zur Anpassung des GKG. an die KostD. und über die Aufhebung landesrechtlicher Kostenvorschriften v. 27. März 1936 (RGBl. I, 319) sind von der Zahlung der Gebühren befreit: das Reich ... sowie die nach den Haushaltsplänen des Reichs ... für Rechnung des Reichs ... verwalteten öffentlichen Anstalten und Kassen. Damit sind etwaige Zweifel, die nach den bisherigen, nur eine Gebührenfreiheit „des Reichs“ aussprechenden gesetzlichen Bestimmungen über den Umfang der hiernach begünstigten Anstalten und Kassen entstehen konnten, eindeutig dahin geklärt, daß nur solche öffentliche Anstalten und Kassen Anspruch auf Gebührenfreiheit erheben können, deren Einnahmen und Ausgaben in den Reichshaushalt aufzunehmen sind. Es genügt nicht, daß ihre Wirtschaftsergebnisse sonst irgendwie dort erscheinen, also, wie es nach den gesetzlichen Best. hier der Fall ist, lediglich die Überschüsse der Anstalt der Reichskasse zufließen oder das Vermögen der Anstalt im Falle ihrer Auflösung dem Reich zufällt. Da die WD. v. 27. März 1936 nach Art. 2 das dem 1. April 1936 in Kraft getreten ist und auf die vor diesem Zeitpunkt anhängig gewordenen Rechtsachen Anwendung findet, soweit nicht die Instanz vor diesem Zeitpunkt beendet war, ist die Kl. von der Zahlung der von ihr erforderlichen Gebühren befreit.

(Bechl. v. 28. April 1936; II 47/36.)

[Sn.]

Reichsgericht: Strafsachen

18. § 263 StGB. Nach der Rspr. des RG. be-
rechtigt die Tatsache, daß jemand gegen einen
anderen einen Anspruch hat, ihn zwar dazu,
diesen Anspruch auch durch Täuschung des an-
deren zu verwirklichen (RGSt. 60, 294; 64, 342,
347, Ur. 1 D 366/30 v. 9. Nov. 1930), nicht aber
dazu, einen anderen unbegründeten Anspruch
durch Täuschung durchzusetzen (RGUr. 2 D
1151/34 v. 26. Nov. 1934, 2 D 71/35 v. 12. Sept. 1935).
(2. Sen. v. 23. April 1936; 2 D 118/36.)

*

19. § 23 StPD.; §§ 263, 352 StGB.
I. Die Vorschrift des § 23 Abs. 2 StPD. be-
zieht sich nur auf das Strafverfahren, nicht
aber auf Dienststraf- oder Ehrengerichtsver-
fahren.
II. Begriff der Gebührenüberhebung; Ab-
grenzung gegenüber dem Betrug.

I. Das Mitglied eines erk. Gerichts ist dadurch, daß es
in dem gegen den Angekl. anhängigen Verfahren vor dem
Ehrengericht der Anwaltskammer die Voruntersuchung führte,
nicht kraft Gesetzes von der Mitwirkung im Strafverfahren
ausgeschlossen, selbst wenn beiden Verfahren ganz oder zum
Teil derselbe Sachverhalt, nur nach den verschiedenen Rich-
tungen der Verlesung der Strafgesetze und der der Berufs-
pflichten und der Standesehre zugrunde lag. Die Vorschrift
des § 23 Abs. 2 StPD., die die Mitwirkung des „Unter-
suchungsrichters“ „in der Sache“ verbietet, in welcher er die
Voruntersuchung geführt hat, bezieht sich nur auf den Unter-
suchungsrichter im Strafverfahren (RGSt. 62, 314, 317/318;
1 D 955/12 v. 16. Dez. 1912); sie ist eine Ausnahmever-
schrift (GA. 41, 140) und ihre entsprechende Anwendung auf
Dienststraf- oder ehrengerichtliche Verfahren nicht anzängig.
Der Umstand muß vielmehr im Wege der Ablehnung des
Richters wegen Befangenheit geltend gemacht werden.

II. Die Gebührenüberhebung sieht das VG. darin, daß
der Angekl. von der F. die tarifmäßige Vergütung für eine
Reise an den Gerichtsort zwecks Akteneinsicht erhoben hat, die
er ausgeführt hatte, obwohl sie, wie er wußte, völlig zweck-
los und die F. daher zur Kostenerstattung nicht verpflichtet
war. Das rechtfertigt jedoch die Anwendung des § 352
StGB. nicht. Diese Bestimmung setzt voraus, daß Bezahlung
einer Vergütung erlangt wird, die mit den Vorschriften der
Gebührenordnung in Widerspruch steht, derart, daß für die
fragliche Tätigkeit eine Vergütung überhaupt nicht oder nicht
in der geforderten Höhe vorgesehen ist. Das ist hier nicht
der Fall. Der Angekl. hat eine Tätigkeit entwickelt, für welche
eine tarifmäßige Vergütung in § 78 RMGebD. festgesetzt ist.
Deren Sätze hat er nicht überschritten. Die Frage, ob er nach
den Umständen des Falles von seinem Auftraggeber Erst-
attung verlangen konnte oder nicht, richtet sich nicht nach dieser
Gebühnenvorschrift, die nur die Höhe der Vergütung regelt,
sondern nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts (§§ 675,
670 BGB.) und ist für den Tatbestand des § 352 StGB.
unerheblich (vgl. RGSt. 19, 30, 36/37; 40, 378, 382; 3 D
489/33 v. 19. Juni 1933; JW. 1933, 2145³¹).

Im Falle F. ist umgekehrt die Verurteilung wegen Ge-
bührenüberhebung gerechtfertigt, nicht dagegen die wegen Be-
truges.

Der Angekl. hat hier durch seine Erklärung, der Privatkl.
müsse im Falle des Unterliegens der Prozeßgegnerin, Zeu-
gin F., sämtliche Vorschüsse erstatten, die sie bisher an den
Angekl. gezahlt habe und noch zahlen müsse, in ihr den Irr-
tum erweckt, daß diese Vorschüsse den gesetzlichen Gebühren
entsprechen, obwohl, wie er wußte, diese niedriger waren.
Die Erhebung der Gebühren sieht das VG. nicht schon in der
Erziehung der Vorschüsse, sondern darin, daß der Angekl.
trotz wiederholter Mahnung weder die inzwischen von dem
Prozeßgegner beigetriebenen Kosten an die Frau F. ab-

geführt, noch den überhobenen Teil der Vorschüsse an sie
zurückgezahlt und dadurch zu erkennen gegeben hat, daß er
die Vorschüsse endgültig auf seine gleichhohen Gebührenforde-
rungen verrechne und daran auch bei Widerspruch der Auf-
traggeberin festhalte. Das genügt für das Merkmal der Er-
hebung der Vergütung (RGSt. 53, 112; 1 D 54/27 vom
4. Febr. 1927; JurRdsch. 1927 Nr. 764; GA. 62, 125, 127).

Unrichtig ist die Annahme, daß der Angekl. deshalb zu-
gleich wegen Betruges zu bestrafen sei. Allerdings erfüllt der
Tatbestand der Gebührenüberhebung regelmäßig zugleich den
des § 263 StGB.; er geht diesem jedoch als das Sondergefes
vor. Nur dann, wenn der Täter neben dem trügerischen
Geltendmachen der Gebühren den Geschädigten durch andere-
weitere Täuschungshandlungen über die tatsächlichen Voraus-
setzungen der Zahlungsverbindlichkeit, über Grund und Titel
der erhobenen Gebührenforderung oder über sonstige Tat-
umstände in einen Irrtum versetzt hat, welcher dem Auftrag-
geber die Nachprüfung seiner Zahlungsverpflichtung erschwert
hat (oder erschweren sollte), kann daneben ein Betrug (oder
ein Betrugsversuch) in Frage kommen (vgl. RGSt. 18, 219,
223 und die oben bez. Entsch. in JW. 1933, 2145). Das
aber hat das VG. nicht angenommen.

(3. Sen. v. 27. April 1936; 3 D 174/36.)

*

20. § 61 Nr. 5 StPD. Es ist nicht notwendig,
in dem ablehnenden Beschluß eine Begrün-
dung dafür zu geben, warum die Gerichts-
mitglieder den Zeugen für unglaubwürdig
halten.

Die Rüge, daß die StrR. die Zeugin M. zu Unrecht
unbeeidigt vernommen hat, ist unbegründet. Die Vereidigung
ist nach der Sitzungsniederschrift v. 6. Jan. 1936 unter-
blieben, „weil alle Mitglieder des Gerichts die Aussage für
offenbar unglaubhaft hielten und nach ihrer Überzeugung
auch unter Eid eine wahre Aussage nicht zu erwarten war
(§ 61 Nr. 5 StPD.)“. Diese Begründung läßt die Unter-
lassung der Vereidigung gerechtfertigt erscheinen, da sie den
Vorschriften der §§ 61 Nr. 5, 64 StPD. entspricht (RGUr.
1 D 312/34: JW. 1934, 2159³³; 1 D 1470/34: JW. 1935,
1250¹⁵). Eine Begründung, warum die Gerichtsmitglieder
die Zeugin für offenbar unglaubwürdig gehalten haben,
brauchte in der Hauptverhandlung in dem ablehnenden Be-
schluß nicht gegeben zu werden.

(2. Sen. v. 2. April 1936; 2 D 142/36.)

*

21. Der § 218 StPD. hat zur Vorausset-
zung, daß die Anzeige von der Wahl eines
Verteidigers vom Angekl. selbst oder von
seinem hierzu befugten Vertreter ausgeht
(RGSt. 2, 375; 41, 72, 73; RG. v. 7. März 1927, 3 D
982/1926) und daß sie, sei es ausdrücklich, sei es
durch schlüssige Handlung (RGSt. 41, 73) zur
Kenntnis der für die Entgegennahme zustän-
digen Amtsstelle gebracht wird.

Es kann zwar nicht genügen, wenn ein Verteidiger seine
Vollmacht gelegentlich der ihm gewährten Akteneinsicht still-
schweigend und ohne jede Bezugnahme in die Akten legt
(RG. v. 13. Jan. 1910, 1 D 954/09) und es somit dem Zu-
fall überläßt, ob sie überhaupt und rechtzeitig zur Kenntnis
der zuständigen Amtsstelle kommt. Dagegen muß es als eine
der Vorschriften des § 218 StPD. entsprechende Anzeige gegen-
über dem Gericht angesehen werden, wenn er in der erkenn-
baren Absicht, sich als Verteidiger zu melden, seine Voll-
macht der mit der Sache amtlich befaßten Geschäftsstelle
vorlegt, insbes. dann, wenn darauf die Geschäftsstelle eine
richterliche Verfügung herbeiführt — und eigene Amts-
handlungen vornimmt —, die den Nachweis der Bevollmäch-
tigung, sei es nach ausdrücklicher Vorschrift, sei es nach be-
stehender Übung, voraussetzen.

(2. Sen. v. 9. März 1936; 2 D 91/36.)

*

22. § 345 StPD. Form der Revisionschrift und Revisionsbegründung. Der Vorschrift des § 345 Abs. 2 StPD. ist nicht genügt, wenn der Verteidiger lediglich auf eine vom Angekl. persönlich unterschriebene Anlage Bezug nimmt.

Die Revisionsbegründung des Verteidigers rügt Verletzung des Gesetzes, und zwar sowohl des formellen als auch des materiellen Rechts. Zur Begründung wird lediglich auf eine Anlage Bezug genommen, die nur vom Angekl. persönlich unterschrieben und offenbar auch von ihm aufgesetzt ist. Da diese Anlage keine vom Verteidiger unterzeichnete Schrift ist (§ 345 StPD.), im übrigen auch nicht von ihm herrührt, und dies auch nicht durch die Bemerkung des Verteidigers ersetzt werden kann, daß er „die An- und Ausführungen der Anlage zu den seinigen mache“ (RGSt. 14, 348 und RG.: JW. 1901, 503²⁴), kann sie nicht berücksichtigt werden. Danach liegt eine zulässige Rüge verfahrensrechtlicher Vorschriften nicht vor; das Ur. ist deshalb nur auf die allgemeine sachliche rechtliche Rüge hin nachzuprüfen. Diese Nachprüfung hat einen Rechtsirrtum nicht aufgedeckt.

(1. Sen. v. 3. April 1936; 1 D 877/35.)

Oberlandesgerichte: Zivilsachen

Rechtsanwaltsgebührenordnung

23. §§ 13 Ziff. 1, 14, 52 RAGebD. Zur Frage, ob dem Rechtsanwalt die volle Prozeßgebühr oder nur die Hälfte derselben zusteht.†)

Nachdem der klägerische Anwalt Berufung eingelegt und sie begründet hatte, hat der bekl. Anwalt bei Gericht eine Berufsbeantwortung eingereicht, die auch seine Legitimationsanzeige enthielt. Eine Zustellung oder Mitteilung dieses Schriftsatzes an den Gegner erfolgte nicht. Vor Anberaumung eines Termins nahm der klägerische Anwalt die Berufung zurück (§ 515 ZPD.) und ließ diesen Schriftsatz sowohl dem Prozeßbevollmächtigten erster als zweiter Instanz zustellen. Nunmehr beantragte der bekl. Anwalt, den Kl. seines Rechtsmittels für verlustig zu erklären und ihm die Kosten aufzuerlegen (§ 515 Abs. 3 ZPD.). Der auf seinen Antrag anberaumte Termin zur mündlichen Verhandlung wurde von Amts wegen beiden Parteien zugestellt. Im Termin erging entsprechendes Urteil.

Die Bekl. begehrt Festsetzung der vollen anwaltlichen Prozeßgebühr für die BerInst. gemäß §§ 13 Ziff. 1, 52 RAGebD., während der Kl. ihm nur die Hälfte zubilligen will (gemäß §§ 14, 52 RAGebD.).

Das LG. hat die volle Gebühr zugestellt (13/10). Zur Begründung führte es aus: „Wenn auch die Berufsbeantwortung gemäß § 519a ZPD. nicht von Amts wegen zuzustellen ist, somit nach der bisherigen Rspr. in Fällen dieser Art die Einreichung des Schriftsatzes bei Gericht nicht als genügend angesehen wurde, um die Ermäßigung der Prozeßgebühr abzuwenden, da die Einreichung eines Schriftsatzes bei Gericht nur dann als genügend anerkannt wurde, wenn die Zustellung des Schriftsatzes von Amts wegen zu erfolgen hat, so wird es doch als unbillig zu empfinden sein, dem Anwalt, der durch Einreichung der Berufsbeantwortung bei Gericht seine Tätigkeit nach außen hin hat in Erscheinung treten lassen, lediglich aus formalen Gründen nur die Hälfte der Berufsgebühr zuzubilligen. Es war daher die Zubilligung der Prozeßgebühr in voller Höhe nicht zu beanstanden.“

Mit Recht wendet sich der Kl. in seiner Beschwerde gegen diese Begründung. § 14 RAGebD. bestimmt: „Soweit der Auftrag vor Beginn des zur mündlichen Verhandlung bestimmten Termins (§ 202 ZPD.) erledigt ist, ohne daß der RA. die Klage eingereicht oder einen Schriftsatz hat zustellen lassen, steht ihm die Prozeßgebühr nur zu

fünf Zehntel zu.“ Es kann zunächst kein Zweifel sein, daß der Begriff „Schriftsatz“ im weitesten Sinne aufzufassen ist und jede dem Gericht oder dem Gegner zugehende schriftliche Erklärung beliebigen Inhalts bedeutet (vgl. Baumbach 2 zu § 14 RAGebD. Hier hätte also schon der Legitimationsvortrag des Anwalts genügt).

Festzustellen ist weiter, daß die Vorschrift des § 14 Abs. 1 RAGebD. auch für das Berufungs- (und Revisions-) verfahren gilt.

Was die Bedeutung des Wortes „zustellen“ anlangt, so ist dieses nicht in dem engen prozessualen Sinn einer förmlichen Zustellung aufzufassen. Die „Zustellung“ i. S. des § 14 RAGebD. umfaßt zwar auch diese förmliche Zustellung, darüber hinaus ist aber eine weitere Bedeutung beizulegen. Wo nämlich eine solche formelle Zustellung nicht erforderlich ist (in dem Falle der Zustellung von Amts wegen genügt es, wenn die Partei alles getan hat, was zur Zustellung erforderlich ist, also z. B. bei der Berufungsbegründung die Einreichung bei Gericht, s. u.), kann der Begriff der Zustellung nicht anders aufgefaßt werden als der des Zuges, so daß es also z. B. genügt hätte, wenn der RA. den Schriftsatz, der seine Legitimation bzw. die Berufsbeantwortung enthielt, dem gegnerischen Anwalt ohne weitere Förmlichkeiten mitgeteilt hätte. Da, wie das LG. schon zutreffend ausführte, die Berufsbeantwortung nicht von Amts wegen zugestellt wird, können die Grundsätze über die Berufungsbegründung (oben) nicht ohne weiteres angewendet werden. Wenn demgegenüber das LG. die volle Prozeßgebühr dem bekl. Anwalt aus Billigkeitsgründen zuspricht, so weist der klägerische Anwalt mit Recht darauf hin, daß die RAGebD. auf dem System beruht, daß die Anwaltsgebühren in der für die einzelnen Fälle vorgesehenen Höhe fällig werden, falls gewisse formelle Handlungen durch den Anwalt oder das Gericht vollzogen werden, wobei es auf den Umfang oder die Schwierigkeit der entwickelten Tätigkeit nicht ankommt. Im übrigen setzt der § 14 RAGebD. die Einreichung der Klage in Gegensatz („oder“) zum „Zustellenlassen eines Schriftsatzes“. Nur dann genügt, wie oben dargelegt, die Einreichung des Schriftsatzes bei Gericht, wenn es sich um einen solchen handelt, der von Amts wegen zuzustellen ist. Diese Ausnahme erklärt sich daraus, daß hier das Gericht automatisch für die Partei bezüglich der Zustellung tätig wird, diese Zustellung also schon durch die Einreichung notwendig bedingt ist. Die vorstehenden Darlegungen zeigen also, daß die Gründe des LG. seine Entscheidung nicht tragen können.

Trotzdem erweist sich die Entscheidung aus einem anderen Grunde als richtig: § 14 RAGebD. setzt voraus, daß der Auftrag vor Beginn des zur mündlichen Verhandlung bestimmten Termins erledigt ist. Vorliegendensfalls hat der Kl. die Berufung zurückerufen, bevor vom Vorsitzenden Termin anberaumt war. Damit war aber der Auftrag des bekl. Anwalts, worauf es allein ankommt (die Beseitigung des materiellen Anspruchs als solchen ist nebensächlich), noch nicht erledigt. Es bestand für den Bekl. noch ein Anspruch auf einen Urteilsanspruch dahin, daß die Zurücknahme der Berufung den Verlust des Rechtsmittels und die Verpflichtung zur Folge habe, die durch das Rechtsmittel entstandenen Kosten zu tragen (§ 515 Abs. 3 ZPD.). Wird dieser Antrag gestellt, so bildet der gesamte anfängliche Wert des Berufungsgegenstandes den Gegenstand der Verhandlung. Der Auftrag bestand also vorliegendensfalls unvermindert fort. Der Anspruch erfolgte auch in einer mündlichen Verhandlung, dessen auf Antrag des bekl. beantragte Terminsbestimmung (eingereichter Schriftsatz, siehe oben) den Parteien von Amts wegen zugestellt war.

Damit fehlt es aber an der erforderlichen Voraussetzung zur Anwendung des § 14 RAGebD., und dem bekl. Anwalt stand gemäß §§ 13, 52 RAGebD. die volle Prozeßgebühr von dreizehn Zehntel gegenüber seinem Auftraggeber zu. Die Ersatzpflicht gegenüber diesem kostenersatzpflichtigen Kl. ergibt sich aus § 91 Abs. 2 ZPD.

Die Beschwerde erwies sich sonach als unbegründet.

(OLG. Darmstadt, 3. ZivSen., Beschl. v. 27. März 1936, III W 30/36.)

Anmerkung: Mit Recht betont die Entsch., daß gerade in Kostensachen der allgemeine Begriff der Billigkeitserwägungen nur mit der nötigen Vorsicht zur Begründung für einen Gebührenanspruch oder (z. B. bei den Gerichtsgebühren) für eine Ermäßigung herangezogen werden darf. Denn das Gesetz verlangt mit Vorbedacht die Erfüllung gewisser förmlicher Handlungen als Voraussetzung für den jeweiligen gebührenrechtlichen Tatbestand.

Mit Recht verweist die Entsch. ferner auf den in § 14 RAGebD. selbst gemachten Unterschied zwischen „Einreichung“, die nur für die Klage als wesentlich vorgesehen ist, und „Zustellung“, die bei sonstigen Schriftsätzen verlangt wird. Beide stehen also in vom Gesetz beabsichtigtem Gegensatz zueinander. Es fehlt jede Berechtigung, etwa aus der ratio des § 14 heraus die volle Prozeßgebühr auch dann schon erwachsen zu lassen, weil eigentlich auch die Einreichung eines — einfachen — Schriftsatzes genügen müßte, um die Tätigkeit des Anwalts nach außen hin offenbar werden zu lassen. Damit würde nur Rechtsunsicherheit und Unklarheit erzielt, also im Ergebnis mehr Schaden angerichtet als genutzt. Ebenjogut könnte man dann ja die volle Prozeßgebühr für den Anwalt schon dann erwachsen lassen, wenn er alles zur Zustellung nötige veranlaßt hat. Diese Voraussetzung hätte das Gesetz als genügend in § 14 vorsehen können. Es hat es aber nicht getan. Das muß folglich respektiert werden.

Bei der Zustellung von Akten wegen ist die Sachlage etwas anders. Denn wo der Anwalt gar nicht zustellen kann, weil diese Tätigkeit gesetzlich anderen Stellen obliegt, muß man natürlich fragen, welcher Zeitpunkt denn hier der nach § 14 maßgebende ist. Das kann die Einreichung sein, sofern die Zustellung von Akten wegen dann folgt, oder auch überhaupt erst der Zeitpunkt der Zustellung selbst. Diese Frage ist unstritten und läßt sich in der Tat wohl in beiderlei Sinne beantworten.

Richtig ist es schließlich auch, wenn OLG. Darmstadt ausführt, daß der Auftrag des Anwalts — jedenfalls des Berufungsbelegten — nicht bereits mit der Berufungsrücknahme erledigt ist. Das ergibt ja bereits § 515 ZPO. Zweifelhaft kann dabei aber nun sein, ob nunmehr noch die volle Prozeßgebühr nach dem ursprünglichen vollen Streitwert entstehen kann (was OLG. Darmstadt annimmt). Das ist richtig, wenn man davon ausgeht, daß auch die Anträge aus § 515, jedenfalls der Antrag, den Berufungskläger des Rechtsmittels für verlustig zu erklären, die Hauptsache betreffen und demgemäß nach deren Streitwert sich richten. Gegenteiler Ansicht ist z. B. RG. v. 11. Jan. 1933: JW. 1933, 1078¹⁵, wonach der Streitwert dieses Antrages nach § 3 ZPO. frei zu schätzen ist. Auch wenn z. B. nur noch wegen der Kosten Anträge gestellt werden, kommt ohnehin nur noch deren Streitwert in Betracht. Ich möchte mich daher der Auffassung obiger Entsch. nicht anschließen, daß der Auftrag nach dem vollen Wert des gesamten ursprünglichen Streitgegenstandes auch nach Rücknahme der Berufung noch fortbesteht. Die volle Prozeßgebühr könnte demnach nur nach einem entsprechend verringerten Streitwert, allerdings wohl neben der $\frac{5}{10}$ -Prozeßgebühr nach dem Streitwert der Hauptsache erwachsen (Rittmann-Wenz, 16. Aufl., 3 zu § 14).

RGK. Dr. Gaedele, Berlin.

24. §§ 13 Nr. 1, 52 RAGebD.; §§ 518, 519 Abs. 3 Nr. 1 ZPO. Wenn der Verkl. zunächst lediglich Berufungsanträge erklärt, daß er das Urteil nur zum Teil anfechten will, der Gegner aber inzwischen die Zurückweisung der Ber. beantragt hat, ist die Prozeßgebühr für diesen Antrag nur nach dem Streitwert des angefochtenen Teiles zu berechnen.

Mit dem Schriftsatz vom 11. Juli 1935 hat der Bekl. ledig-

lich gem. § 518 ZPO. Ber. eingelegt. Inwieweit das Ur. angefochten werde und welche Abänderungen des Urteils beantragt werden (Berufungsanträge) hat er in zulässiger Weise (§ 519 Abs. 3 Nr. 1 ZPO.) erst mit dem Schriftsatz vom 6. Aug. 1935 erklärt. Erst damit wurde der Umfang der Ber. bestimmt, und zwar auf 1000 RM. Es liegt nicht etwa so, daß die Ber. zunächst den gesamten Gegenstand des angefochtenen Urteils (2525,93 RM.) erfaßt hätte und durch den Schriftsatz vom 6. Aug. auf 1000 RM. beschränkt worden wäre. Daher kann auch die Prozeßgebühr des Anwaltes des Kl. für den vor dem Antrage vom 6. Aug. eingegangenen Antrag auf Zurückweisung der Ber. nur nach einem Streitwerte von 1000 RM. berechnet werden.

Anders würde die Sache liegen, wenn der Bekl. etwa, bevor er den förmlichen Antrag vom 6. August stellte, in der Berufungsschrift oder in einem besonderen Schriftsatz klar zu erkennen gegeben hätte, daß er das Urteil im ganzen anfechten wolle. Das ist aber nicht der Fall.

(OLG. Hamburg, Beschl. v. 29. April 1936, 1 W 97/36.)

25. § 13 Ziff. 1 RAGebD.; § 1 ArmAnwG. Umfang der Prozeßgebühr. Erstattungsfähigkeit von Auslagen des ArmAnw. für notwendige Reisen.

RA. H. war der Kl. für den zweiten Rechtszug als ArmAnw. beigeordnet. Der Urkundsbeamte der GeschSt. hat bei der Festsetzung der ihm aus der Staatskasse zu erstattenden Gebühren und Auslagen die Kosten für 3 Reisen abgesetzt. Die hiergegen eingelegte Erinnerung ist zum Teil begründet.

1. Die Kosten für die Reisen zur eigenen Besichtigung des Unfallsortes und zum Termin an Ort und Stelle sind zu Unrecht abgesetzt.

a) Die Reise zur Besichtigung des Unfallsortes war erforderlich. Denn zur zweckentsprechenden Verfolgung der Rechte seiner Partei mußte sich RA. H. von vornherein eine genaue Kenntnis der Ortlichkeit verschaffen, an der sich der Unfall ereignet hatte. Hierzu waren die von dem Unfallsort vorhandenen Pläne nicht ausreichend. Daß diese allein nicht geeignet waren, ein klares Bild von der Ortlichkeit des Unfalls zu vermitteln, ergibt sich schon daraus, daß nicht nur im ersten, sondern auch im zweiten Rechtszuge Augenzeugeneinnahme stattgefunden hat. Die Kosten für diese Reise sind nicht durch die Prozeßgebühr abgegolten. Hierunter fallen nur solche Tätigkeiten des Anwalts, die der unmittelbaren Beschaffung der Information dienen, wie z. B. die Besichtigung eines Unfallsortes, nicht dagegen die durch diese Tätigkeit notwendig entstehenden Auslagen. So ist allgemein anerkannt, daß der Anwalt die bei Beschaffung der Information entstehenden Fernsprech- und Postgebühren als Auslagen neben der Prozeßgebühr erstattet verlangen kann. Eine andere Behandlung der Reisekosten, die ebenfalls Auslagen sind (wie sich aus ihrer Einordnung in den 5., die Auslagen behandelnden Abschnitt der RAGebD. ergibt), ist nicht gerechtfertigt. Wenn schon die meist verhältnismäßig geringen Auslagen an Fernsprech- und Postgebühren nicht durch die Prozeßgebühr abgegolten werden, so muß dies erst recht für die durch Ausübung einer Reise entstehenden Auslagen gelten, die meist einen großen Teil der Prozeßgebühr ausmachen, ja diese sogar nicht selten übersteigen. Die Kosten für die erforderliche Informationsreise sind dem RA. H. daher zu erstatten (vgl. auch Baumbach, RKostG. III zu § 13 Anm. 3).

b) Daß eine Vertretung der Kl. durch RA. H. im Termin an Ort und Stelle notwendig war, bedarf keiner näheren Erörterung.

2. Dagegen sind die Kosten für die Reise nach K. zu Recht abgesetzt worden. Der Zweck dieser Reise waren außergerichtliche Vergleichsverhandlungen. Für die Erstattung dieser Reisekosten fehlt es an der gesetzlichen Grundlage. „Erforderlich“ i. S. des § 1 Abs. 3 ArmAnwG. war die Reise nach K. nicht.

(OLG. Naumburg a. a. S., 6. (Kosten-) ZivSen., Beschl. v. 9. April 1936, 6 W 57/36.)

26. § 13 Ziff. 2 RAGebD. Verhandeln nach Rücknahme von Klage und Widerklage in der VerInst. in Ehesachen.

Die Auffassung des UrV., daß eine Verhandlung nicht stattgefunden habe, ist mit dem Inhalt des Sitzungsprotokolls nicht vereinbar. Ausweislich dieses hat der Anwalt der Kl. und Verkl. erklärt, namens der Kl. die Klage zurückzunehmen. Der gegnerische Anwalt war einverstanden und hat erklärt, daß auch er namens des Bekl. die Widerklage zurücknehme. Beide Parteien haben sodann beantragt, durch Urteil zu entscheiden. Eine solche Entsch. ist allerdings nicht ergangen. Es heißt vielmehr in dem Protokoll: „Der Senat sah keinen Anlaß, ein Urteil zu erlassen, da der Prozeß durch Rücknahme von Klage und Widerklage erledigt ist und die Kostenpflicht sich aus dem Gesetz ergibt.“

Beide Erinnerungsführer weisen darauf hin, daß sie gemäß der in der Praxis vielfach vertretenen Ansicht, daß auch nach Rücknahme der Klage in der VerInst. gerade in Ehesachen noch ein das erstinstanzliche Scheidungsurteil aufhebendes Urteil des VG. ergehen müsse, um jeden möglichen Zweifel an dem Fortbestand der Ehe zu beseitigen, ausdrücklich entsprechende Anträge gestellt hätten. Hierzu ist zu bemerken, daß die Parteien gerade mit dieser Begr. es abgelehnt haben, Rücknahme von Klage und Widerklage nur schriftsätzlich zu erklären, sondern ausdrücklich um Terminanberaumung gebeten haben.

Es bedarf nun keines Eingehens auf die verfahrensrechtliche Frage, ob der Standpunkt des damals mit der Sache befaßten Senats zutrifft oder ob nicht, wie der jetzt entscheidende Senat in ständiger Praxis in Übereinstimmung mit WarnRspr. 1930 Nr. 80 anerkennt, das im 1. Rechtszuge ergangene Scheidungsurteil nunmehr trotz erklärter Klagerücknahme aufgehoben werden muß, oder ob nicht mindestens eine solche Aufhebung aus Gründen der Rechtsicherheit geboten ist. Es bedarf auch keiner Erörterung darüber, ob in dem diesbezüglich in der mündlichen Verhandlung gestellten Antrage nicht mindestens der Antrag hinsichtlich der Kosten mitenthalten war, und insoweit Kostenurteil gem. § 271 ZPO. hätte ergehen müssen. Denn das Sitzungsprotokoll ergibt zweifelsfrei, daß die Parteien mit dem Ziele der Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils zur Sache verhandelt haben. Damit allein ist also für die beteiligten Prozeßbevollmächtigten die Verhandlungsgebühr des § 13 Ziff. 2 RAGebD. erwachsen.

Daß besondere Anträge nicht gestellt worden sind, ist unerheblich. Der beiderseits übereinstimmend gestellte Antrag ergab sich — abgesehen von der erwähnten Ankündigung in ihren Schriftsätzen — zweifelsfrei aus der Sachlage, wie sie nach beiderseits erklärter Rücknahme von Klage und Widerklage gegeben war.

Mit Rücksicht auf § 16 RAGebD. ist daher, obwohl es sich um eine nicht streitige Verhandlung gehandelt hat, die volle Verhandlungsgebühr für beide Teile erwachsen.

(RG., 20. ZivSen., Beschl. v. 27. Mai 1936, 20 Wa 77/78/36.)

*

27. § 13 Ziff. 3 RAGebD. In Ehesachen ist kein Vergleich der Parteien möglich. Keine Vergleichsgebühr der Anwälte. f.)

In dem auf Scheidung geführten Rechtsstreit unter den Parteien, in welchem Klage und Widerklage erhoben war, haben ausweislich des Sitzungsprotokolls die Parteien übereinstimmend erklärt, daß sie sich die etwaigen Verfehlungen gegenseitig verziehen und den ersten Willen hätten, von nun an eine gute Ehe miteinander zu führen. Beide Prozeßbevollmächtigten haben darauf Rücknahme von Klage und Widerklage im beiderseitigen Einverständnis erklärt. Der Urkundsbeamte hat die Festsetzung einer Vergleichsgebühr für den ArmAnw. des Kl. abgelehnt, da in Ehesachen ein gebührenpflichtiger Vergleich nicht geschlossen werden könne. VG. hat festgesetzt, da es sich um einen der Aufrechterhaltung der Ehe dienenden Vergleich handele, der für zulässig zu erachten sei. Die Beschw. der Reichskasse ist begründet.

VG. setzt sich mit seiner dem ArmAnw. die Vergleichsgebühr zubilligenden Entsch. betruft in Gegensatz zu der stän-

digen Rspr. des Kosten senats des RG., wie dieser sie seit seiner grundlegenden Entsch. v. 28. Sept. 1931, 20 Wa 230/31 (bei Gaedekke, Kostenrechtspr. 1934 Nr. 106) innegehalten hat.

Die Reichskasse legt mit Rücksicht auf die auch vom VG. angezogenen Entsch. des OLG. Naumburg v. 27. März und 3. Juni 1935 (ZB. 1935, 2519⁷⁰ und 2520⁷¹) Wert auf eine erneute grundsätzliche Stellungnahme des Senats. Dieser hat bei nochmaliger Nachprüfung seines Standpunktes an Hand der Entsch. derjenigen OLG., die einen Vergleich in Ehesachen, teils schlechthin, teils, soweit er der Aufrechterhaltung der Ehe dient, anerkennen, insbes. auch an Hand der genannten Entsch. des OLG. Naumburg keinen Anlaß gefunden, seine bisherige Auffassung zu ändern. Die erwähnte grundlegende Entsch. des Senats geht von folgenden Erwägungen aus: Ein solcher Rechtsstreit hat zum Gegenstand den rechtlichen Bestand der Ehe im ganzen oder die rechtlichen Auswirkungen der Ehe in bestimmter Richtung (Herstellungsklage). Dieser Streitgegenstand ist einer sachlich-rechtlichen Verfügung der Streitparteien entzogen. Infolgedessen ist auch ein Vergleich i. S. des materiellen Rechts darüber nicht zulässig. Um einen solchen handelt es sich aber auch bei dem Prozeßvergleich, der nur dadurch, daß er im Rechtsstreit geschlossen wird, zu einem prozessualen Rechtsgeschäft wird, seine prozeßbeendende Wirkung also aus der Auswirkung des materiellrechtlichen Vergleichs auf den Gang des Verfahrens herleitet. Deshalb stellen sich in einer Ehesache die in einem „Vergleich“ zusammengefaßten Erklärungen der Prozeßparteien nicht als Vergleich i. S. des materiellen Rechts, sondern als selbständige einseitige reine Prozeßhandlungen dar, die den Prozeß liquidieren sollen, sei es in Anpassung an die durch den Verlust des Scheidungsrechts — infolge tatsächlicher Vorgänge (z. B. Ausöhnung) — veränderte materielle Rechtslage, sei es durch Bestehenlassen des bereits erlassenen Scheidungsurteils. Die äußerlich als „Vergleich“ sich darstellenden Abreden der Parteien sind also in Wahrheit nichts anderes als die Zusammenfassung prozessualer Erklärungen, die nur dazu dienen, den durch rein tatsächliche Vorgänge wie Ausöhnung der Parteien, Abständnahme von Rechtsmitteln, erledigten Streit nun auch verfahrensrechtlich zu beenden.

Diese Begr. läßt insbes. keinen Raum für eine Unterscheidung zwischen Vergleichen, die der Aufrechterhaltung der Ehe dienen, und solchen, die die Scheidung begünstigen wollen. Denn der Sinn eines Vergleichs im materiellrechtlichen Sinne ist der, daß die Parteien durch rechtsgeschäftliche Erklärungen einen Streit oder eine Ungewißheit durch gegenseitiges Nachgeben erledigen. Der Sinn eines Prozeßvergleichs ist demgemäß, daß die Prozeßparteien auf dem Wege rechtsgeschäftlicher Verfügung über das in Streit befangene Rechtsverhältnis das Prozeßrechtsverhältnis durch gegenseitiges Nachgeben aus der Welt schaffen. Diesem Verfügungsrecht der Parteien entzieht sich aber ihrer Natur nach die Ehe in jeder Richtung, also auch, wenn damit die Aufrechterhaltung der Ehe bezweckt, oder doch im Endergebnis tatsächlich erreicht wird.

Es wäre allerdings denkbar, daß da, wo erstere Möglichkeit begrifflich ausgeschlossen ist — eben weil der Streitgegenstand seinem Wesen nach einer rechtsgeschäftlichen Regelung nicht zugänglich ist —, immer noch die Beseitigung des Prozeßverhältnisses allein durch gegenseitiges Nachgeben der Parteien die Merkmale eines Prozeßvergleichs in sich trägt und jedenfalls den Gebührentatbestand des § 13 Ziff. 3 RAGebD. erfüllt. Denn nach der grundsätzlichen Entsch. des Senats v. 24. Jan. 1935 (bei Gaedekke, Kostenrechtspr. 1934 Nr. 95 = ZB. 1934, 568¹) liegt auch dann ein — zur Hauptfache geschlossener — Vergleich i. S. der vorgenommenen Gebührenbestimmung vor.

In Ehesachen muß indes auch diese Möglichkeit eines Vergleichschlusses schlechthin verneint werden. Hier vermag auch eine äußerlich sich als Vergleich dieser Art darstellende Parteiabrede keinen Prozeßvergleich zu schaffen. Denn solchen prozessualen übereinstimmenden Erklärungen kommt gerade in Ehesachen nicht die Bedeutung einer selbständigen Vereinbarung zu, die ihre Auswirkung auf das Prozeßrechtsverhältnis beschränkt, oder dem Willen zu solcher Beschränkung entspringt. Sie sind hier vielmehr die — zwangsläufige — prozessuale Abwicklung

rein tatsächlicher Vorgänge, die eine Weiterführung des Eheprozesses sowohl als dem Willen der Parteien nicht mehr entsprechend wie auch zwecklos erscheinen lassen, sei es, daß durch Ausöhnung dem Scheidungsanspruch beider Teile die Grundlage entzogen ist, sei es, daß durch die endgültige Entschließung eines oder beider Teile, von Einwendungen gegen den Scheidungsanspruch keinen Gebrauch zu machen oder von Rechtsmitteln Abstand zu nehmen, der Streit seine sachliche Erledigung gefunden hat und nur noch verfahrensrechtlich zu liquidieren ist. Dabei ist selbstverständlich — wie dem OLG. Naumburg ohne weiteres zuzugeben ist — ohne jede Bedeutung, ob eine innere Bereitschaft der Parteien zu einer solchen Verständigung in einem oder anderem Sinne bereits vor dem Verhandlungstermin erzielt wird oder erst in dem Termin selbst sich entwickelt und hervortritt und dann ihre Auswirkung auf den Prozeß äußert.

Selbst wenn also — was praktisch immerhin kaum vorkommen wird — in Ehesachen die Parteien ohne Abrede über den Streitgegenstand, d. h. ohne irgendwelche Einigung über Weiterbestand oder Beendigung der Ehe dahin übereinkommen, nur den schwebenden Prozeß durch Vereinbarung der Rücknahme von Klage und Widerklage oder Abstandnahme von Rechtsmitteln zu beseitigen, also ausschließlich sich über das Prozeßverhältnis „vergleichen“, liegt darin kein Prozeßvergleich. Denn auch diese Form der Prozeßbeendigung ist, ob gewollt, ob ungewollt, doch stets der Ausfluß einer bestimmten beiderseitig übereinstimmenden Einstellung zu den den Streitgegenstand bildenden familienrechtlichen Beziehungen der Parteien zueinander, nämlich in der Richtung, daß an dem z. B. der Klagerhebung bestehenden tatsächlichen Zustand nichts geändert werden solle.

Der Senat hat schließlich noch erwogen, ob nicht die dargelegten rechtlichen Bedenken gegen die Anerkennung eines Vergleichs in Ehesachen durch einen anderen, rechtspolitischen Gesichtspunkt aufgewogen werden: nämlich durch den Grundgedanken, der zur Schaffung der Vergleichsgebühr überhaupt geführt hat. Der Anwalt sollte für seine besondere auf vergleichsweise Erledigung des Rechtsstreits gerichtete Müheverteilung auch besonders honoriert werden. Diese Gebühr enthält — ganz abgesehen davon, daß es ohnehin Aufgabe des Anwalts als Organ der Rechtspflege ist, in den dazu geeignet erscheinenden Fällen auf eine gütliche Erledigung des Rechtsstreits hinzuwirken — noch einen besonderen Anreiz für den Anwalt, eine Tätigkeit in dieser Richtung zu entwickeln. An sich besteht kein innerer Grund, in Eheprozessen eine Tätigkeit des Anwalts der gleichartigen Tätigkeit in anderen Prozessen nicht gleichzusetzen und damit diesen Anreiz zu nehmen. Denn die Bemühungen um eine Ausöhnung der Parteien sind weder grundsätzlich weniger schwierig, noch weniger verdienst- oder weniger verantwortungsvoll, als in denjenigen Fällen, in denen der Streit um ein Rechtsverhältnis geht, das der materiellrechtlichen Verfügung der Parteien unterliegt. Gleichwohl erschien dem Senat auch dieser, vom OLG. Naumburg noch besonders hervorgehobene Gesichtspunkt nicht stark genug, um deshalb die Bedenken gegen die Anerkennung eines Vergleichs in Ehesachen zurückzustellen.

(RG., 20. Zivilsen., Beschl. v. 11. Jan. 1936, 20 W 128/36.)

Anmerkung: Die erneut vom RG. im Beschl. v. 11. Jan. 1936, 20 W 128/36, vertretene Ansicht, daß in Ehesachen eine Vergleichsgebühr niemals entstehen könne, wirkt entgegen den Ausführungen des OLG. Naumburg im Beschl. v. 27. März 1935, 6 W 49/35 (ZV. 1935, 2519) wenig überzeugend.

Gerade wenn das RG. grundsätzlich schon die vergleichsweise Beseitigung des Prozeßverhältnisses als Vergleich i. S. des § 13 Ziff. 3 RAGebD. wertet, ist nicht einzusehen, warum von diesem Grundsatze in Ehesachen eine Ausnahme gemacht werden soll. Selbst wenn man davon ausgeht, daß der Rechtsstreit in Ehesachen den rechtlichen Bestand der Ehe im ganzen betrifft, und daß dieser Streitgegenstand der Verfügung der Streitparteien entzogen ist, so bleibt doch immer zu bedenken, daß prozeßrechtlich gesehen bei einem solchen Vergleich nicht kraft Gesetzes, sondern durch die Disposition der Parteien der Prozeß beendet wird und ein Urteil dem Gericht erspart bleibt.

Auch können die Parteien doch von ihrer Überzeugung bzgl. der Wirksamkeit und des Gebrauches ihrer Angriffs- und Verteidigungsmittel im gegenseitigen Nachgeben abrücken, und ein solches Nachgeben dürfte dann wenigstens in ihrer Verfügungsmacht liegen und auch den Erfordernissen des § 779 BGB. genügen, wenn nicht bloß auf die Scheidung selbst, sondern auf die Geltendmachung der Scheidungsgründe zumindest im Sinne der Unterstützungsmöglichkeit gem. §§ 1570, 1573 BGB. verzichtet wird.

Die Zulässigkeit eines Verzichts auf die Geltendmachung eines bereits vorhandenen Scheidungsgrundes ist im Gegensatz zum Verzicht auf erst künftig erwachsende Scheidungsgründe rechtlich anerkannt, und zwar auch für den Fall, daß der Verzicht nicht mit einer Verzeihung verbunden ist. Demgemäß muß auch die Zulässigkeit des Verzichts auf die Unterstützungsmöglichkeit späterer Scheidungsgründe durch bereits vorhandene, als Scheidungsgrund verwertbare Tatsachen anerkannt werden, wenngleich Bedenken sich dahin ergeben könnten, daß die Einblicksmöglichkeit des Gerichts gem. § 1573 BGB. in das Gesamtbild der Ehe dadurch für einen Teil des Bildes durch Parteidisposition genommen wird.

Man pflegt praktisch Vergleiche in Ehesachen nicht bloß dahin geschlossen zu werden, daß Klage und Widerklage zurückgenommen werden, sondern gerade der Verzicht auf die Geltendmachung bestimmter Scheidungsgründe wird regelmäßig in einen solchen Vergleich von den Anwälten hineingebracht, deren Verdienst bzgl. der gütlichen Erledigung des Rechtsstreits auch vom RG. in dem besprochenen Beschlusse zutreffend gewürdigt wird, ohne daß allerdings über ein „gleichwohl“ hinaus das RG. eine Begründung dafür gibt, weswegen es dennoch dieses Verdienst der Anwälte nicht mit einem entsprechenden Verdienen belohnen will.

Gerade aus dem rechtspolitischen Gesichtspunkt des Ansporns und der entsprechenden Bezahlung des Anwalts für seine der Entlastung der Gerichte und dem Rechtsfrieden dienenden Bemühungen um eine vergleichsweise Erledigung des Rechtsstreits, also aus dem Gesichtspunkt, der überhaupt erst, wie auch das RG. treffend betont, zu der Schaffung der Vergleichsgebühr geführt hat, sollte man die Gebühr generell auf allen Rechtsgebieten gelten lassen, auch die Ehesachen nicht ausschalten und alle spitzfindigen Bedenken über den prozeßrechtlichen und materiellrechtlichen Charakter des Vergleichs in Ehesachen sowie die Vertragsfreiheit im Ehescheidungsrecht hintanstellen.

RA. Dr. Erich Neumann, Berlin-Charlottenburg.

Bemerkung: Vgl. ferner den Aufsatz des RA. Dr. Bach in diesem Heft S. 2113. D. S.

*

28. § 13 Ziff. 3 RAGebD. Auch im Eheprozeß ist eine die Kostenlast von den gesetzlichen Bestimmungen abweichend regelnde Vereinbarung statthaft und läßt als Vergleich im Sinne der Kostenbestimmungen die Vergleichsgebühr nach dem Streitwert der Kosten entstehen. †)

Ob in einer Ehesache ein Vergleich über den Hauptanspruch zulässig ist, kann dahingestellt bleiben, da eine einfache Rücknahme der Ehescheidungsklage einen Vergleich auch dann nicht darstellt, wenn die Besl. dazu ihre nach § 271 ZPO. erforderliche Zustimmung erklärt. Wohl aber liegt ein Vergleich über die Kosten des Rechtsstreits vor, da ohne die von den Parteien getroffene Vereinbarung der Kostenaufhebung der Kl. nach § 271 Abs. 3 ZPO. verpflichtet gewesen wäre, die Kosten des Rechtsstreits zu tragen. Dieser Vergleich ist auch für den Kl., obwohl ihm das Armenrecht bewilligt worden war, von praktischer Bedeutung, da ohne ihn die Besl. und besonders auch ihr Prozeßbevollmächtigter befugt gewesen wären, nach Erwirkung eines Kostenurteils die vollen Rechtsanwaltsgebühren von ihm einzufordern.

Der Senat ist zwar in seinem Beschlusse v. 25. April 1936, 14 W 220/36, der Ansicht des RG. insoweit beigetreten, als es ausgesprochen hat, daß die Kostenlast, soweit sie notwendige Folge der abgegebenen prozessualen Erklärungen ist,

als Vergleichsgegenstand nicht in Frage kommt. Diese Voraussetzung liegt aber hier nicht vor, weil der Vergleich die Kostenlast gerade abweichend von den gesetzlichen Bestimmungen regelt. Wenn das RG. in der erwähnten Entsch. ausführt, daß auch in einem solchen Falle die Kostenregelung als Nebenfolge der Liquidierung des ganzen Rechtsstreits keine ausschlaggebende Bedeutung habe, jedenfalls nicht in der Richtung, daß damit ein „Vergleich“ geschaffen werde, der in der Hauptsache nicht vorliegt, so vermag sich der Senat dieser Ansicht nicht anzuschließen. Auch in anderen Rechtsstreitigkeiten sind auf die Kostenfrage beschränkte Vergleiche zulässig und keineswegs selten, besonders wenn die Hauptsache sich erledigt hat. Es ist daher nicht verständlich, warum in einer Ehesache, wenn sich der Scheidungsanspruch durch Ausöhnung der Parteien oder dadurch erledigt hat, daß der Kl. seinen Scheidungsanspruch nicht zur gerichtlichen Entsch. bringen will und deshalb die Klage zurückzieht, eine die Kostenlast von den gesetzlichen Bestimmungen abweichend regelnde Vereinbarung nicht auch im Sinne der Kostenbestimmungen einen Vergleich darstellen sollte (so auch Kiel: JW. 1934, 1194; Dresden, 7. ZivSen.: JW. 1931, 2046; Düsseldorf: JW. 1936, 1302).

Sonach steht den Prozeßbevollmächtigten der Parteien gem. § 13 Ziff. 3 RAGebD. für die Mitwirkung bei dem Vergleich auch die Vergleichsgebühr zu, und zwar berechnet nach dem Streitwert der Kosten.

Da im ersten Rechtszug Beweis erhoben worden war, sind bei einem Streitwerte der Ehesache von 2000 RM insgesamt sechs Anwaltsgebühren zu je 75 RM = 450 RM und drei Gerichtsgebühren zu je 50 RM = 150 RM, zusammen 600 RM, entstanden. Im Berufungsverfahren waren, da noch nicht verhandelt worden war, je eine Anwaltsgebühr von je 97,50 RM und eine Gerichtsgebühr von 75 RM, zusammen 270 RM, entstanden. Der Wert der Kosten beträgt daher 870 RM.

(OLG. Dresden, 14. ZivSen., Beschl. v. 22. Mai 1936, 14 W 278/36.)

*

29. § 13 Ziff. 3 RAGebD. Zur Frage des Vergleichs in Ehesachen. †)

Der Senat hat in seinen Beschlüssen v. 25. April 1936 (14 W 220/36) und v. 22. Mai 1936 (14 W 278/36 = JW. 1936, 2147²⁹) die Frage, ob in einer Ehesache ein Vergleich über den Hauptanspruch zulässig ist, dahingestellt gelassen. Die Ansicht, daß auch in einer Ehesache ein Vergleich in der Hauptsache geschlossen werden könne, wird, soweit der Vergleich die Aufrechterhaltung der Ehe bezweckt, von Köln: DRZ. 1931 Nr. 679; Köln: JW. 1931, 1391; DRZ. 1931 Nr. 582; Marienwerder: JW. 1932, 1587; Rassel: JW. 1932, 1162; Stettin: JW. 1932, 201 vertreten, von JW. 1931, 2046 sogar auch für den Fall, daß der Vergleich die Auflösung der Ehe zum Gegenstand hat, ebensowohl JW. 1931, 1146.

Demgegenüber hat der 7. ZivSen. des erf. OLG.: JW. 1931, 2046 die Zulässigkeit eines Vergleichs über Auflösung oder Fortbestand der Ehe verneint, weil die Ehe kein Rechtsverhältnis sei, über das die Parteien wirksam verfügen könnten, auch kein Anspruch des einen Ehegatten gegen den anderen auf Ehescheidung bestehe, sondern nur ein publizistischer Anspruch auf ein Scheidungsurteil gegen den Staat. Ebenso nimmt RG.: RWL. 31, 131 an, daß in Ehesachen keine Vergleichsgebühr erwachse, weil der Ehestreit der sachlich-rechtlichen Verfügung der Streitparteien entzogen sei und ein besonderer Begriff des Prozeßvergleichs nicht bestehe, vielmehr die Ausöhnung der Parteien ein tatsächlicher Vorgang sei und regelmäßig auf Verzeihung beruhe, die kein Rechtsgeschäft, sondern Äußerung einer Sinnesänderung sei und den Verlust des materiellen Scheidungsanspruchs zur Folge habe. Die in einem „Vergleich“ zusammengefaßten Erklärungen der Prozeßparteien in einer Ehesache seien daher kein Vergleich i. S. des materiellen Rechts, sondern selbständige, einseitige, reine Prozeßhandlungen, die den Rechtsstreit beenden sollten. Im Ergebnis ebenso Düsseldorf: DRZ. 1931 Nr. 681; Kiel: JW. 1934, 1194.

Der Senat schließt sich dieser letzten Ansicht an, da auch nach seiner Überzeugung ein Vergleich, der stets ein gewisses Abhandeln voraussetzt, mit dem Wesen und der Heiligkeit der Ehe nicht vereinbar ist. Daß in einem Falle, in dem ein wechselseitiges Nachgeben bei vorhergegangenen Verhandlungen nicht vorliegt, sondern die Parteien sich ohne ein solches wirklich ausgeöhnt haben und durch Rücknahme von Klage und Widerklage daraus die prozeßrechtlichen Folgen ziehen, ein Vergleich nicht vorliegt, erkennen übrigens auch Rassel: JW. 1932, 1163 und 201 an, obwohl dort grundsätzlich die Zulässigkeit des Vergleichs zwecks Aufrechterhaltung der Ehe bejaht wird. Im vorl. Falle haben die Parteien nach der Anzeige des Bekl. v. 27. April 1936 sich nach dem Verhandlungstermine v. 23. April 1936 wieder versöhnt, wohnen wieder zusammen und haben wieder ehelichen Verkehr gehabt. Die in der als „Vergleich“ bezeichneten Erklärung vom 14. Mai 1936 ausgesprochene Rücknahme der Scheidungsklage seitens der Kl. und der Herstellungswiderklage durch den Bekl. ziehen also aus der vorhergegangenen Ausöhnung der Parteien lediglich die notwendigen prozeßrechtlichen Folgen. Die weiter abgegebene Erklärung, daß sie sich ausgeöhnt haben, stellt lediglich diese Tatsache fest. Ein Vergleich i. S. der Gebührenbestimmungen liegt also in der Hauptsache nicht vor.

Was die Frage anlangt, ob in einer Ehesache ein auf den Kostenpunkt beschränkter Vergleich zulässig ist, so hat allerdings der Senat in Abweichung von der Ansicht des RG. diese Möglichkeit in seinem Beschlusse v. 22. Mai 1936 (14 W 278/36) anerkannt. Er hat aber bereits in seinem früheren Beschlusse v. 25. April 1936 (14 W 220/36) ausgesprochen, daß insoweit, als die Kostenlast die notwendige Folge der abgegebenen prozeßsualen Erklärungen ist, auch diese als Vergleichsgegenstand nicht in Frage kommt. Das trifft aber im vorl. Falle zu, da die Aufhebung der Streitkosten beider Rechtszülge die Folge davon ist, daß die Kl. Scheidungsklage, der Bekl. Herstellungswiderklage erhoben hatten und beide Parteien ihre Klagen zurückgenommen haben. Daß gleichzeitig die Kostenaufhebung auch die in einem vorausgegangenen Verfügungsverfahren entstandenen Kosten umfaßt, ändert daran nichts, da die Kosten eines solchen Verfügungsverfahrens regelmäßig kein anderes Schicksal haben als des Hauptstreits. Da es in der Kostenfrage also an jedem Nachgeben und jeder Änderung der gesetzlichen Kostenlast fehlt, liegt auch im Kostenpunkte kein Vergleich vor (so auch Düsseldorf: DRZ. 1931 Nr. 681 und JW. 1936, 1301; Rassel: JW. 1932, 1163; Kiel: JW. 1934, 1194).

(OLG. Dresden, Beschl. v. 18. Juni 1936, 14 W 330/36.)

*

30. § 13 Ziff. 3 RAGebD. Ein Kostenvergleich im Eheprozeß liegt nicht vor, wenn die vereinbarte Regelung der Kostenverteilung mit der Entscheidung übereinstimmt, die bei unregelmäßiger Erledigung des Rechtsstreits über die Kosten ergangen sein würde. †)

Die Kosten des ersten Rechtszuges sind durch Urteil gegen einander aufgehoben worden. Die Kl. hat dagegen die Ber. der Bekl. die unselbständige Anschlußberufung eingelegt. Die Kl. hat ihr Rechtsmittel im Einverständnis mit dem Bekl. zurückgenommen, hierdurch ist die Anschlußberufung gem. § 522 Abs. 1 ZPO. unwirksam geworden. Beide Parteien haben die durch den Wegfall ihrer das gleiche Objekt betreffenden Rechtsmittel entstandenen Kosten zu tragen. Bei der Kl. beruht diese Verpflichtung unmittelbar auf § 515 Abs. 3 ZPO., beim Bekl. entspricht die gleiche Regelung der Impr. des Senats, die mit der von den OLG. überwiegend vertretenen Meinung (OLG. Hamm: JW. 1930, 2070; OLG. Hamburg: Höchstr. Impr. 1931, 700; OLG. Kiel: JW. 1931, 2586; OLG. Düsseldorf, 2. ZivSen.: JW. 1933, 2161; OLG. Karlsruhe: JW. 1935, 3579) übereinstimmt.

(OLG. Düsseldorf, Beschl. v. 17. April 1936, 1 W 103/36.)

*

31. § 13 Abs. 1 Nr. 3 RUGebD.; §§ 606 ff. ZPO. Für die Mitwirkung bei der Ausföhnung der Parteien im Scheidungsprozeß erhält der Rechtsanwalt jedenfalls dann die Vergleichsgebühr, wenn es sich um die Verzeihung beiderseitiger Scheidungsgründe handelt.†)

Bereits in dem Beschlusse des früheren 3. ZivSen. vom 21. Juni 1935 (3 W 93/35; HöchstRspr. 1936 Nr. 367) ist ausgesprochen worden, daß zur Eignung als Vollstreckungstitel der Prozeßvergleich den Erfordernissen des § 779 BGB. nicht zu genügen und daher ein gegenseitiges Nachgeben in der Hauptsache oder im Kostenpunkte nicht zu enthalten brauche, daß dies dagegen zur Begründung der anwaltlichen Vergleichsgebühr der Fall sein müsse. Der Senat schließt sich dieser Auffassung an. Bei der Entsch. dieser Frage kann es nicht auf die rechtstechnische Auslegung von Begriffen ankommen, sondern es ist auf die rechtspolitischen Gründe zurückzugreifen. Von dieser Einstellung aus ergeben sich folgende Gründe für die verschiedene Behandlung des gerichtlichen Vergleichs: Für die Eigenschaft als Vollstreckungstitel ist es entscheidend, daß die Partei in einer der Verurteilung entsprechenden und das Prozeßverhältnis beendenden Weise sich zu Leistungen verpflichtet. Unter ganz anderen Gesichtspunkten steht der Prozeßvergleich im Gebührenrecht, dem die Aufgabe zufällt, die Tätigkeit der Rechtsanwälte zu entlohnen. In ihm verfolgt die Vergleichsgebühr den Zweck, im Falle eines erfolgreichen Vergleichsabschlusses die Ent- und Belohnung dafür darzustellen, daß die Sache nicht auf Grund des vorgetragenen Sachverhalts (gegebenenfalls nach Beweiserhebung) entschieden, sondern durch die Mit- und darin liegende Mehrarbeit des Rechtsanwalts durch einen gütlichen Ausgleich beendet worden ist. Von einem solchen gütlichen rechtspolitischen Gründe dafür zu ersehen, daß der Rechtsanwalt eine über die für die Beratung der Partei entfallende Prozeßgebühr hinausgehende Entlohnung erhalten soll, wenn sich die eine Partei mangels eines jeden sachlichen Entgegenkommens des Gegners als völlig unterlegen bekennen muß und das Ergebnis genau das gleiche wie bei der für sie ungünstigen Entsch. ist.

Aus diesen Erwägungen vermag sich der Senat auch nicht der Ansicht des LG. anzuschließen, das auch für Ehefachen (in Übereinstimmung mit dem OLG. Naumburg: JW. 1935, 2519⁷⁰ = HöchstRspr. 1935 Nr. 1257; JW. 1936, 1023⁶⁴) lediglich aus dem Umstande, daß eine Prozeßbeendigung herbeiführende Erklärung zu Protokoll des Gerichts abgegeben wird, die Berechtigung einer Vergleichsgebühr herleitet. Auf der anderen Seite hält der Senat die vielfach in der Rechtsprechung (so auch vom 2. ZivSen. des OLG. in 2 W 54/34 = JW. 1934, 1255⁸ und vom RG. in 20 Wa 230/31 = BärBl. 1931, 279 = Gaedekle, KostenRspr. Nr. 106) vertretene Anschauung, daß die Ausföhnung der Parteien im Ehestreit aus weltanschaulichen und rechtlichen Gründen nicht als Vergleich i. S. von § 779 BGB. angesehen werden könne und keinesfalls die anwaltliche Vergleichsgebühr zu erzeugen vermöge, nicht für richtig. Diese Auffassung wird der Aufgabe des Gebührenrechts, die Tätigkeit der Rechtsanwälte zu entlohnen, nicht gerecht. Wenn der Prozeßbevollmächtigte für seine in Wahrnehmung der Parteinteressen auf die Erzielung der Scheidung gerichtete Tätigkeit in gleicher Weise wie in anderen Prozessen entlohnt wird, so ist nicht einzusehen, weshalb dies nicht ebenso der Fall sein sollte, wenn er an einer Beendigung des Prozesses durch Aufrechterhaltung der Ehe in einer Weise und durch Aufwendung von Mehrarbeit beteiligt ist, die in anderen Rechtsstreiten die Vergleichsgebühr begründen würde, und weshalb gerade diese im Allgemeininteresse anzustrebende und wertvolle Mitarbeit an der Aufrechterhaltung der Ehe gerade nicht sollte entlohnt werden können.

Gegen die Zubilligung einer Vergleichsgebühr kann nicht entscheidend ins Gewicht fallen, daß es sich bei der Ausföhnung der Parteien im Ehestreit nicht um den Abschluß eines

Rechtsgeschäfts im echten Sinne handelt. Soweit sich im Ehestreit aus diesem Umstande Besonderheiten ergeben, ist es nicht richtig, daraus die Folgerung zu ziehen, der dem Gebührenrecht zukommenden Aufgabe zur Entlohnung der Tätigkeit der Rechtsanwälte könne nicht entprochen und eine sonst zu entlohnende Tätigkeit nicht entlohnt werden, vielmehr ist umgekehrt zu prüfen, worin die entsprechende Übertragung zu bestehen hat, um der Aufgabe des Gebührenrechts gerecht werden zu können. Denn die Auslegung der Gesetze hat nicht nach logisch formalen Gesichtspunkten, sondern nach dem ihnen innewohnenden Zwecke zu erfolgen. Mag auch im Scheidungsprozeß eine Parteiverfügung grundsätzlich abgeschlossen sein, so ist doch die Lage insofern völlig gleich mit dem übrigen Rechte, als zur Aufrechterhaltung der Ehe der Ehegatte den durch einen Scheidungsgrund entstandenen Anspruch auf Auflösung der Ehe genau so aufzugeben vermag, wie ein Verzicht auf Ansprüche und Rechte allgemeiner Art möglich ist. Daß zur Wirksamkeit bereits die Bekundung eines dahingehenden Entschlusses genügt, während der rechtsgeschäftliche Verzicht der Annahme bedarf, berührt nicht das Wesen des Vergleichs und erklärt sich bei Rechtsgeschäften lediglich daraus, daß sich niemand einen Verzicht auf ihm gegenüber entstandene Rechte und Ansprüche gefallen zu lassen braucht, während der schuldige Ehegatte keinen Anspruch darauf hat, daß aus einem Scheidungsgrunde die Folgerungen gezogen werden, und daher durch Versagung der Annahme auch die Wirkung der Verzeihung nicht verhindern kann. Die Folge dieser Besonderheit ist allerdings, daß in einem Falle, wo eine Partei einseitig und außerhalb von Versöhnungsverhandlungen den Entschluß einer Verzeihung kundgetan hat, auch die ohne Urteil erfolgende Beendigung des Scheidungsprozesses nicht als Vergleich gewertet werden kann, weil dann dadurch ohne irgendein gegenseitiges Entgegenkommen lediglich die Folgerung aus der bereits durch die Verzeihung geschaffenen Rechtslage in gleicher Weise wie durch Urteilspruch gezogen wird. Wenn dagegen unter Parteien, die beiderseits Scheidungsgründe zu haben behaupten und von denen entweder Klage und Widerklage erhoben oder zumindest Mitschuldigerklärung beantragt ist, die Ausföhnung so erfolgt, daß die Verzeihung des einen Teiles von der des anderen abhängig ist, so vermag der Senat nichts zu ersehen, was an dem Wesen des Vergleichs, nämlich dem gegenseitigen Nachgeben, fehlen sollte. Denn daß bei echten rechtsgeschäftlichen Erklärungen für die Wirksamkeit eine Annahme der Erklärung notwendig ist, vermag gerade bei dem Vergleiche, bei dem das Wirksamwerden der gewollten beiderseitigen Rechtswirkungen ohnehin in einem der Annahme entsprechenden Bedingungsverhältnis steht, nicht von Bedeutung zu sein. Solange die Parteien, was nirgendwo bezweifelt wird, in Wirklichkeit die Macht haben, sich in dieser gegenseitigen Abhängigkeit auszu-söhnen, kann auch nicht davon gesprochen werden, daß weltanschauliche Gründe der Annahme eines Vergleichs entgegenständen; keinesfalls sind es solche, die in der geltenden Rechtsordnung Anerkennung gefunden hätten.

Haben nun Rechtsanwälte an einer dergestalteten Ausföhnung durch ihre Tätigkeit mitgewirkt, so vermag der Senat keine hinreichenden Gründe zu erkennen, weshalb eine dadurch entstandene Mehrarbeit nicht sollte entlohnt werden können. Zu fordern ist allerdings, daß die Mitwirkung bei dem Zustandekommen der Ausföhnung erfolgt ist; nicht dagegen kann es für das Entstehen der Vergleichsgebühr genügen, wenn bei einer unter den Parteien allein vollzogenen Ausföhnung die Tätigkeit des Rechtsanwalts sich auf die Erklärung dieses Ergebnisses und der daraus sich ergebenden prozeßrechtlichen Folgerungen zu Protokoll des Gerichts beschränkt. Daß eine solche beschränkte Tätigkeit bei echten rechtsgeschäftlichen Vergleichen die Vergleichsgebühr zu rechtfertigen vermögen soll, wird damit begründet, daß nach § 154 Abs. 2 BGB., wenn eine Beurkundung des beabsichtigten Vertrages verabredet ist, der Vertrag im Zweifel erst mit dieser Beurkundung als geschlossen gilt und daher auch

die Mitwirkung bei der Erklärung zu Protokoll des Gerichts auch noch eine solche am Vergleichsschluß sein könne. Dies scheidet bei der Versöhnung im Ehestreit aus, weil sie kein echtes Rechtsgeschäft ist und sofort und unabhängig von der Erklärung zu Protokoll des Gerichts wirksam wird.

(OLG. Kassel, Beschl. v. 9. Mai 1936, 1 W 78/36.)

Bemerkung zu Nr. 28—31: Vgl. den Aufsatz des *RA*. Dr. Bach „Ehescheidung und Vergleich“ in diesem Heft S. 2113.

*

32. §§ 13, 14 *RAGebD.*; § 1 *ArmAnwG.* Ist der *ArmAnw.* aus Anlaß von Vergleichsverhandlungen über ein erhöhtes Objekt für die Vergleichsverhandlungen beigeordnet, so steht ihm die *Prozeßgebühr* gegenüber der *Staatskasse* bei Nichtzustandekommen des Vergleichs auch nicht nach dem niedrigeren, den eigentlichen Streitgegenstand bildenden Objekt zu, wenn er nicht vorher schon für diesen Streitgegenstand *ArmAnw.* gewesen ist. †)

Der *KL.* hat vor dem *OG.* in *A.* gegen die *Bekl.* 150 *RM* eingeklagt als Teil eines höheren Anspruchs, den er auf ungerechtfertigte Bereicherung und Schadenersatzpflicht aus unerlaubter Handlung gestützt hat. Er behauptet, die *Bekl.*, die den Grundbesitz des *KL.* von dessen Bevollmächtigten *K.* gekauft haben, hätten im Zusammenwirken mit diesem durch Vereinbarung eines zu niedrigen Kaufpreises den *KL.* bewußt und gewollt in sittenwidriger Weise geschädigt. Das *OG.* hat die Klage abgewiesen und das *OG.* *B.* hat die Berufung des *KL.* gegen das Urteil erster Instanz durch Urteil v. 28. Nov. 1935 zurückgewiesen. Der *KL.* ließ sich im zweiten Rechtszuge durch die *RA. V., Z.* und den *Beschw.* in *B.* als *Wahlanwälte* vertreten. Im Laufe des zweiten Rechtszuges haben Vergleichsverhandlungen stattgefunden, deren Ergebnis die *Niederschrift* v. 24. Okt. 1935 enthält. Danach haben sich die *Bekl.* zur Rückkaufung der Grundstücke gegen Zahlung von 13 200 *RM* verpflichtet, während der *KL.* erklärt hat, sich bis zum 24. Nov. 1935 entscheiden zu wollen, ob er die Verpflichtung der *Bekl.* annehmen wolle. Am 23./25. Nov. 1935 hat er angezeigt, er könne eine Verpflichtungserklärung nicht abgeben, so daß der Vergleich hinfällig sei. Durch *Beschl.* v. 13. Nov. 1935 hat das *OG.* dem *KL.* auf seinen Antrag für die Vergleichsverhandlungen das *Armenrecht* bewilligt und ihm den *Beschw.* als *ArmAnw.* beigeordnet. Durch *Beschl.* v. 9. Dez. 1935 hat es den Streitwert für die Vergleichsverhandlung auf 16 000 *RM* festgesetzt. Der *Beschw.* hat der *Reichskasse* gegenüber eine volle *Prozeßgebühr* und eine volle *Beweisgebühr* nebst Auslagen und *Umsatzsteuer* geltend gemacht. Der *Urundsbeamte* der *Geschäftsstelle* hat durch *Beschl.* v. 12. Dez. 1935 dem *ArmAnw.* nur eine halbe *Prozeßgebühr* (§ 14 *RAGebD.*) zugebilligt und die *Vergleichsgebühr* ganz gestrichen. Gegen diesen *Beschluß* hat sowohl der *ArmAnw.* als auch für die *Reichskasse* der *Bezirksrevisor* beim *OG.* in *B.* Erinnerung eingelegt, ersterer, damit seinem *Erstattungsantrage* voll entsprochen werde, letzterer, damit auch die halbe *Prozeßgebühr* abgesetzt werde.

Das *OG.* hat durch den angefochtenen *Beschluß*, unter *Aufhebung* des *Beschlusses* des *Urundsbeamten*, festgestellt, daß dem *ArmAnw.* auf Grund des *Beschlusses* v. 13. Nov. 1935 ein *Erstattungsanspruch* gegen die *Reichskasse* nicht zusteht. Hiergegen wendet sich die — zulässige — *Beschwerde* des *ArmAnw.* Sie enthält keinen Antrag, es ist daher anzunehmen, daß sie sich gegen die *Aberkennung* beider *Gebühren* richtet.

Sie ist nicht begründet, soweit der *Beschw.* eine *Vergleichsgebühr* beansprucht, weil kein Vergleich geschlossen worden ist. Allerdings heißt es in der *Niederschrift* v. 24. Okt. 1935: „Die Parteien schließen folgenden Vergleich.“ Der *Inhalt* dieses „Vergleiches“ zeigt aber, daß es sich lediglich um ein *Vergleichsangebot* der *Bekl.* handelt, das der *KL.* nicht, auch nicht unter einer *Bedingung*, angenommen hat, dessen *Annahme* er sich vielmehr *behalten* vorbehalten hat.

Die *Vergleichsgebühr* gilt die *Tätigkeit* des *Anwalts* bei *Vergleichsschluß* ab. Nur für diese war der *Beschw.* zum *ArmAnw.* bestellt. Wäre der Vergleich zustande gekommen, würde er nur Anspruch auf *Erstattung* der *Vergleichsgebühr* gehabt haben. Nicht aber daneben auch auf *Erstattung* der *Prozeßgebühr*, weil diese ein *Entgelt* für jede *Tätigkeit* des *Anwalts* ist, für die keine andere *Gebühr* vorgesehen ist (*Baumbach*, *Note 3* zu § 13 *RAGebD.*). Daran ändert auch der *Umstand* nichts, daß hier der Vergleich nicht zustande gekommen ist. *Billigkeitserwägungen* haben in diesem *Zusammenhange* keinen Raum. Weil aber die *Prozeßgebühr* der *Reichskasse* gegenüber — Ansprüche gegenüber der *Partei* bleiben unberührt — überhaupt nicht erwachsen ist, muß auch der *Gedanke* ausscheiden, daß sie nach dem *Streitgegenstand* von 150 *RM* voll und wegen des höheren *Vergleichsgegenstandes* nach § 14 *RAGebD.* zur *Erstattungsfähigkeit* sei. Der *Beschwerde* war daher der *Erfolg* zu verlagern.

(OLG. Raumburg a. d. S., 6. (Kosten-) *ZwSen.*, *Beschl.* v. 13. März 1936, 6 W 47/36.)

*

33. §§ 13, 14 *RAGebD.*; § 1 *ArmAnwG.* Übersteigt der *Gegenstand* eines Vergleichs den *eigentlichen Streitgegenstand*, so steht dem *ArmAnw.* nach dem erhöhten *Gegenstand* grundsätzlich nur die *Vergleichsgebühr*, nicht aber die *Prozeßgebühr* zu. *Zubilligung* einer *Prozeßgebühr* vom erhöhten Objekt ist jedoch dann geboten, wenn der erhöhte *Streitgegenstand* auch *rechtshängig*, aber noch nicht in den *zweiten Rechtszug* gelangt ist und der *Anwalt* der *VerBekl.* so *gezwungen* ist, wegen der *Gefahr* der *Berufungserweiterung* von Anfang an seinen *Geschäftsbetrieb* und *seine Verantwortung* auf diesen erhöhten *Gegenstand* abzustellen. Das dem *VerBekl.* bewilligte *Armenrecht* umfaßt insoweit den erhöhten *Streitgegenstand*. †)

Durch *Urteil* des *OG.* Halle a. d. S. v. 5. Okt. 1934 war erkannt worden:

1. Die *Bekl.* wird *verurteilt*; a) an die *KL.* 996,38 *RM* nebst 4% *Zinsen* seit dem 1. Okt. 1933 zu zahlen; b) den *Hypothekenbrief* der im *Grundbuch* von *A.* Blatt 119 und Blatt 133 in *Abteilung III* unter *Nr. 12* bzw. *Nr. 2* verzeichneten *Hypothek* über 3000 *RM* herauszugeben.

2. *usw.*

3. Das *Urteil* wird gegen *Sicherheitsleistung* in Höhe von 3200 *RM* für *vorläufig vollstreckbar* erklärt.

Gegen dieses *Urteil* hatte die *Bekl.* *rechtzeitig* *Berufung* eingelegt, und zwar insoweit, als sie *verurteilt* war, an die *KL.* 996,38 *RM* nebst *Zinsen* zu zahlen. In der *Berufungsgründung* war die *Erweiterung* der *Berufung* auf die *Berurteilung* zur *Herausgabe* des *Hypothekenbriefes* vorbehalten.

Durch *Beschluß* v. 16. Jan. 1935 ist der *KL.* der *Erinnerungsführer* als *ArmAnw.* beigeordnet worden. Auf seinen Antrag ist im *Termin* v. 23. Jan. 1935 das *Urteil* des *OG.* zu *Ziff. 1b* in *Abänderung* von *Ziff. 3* ohne *Sicherheitsleistung* für *vorläufig vollstreckbar* erklärt worden. Im *Berufungslauf* des *zweiten Rechtszuges* hat die *Bekl.* auch *weiterhin* geltend gemacht, daß ihr auf alle Fälle an dem *Hypothekenbrief* gegenüber etwaigen *Ansprüchen* der *KL.* ein *Zurückbehaltungsrecht* zustehe. Im *Termin* v. 29. April 1935 haben sich die *Parteien*, nachdem der *Erinnerungsführer* der *KL.* auch insoweit als *ArmAnw.* beigeordnet worden war, über alle *wechselseitigen Ansprüche* auf *Zahlung* einer bestimmten *Summe* unter *gleichzeitiger Herausgabe* des *Hypothekenbriefes* verglichen. Der *Streitwert* für den Vergleich ist auf 3000 *RM* festgesetzt worden. Durch die *Kostenfestsetzungsbeschlüsse* des *Urundsbeamten* der *Geschäftsstelle* v. 13. Mai 1935 und v. 5. Juli 1935 sind zugunsten des *Erinnerungsführers* 160,17 *RM* als *Armenanwaltsgebühren* festgesetzt worden. Später sind die ihm zu *erstattenden Gebühren* wie folgt festgesetzt worden:

1. *Prozeßgebühr* nach einem *Werte* von 996,38 *RM*

= 29,25 RM; 2. $\frac{3}{10}$ -Prozeßgebühr nach einem Werte von 3000 RM = 17,50 RM (nach § 23 Abs. 16 RWGebD.); 3. Verhandlungsgebühr — streitig — nach einem Werte von 996,38 RM = 29,25 RM; 4. $\frac{3}{10}$ -Verhandlungsgebühr nach einem Werte von 3000 RM = 8,80 RM (nach § 23 Abs. 16 RWGebD.); 5. Vergleichsgebühr nach einem Werte von 3000 RM = 58,50 RM; 6. Auslagen 1,98 RM; 7. Umsatzsteuer 2,90 RM; zusammen 148,23 RM.

Gleichzeitig ist die Rückzahlung des nach Ansicht des Urteilsbeamten zuviel ausgezahlten Betrages von 11,94 RM angeordnet worden.

Gegen diesen Beschluß richtet sich die Erinnerung, mit der bemängelt wird, daß dem Erinnerungsführer die Prozeßgebühr nicht nach dem erhöhten Vergleichsstreitwert, sondern nur nach einem Wert von 996,38 RM bewilligt worden ist. Die Erinnerung ist begründet.

Grundsätzlich ist allerdings daran festzuhalten, daß die Vergleichsgebühr jede Tätigkeit des Kl. abgilt, die aus Anlaß eines Vergleichschlusses aufgewendet wird. Werden also in einen Vergleich weitere Streitpunkte hineingezogen, die über den Streitwert des Prozesses hinausgehen, so erhöht sich grundsätzlich die Prozeßgebühr — als Entschädigung für den gesamten Geschäftsbetrieb — deshalb nicht, weil die aus Anlaß des erhöhten Vergleichsstreitwertes entfaltete Tätigkeit eben durch die Vergleichsgebühr abgegolten wird. Das gilt jedenfalls grundsätzlich im Verhältnis zur Staatskasse. Ob im Verhältnis zum unterlegenen Teil anders zu entscheiden ist (vgl. OLG. Stuttgart: JW. 1932, 2908⁴¹; 1930, 663²⁹; OLG. Jagen: JW. 1935, 1052⁴; RG.: Büroblatt 1932, 76), braucht hier nicht erörtert zu werden.

Hier handelt es sich aber um einen Ausnahmefall, der eine andere Beurteilung rechtfertigt. Allerdings befaßte sich der Berufungsantrag der Bekl. zunächst nur mit ihrer Beurteilung zur Zahlung von 996,38 RM. Schon in der Berufungsbegründung war aber die Erweiterung der Berufung auch wegen der Beurteilung zur Herausgabe des Hypothekenbriefes vorbehalten, und es war auch im zweiten Rechtszuge, wie schon im ersten, gegenüber dem Zahlungsanspruch auch ein Zurückbehaltungsrecht an dem Hypothekenbrief geltend gemacht worden. Sowohl der Zahlungsanspruch der Kl. wie ihr Anspruch auf Herausgabe des Hypothekenbriefes waren noch rechtshängig. Daran hat auch der Beschl. aus § 534 ZPO., durch den das Urteil des LG., soweit es den Hypothekenbrief betraf, ohne Sicherheitsleistung für vorläufig vollstreckbar erklärt wurde, nichts geändert. Die Kl. und ihr ArmAnw. mußten sich also von vornherein auf den gesamten Streitstoff und die dadurch bedingte erhöhte Verantwortung einstellen. Der Geschäftsbetrieb des Erinnerungsführers, für den er durch die Prozeßgebühr entschädigt wird, umfaßte also von vornherein den gesamten Streitgegenstand. Sicherlich gegenüber seiner eigenen Partei und damit auch gegenüber dem unterlegenen Gegner würde ihm daher auch die Prozeßgebühr nach dem erhöhten Vergleichsstreitwert zustehen. Das muß aber in diesem besonderen Ausnahmefall auch gegenüber der Staatskasse der Fall sein. Das der Kl. als BerBekl. bewilligte Armenrecht bezog sich, wie der Senat schon in seiner Entsch. v. 29. Aug. 1935, 6 U 48/35 (JW. 1935, 3320) für einen ähnlich liegenden Fall entschieden hat, auf die gesamte Rechtsverteidigung gegenüber den Ansprüchen der angreifenden BerKl. jedenfalls von dem Augenblick an, in dem diese den noch nicht in die Berufung gelangten, aber noch rechtshängigen Teil der Ansprüche der Kl., sei es auch nur zum Zwecke von Vergleichsverhandlungen, in die Verhandlungen des zweiten Rechtszuges hineinbrachte und bei der Abwägung der beiderseitigen Ansprüche zur Erörterung stellte. Damit wurde der gesamte Streitstoff des ersten Rechtszuges Gegenstand des Geschäftsbetriebes des Erinnerungsführers, der nunmehr im Hinblick auf diesen erhöhten Streitgegenstand seine Partei zu beraten hatte. Damit ist grundsätzlich auch die Prozeßgebühr nach dem vollen Streitwert entstanden; jedoch konnte sie in Anwendung des dem § 14 RWGebD. zugrunde liegenden Gedankens nur in Höhe von $\frac{5}{10}$ als berechtigt anerkannt werden. Denn nach außen hin ist dieser erhöhte Umfang des Streitgegenstandes nur in

der Tätigkeit bei den Vergleichsverhandlungen in Erscheinung getreten, die durch die erhöhte Vergleichsgebühr an sich abgegolten ist.

Unter Abänderung des angefochtenen Beschlusses war daher der Urteilsbeamte der Geschäftsstelle anzuweisen, in der Kostenrechnung des Erinnerungsführers eine $\frac{5}{10}$ -Prozeßgebühr nach dem erhöhten Vergleichsstreitwert zu seinen Gunsten in Ansatz zu bringen.

(OLG. Raumburg a. d. S., 6. (Kosten-) ZivSen., Beschl. v. 13. März 1936, 6 W 94/36.)

Anmerkung zu 32 u. 33: Die Frage der sog. erhöhten Vergleichsgebühr ist in erster Linie eine prozessuale und dann erst in Abhängigkeit hiervon, eine kostenrechtliche. Der KostSen. des OLG. Raumburg hat in seinem grundlegenden Beschluß JW. 1935, 3320 ausgesprochen, daß bei Einbeziehung noch nicht im Verfahren geltend gemachter Ansprüche in den Prozeßvergleich die Vergleichsgebühr dem am Vergleich beteiligten ArmAnw. nach dem höheren Streitwert des Gesamtvergleiches und nicht nur nach dem niedrigeren Streitwert des bisherigen Verfahrens zusteht — gerade auch dann, wenn die Beiordnung des ArmAnw. für die Einbeziehung weder vor noch nach Vergleichsabschluss ausdrücklich durch das Prozeßgericht erfolgt ist, die Beiordnung vielmehr auf konkludentem Verhalten des Prozeßgerichts beruht (s. a. Bach zu OLG. Raumburg a. a. O. und jetzt auch Gaedeker: JW. 1936, 1268). Die beiden oben abgedruckten Beschlüsse des OLG. Raumburg bilden zwei interessante Gegenstücke zu dieser Entscheidung.

Die erhöhte Vergleichsgebühr zieht eine Erhöhung der Prozeßgebühr nach dem Gesamtstreitwert nicht nach sich (so auch RG.: JW. 1934, 2633⁶). Denn die Prozeßgebühr bemißt sich nur nach dem, was prozessual anhängig ist, oder (§ 14 RWGebD.) wozu bereits Vertretungsauftrag vorliegt, wobei für den ArmAnw. noch die entsprechende Beiordnung hinzukommen muß. Diese Anhängigkeit (einschl. ihrer Abwandlung durch § 14 RWGebD.) ist für die Prozeßgebühr das maßgebende. Von hier aus erweisen sich beide Beschlüsse des OLG. Raumburg als zutreffend. In dem Fall des an erster Stelle abgedruckten Beschlusses war der ArmAnw. nur für die Vergleichsverhandlung beigeordnet. Weiter erstreckte sich die Beiordnung nicht, insbes. nicht auf Klagerhebung hinsichtlich des höheren Anspruches.

Auch in dem zu zweit abgedruckten Beschluß liegt nicht etwa eine Rückwirkung der erhöhten Vergleichsgebühr auf die Prozeßgebühr vor. Daß hier die Prozeßgebühr nach dem vollen Streitwert — aber als halbe unter zutreffender Heranziehung des § 14 RWGebD. (s. a. meine Anm. JW. 1935, 3060 eingangs zu OLG. Raumburg ebenda) — entstanden ist, gründet sich auf folgende prozessrechtlich erhebliche Umstände. Der andere, den Streitwert erhöhende Anspruch war vorliegendenfalls bereits und noch rechtshängig. Dies ist Folge davon, daß auch bei Teilanfechtung eines Urteils die Hemmungswirkung der eingelegten Berufung das ganze erstinstanzliche Urteil erfährt, solange noch — was hier zutraf — eine Partei auch den nichtangefochtenen Rest durch Erweiterung des Rechtsmittels oder Anschließung der Nachprüfung des höheren Gerichts unterwerfen kann (Baumbach, Grundz. vor § 511 Anm. 1). Dauerte die Rechtshängigkeit des zweiten Anspruchs also auch fort, so war doch die BerInst. mit ihm noch nicht befaßt, so daß eine nach außen hervortretende Prozeßhandlung des Anwalts mit Bezug auf diesen Anspruch weder vorlag noch ergehen konnte. Hinzu kommt schließlich, daß sich vernünftigerweise der Auftrag zur Vertretung des in erster Instanz siegreich gewesenen BerBekl. auf alles bezieht, ihm seinen erstinstanzlichen Sieg auch in der zweiten Instanz zu erhalten, und daß auch die Armenrechtsbewilligung für den BerBekl. sich fünggemäß (§ 119 Abs. 2 Satz 2 ZPO.) gegenüber dem jeweiligen Umfang des Berufungsangriffs erstreckt.

Im Verhältnis zum unterlegenen Gegner kann nicht abweichend entschieden werden. Denn auch dieses fußt, ebenso wie das Verhältnis des ArmAnw. zur Staatskasse betreffs der zu erstattenden Gebühren, darauf, was im Verhältnis

Anwalt zur Partei an Gebühren entstanden ist. Von den drei Entsch., die das OLG. Naumburg oben anführt und die das Verhältnis zum Gegner betreffen, sehen die beiden Entsch. des OLG. Stuttgart die Prozeßgebühr ebenfalls für den weiteren Anspruch als nur zur Hälfte erwachsen an. Das OLG. Hagen a. a. O. spricht zwar die volle Prozeßgebühr zu, übersieht aber dabei m. E., daß das Vorkommen der Prozeßgebühr von drei ineinandergreifenden Momenten abhängig ist, von dem prozessualen Anhängigmachen oder Abhängigsein eines Anspruchs, von dem sich hierauf beziehenden Vertretungsauftrag von Seiten der einen oder anderen Partei sowie schließlich einer nach außen hervortretenden Prozeßhandlung des Anwaltes. Das letztere Moment fehlte auch in seinem Falle.

RK. Dr. P. Bach, Freiburg i. Br.

*

34. §§ 13, 45 RA GebD.; § 1 ArmAnwG. Beauftragt der verhinderte ArmAnw. einen am Ort der Beweisaufnahme ansässigen Substituten mit der Wahrnehmung eines Beweisstermins, so ist er berechtigt, die hierdurch entstandenen, nach den Sätzen des ArmAnwG. berechneten Gebühren als eigene Auslagen in voller Höhe auch dann aus der Staatskasse erstattet zu verlangen, wenn seine Reisekosten zum Terminsort niedriger gewesen wären.†)

Der Erinnerungsführer war dem Kl. in dem oben bezeichneten Rechtsstreit als ArmAnw. beigeordnet. Am 30. Sept. 1935 hielt der Einzelrichter des Sen. einen umfangreichen Beweisstermin in K. ab, dessen Wahrnehmung durch Anwälte notwendig war. Eine Bitte des Erinnerungsführers, den Termin mit Rücksicht auf eine ihm am gleichen Tage obliegende Verteidigung in einer Dienststrafsache auf einen anderen Tag zu verlegen, mußte mit Rücksicht auf die Geschäftslage abgelehnt werden. Darauf beauftragte der Erinnerungsführer den Prozeßbevollmächtigten des Kl. im ersten Rechtszuge, RK. Dr. A. in K. mit der Wahrnehmung des Beweisstermins. Er fordert dafür aus der Staatskasse unter Zugrundelegung der Sätze des ArmAnwG. gem. §§ 13, 45, 52 RA GebD. die $\frac{6}{10}$ -Beweisgebühr + $\frac{5}{10}$ -Prozeßgebühr nebst Auslagen und Umsatzsteuer, zusammen insgesamt 61,95 RM. Der Urkundsbeamte hat diesen Betrag nur in Höhe der Reisekosten (Tagegeld 9, Abwesenheitsgeld 10, Fahrtkosten 5,40, zusammen 24,40 RM) — die entstanden wären, wenn der Erinnerungsführer den Termin selbst wahrgenommen hätte — zur Erstattung festgesetzt. Hiergegen richtet sich die zulässig und sachlich begründete Erinnerung.

Ist die Wahrnehmung eines auswärtigen Beweisstermins durch Anwälte geboten, was hier unzweifelhaft der Fall war, so bestehen für den als Armenanwalt bestellten Prozeßbevollmächtigten jetzt drei Wege, pflichtgemäß für die Vertretung der Partei im Termin zu sorgen: 1. Er kann selbst den Termin wahrnehmen. 2. Er kann beim ersuchten Gericht auf dem durch das Schreiben des JustMin. vom 26. Jan. 1935 (DZ. 1935, 202) eröffneten und gegen zahlreiche Bedenken in Wissenschaft und Rechtsprechung von maßgebender Stelle als rechtlich zulässig gewürdigten Weg die Beordnung eines besonderen ArmAnw. für den Termin beantragen. 3. Er kann schließlich seinerseits einen Unterbevollmächtigten für den Termin bestellen und dessen nach den Sätzen des ArmAnwG. zu berechnende Gebühren als eigene Auslagen in Rechnung stellen (so die überwiegende Mpr. der OLG. bei G e l i n s k y - M e y e r, 3. Aufl., S. 55). Stets hat der ArmAnw., wenn nicht gerade seine persönliche Anwesenheit im Termin ohne Rücksicht auf die Kosten notwendig ist, den für die Staatskasse billigsten Weg zu wählen, wie der Senat in mehreren anderen Entsch. ausgesprochen hat (6 W 18/36, 6 W 27/36). Das folgt aus dem vertragsähnlichen Verhältnis, in dem der ArmAnw. zur Staatskasse steht und das ihn verpflichtet, im Rahmen der durch die Wahrnehmung der Parteirechte gebotenen Grenzen auch die Interessen der Staatskasse tunlichst zu beachten. Ist der ArmAnw. an der Wahrnehmung des Termins nicht verhin-

dert und sind die Reisekosten niedriger als die im Fall 2 — Beordnung eines ArmAnw. durch das ersuchte Gericht — entstehenden Gebühren, so muß er den Beweisstermin selbst wahrnehmen und kann jedenfalls, auch wenn er die Wege zu 2 oder 3 wählt, der Staatskasse gegenüber nie mehr als die Reisekosten in Ansatz bringen. Sind die Reisekosten aber höher als die im Fall 2 entstehenden Gebühren, so muß der ArmAnw. — immer vorausgesetzt, daß seine persönliche Anwesenheit nicht erforderlich ist — die billigeren Wege zu 2 oder 3 wählen, um die Vertretung seiner Partei im Termin sicherzustellen. Ist der ArmAnw. an der Wahrnehmung des Termins, wie hier feststeht, durch andere Berufsgeheimnisse verhindert — an diesen Begriff dürfen nicht überspannte Anforderungen gestellt werden, insbes. auch nicht an die gelegentlich betonte Verpflichtung zur Herbeiführung von Terminsverlegungen, weil sonst die Gerichte von einer Flut von Vertagungsanträgen überschüttet und die sachgemäße Durchführung auswärtiger Beweisverfahren schlechthin gefährdet werden würde —, so bleiben ihm nur die Wege zu 2 und 3. Auch in diesem Fall der Behinderung des ArmAnw. hatte die Mpr., vor allen das OLG. (ZB. 1933, 1604⁵ ff.), die obere Grenze des dem ArmAnw. für die Bestellung des Unterbevollmächtigten zu erstattende Summe auf den — unter Umständen niedrigeren — Betrag der Reisekosten festgesetzt, die bei Wahrnehmung des Termins durch den ArmAnw. selbst entstanden wären. Die hierfür gegebene Begründung unterliegt Bedenken. Sie räumt zwar dem behinderten ArmAnw. die Befugnis ein, ja legt ihm die Pflicht auf zur Ergriffung sachdienlicher Ersatzmaßnahmen, beschränkt aber trotzdem die Erstattungspflicht des Staates aus der Eigenart der im ArmAnwG. getroffenen Regelung auf die Kosten, welche durch die zu ersetzende Reise entstanden wären. In einem Zeitpunkt, wo der Weg 2 — Beordnung eines besonderen ArmAnw. durch das ersuchte Gericht — noch nicht als gangbar erkannt war, bedeutete das praktisch eine ganz wesentliche Schlechterstellung der armen Partei gegenüber der nicht armen. Denn gegen die bloße Zusage des niedrigeren Reisekostenbetrages durfte — wegen der Standeswidrigkeit des Gebührenverzichts — kein RM. als Unterbevollmächtigter einen auswärtigen Beweisstermin für den ArmAnw. wahrnehmen, und so wäre die arme Partei, wenn nicht praktische Ausnahmen vorgekommen wären, tatsächlich vielfach in wichtigen Terminen unvertreten gewesen. Diese Schlechterstellung der armen Partei hat bei Schaffung des ArmAnwG. keinesfalls in der Absicht des Gesetzgebers gelegen. Lediglich dem Umstand, daß das ArmAnwG. die je dem Prozeßbevollmächtigten innewohnende Befugnis zur Bestellung von Unterbevollmächtigten nicht erwähnt und die durch eine solche pflichtmäßige Ersatzmaßnahme entstehenden Kosten nicht noch besonders neben notwendigen Reisekosten als erstattungsfähig hervorhebt, kann eine solche Absicht nicht gefolgert werden. Dann entfällt aber schon vom damaligen Rechtsstandpunkt aus die Berechtigung zur Beschränkung der Vertreterkosten auf den niedrigeren Betrag der Reisekosten. Völlig unberechtigt ist diese Beschränkung aber jetzt, wo durch das Schreiben des JustMin. v. 26. Jan. 1935 (DZ. 1935, 202) der Weg 2 als gangbar und zulässig klargestellt ist, der einen Anspruch des besonders für den Termin bestellten ArmAnw. auf die gesetzlichen, nach den Sätzen des ArmAnwG. berechneten Gebühren unmittelbar gegen die Staatskasse begründet. Diese Gebühren auf den Betrag der Reisekosten zu beschränken, fehlt jede gesetzliche Handhabe. Wo aber dieser Weg 2 dem an der Terminswahrnehmung verhinderten ArmAnw. offensteht, fehlt es auch an jeder inneren Berechtigung, die Gebühren eines von dem ArmAnw. unmittelbar bestellten Unterbevollmächtigten (Weg 3) in ihrer Erstattungsfähigkeit auf den niedrigeren Betrag der Reisekosten zu beschränken. In diesem Sinne hat auch bereits der 1. Sen. des hiesigen OLG. entschieden (1 U 19/35 v. 22. Mai 1935: ZB. 1935, 2916⁵¹). Der noch im Beschl. v. 18. Jan. 1936, 20 Wa 7/36 (ZB. 1936, 742²⁶) — allerdings nur beiläufig geäußerten — abweichenden Meinung des RG. kann nicht zugestimmt werden.

Diese für eine Beweisaufnahme vor dem ersuchten Gericht geltenden Grundsätze müssen auch hier zur Anwendung kommen, wo der Einzelrichter des Senats selbst am Orte des auswärtigen O.G. eine Beweisaufnahme durchgeführt hat. Allerdings entfiel hier der Weg 2, da einerseits das O.G. für die Beweisaufnahme vor dem Einzelrichter des O.G., umgekehrt aber auch das O.G. keinen der beim O.G. zugelassenen Anwälte für die Wahrnehmung eines Beweistermins vor dem O.G. beordnen konnte. Diese Besonderheit des Einzelfalles kann aber die Anwendung der oben dargelegten grundsätzlichen Erwägungen um so weniger ausschließen, als ja eine durch den Einzelrichter selbst durchgeführte auswärtige Beweisaufnahme einer besonders gründlichen Aufklärung des Sachverhalts genähert und dadurch die Parteien besser stellen soll. Bestellt der verhinderte ArmAnw. in einem solchen Falle von sich aus einen Unterbevollmächtigten, so müssen ihm dessen nach den Sätzen des ArmAnw.G. berechneten Gebühren als Auslagen ohne Beschränkung auf den Betrag der niedrigeren Reisekosten erst recht ebenso erstattet werden, wie sie bei einer Beweisaufnahme vor dem ersuchten Gericht zu erstatten wären.

Danach war der angefochtene Beschluß abzuändern, und der Urundsbeamte war anzuweisen, die durch die Wahrnehmung des Beweistermins am 30. Sept. 1935 für N. A. entstandenen Kosten als Auslagen des Erinnerungsführers gegen die Staatskasse zur Erstattung festzusetzen.

(O.G. Naumburg a. d. S., 6. (Kosten-) ZivSen., Beschl. v. 6. März 1936, 6 U 82/35.)

*

35. §§ 13, 45 RAGebD.; § 1 ArmAnwG. Der an der Wahrnehmung eines Beweistermins verhinderte N. A. hat unter vorsichtiger Abwägung aller Umstände des Einzelfalles den für die Staatskasse billigsten Ersatzweg zu wählen. Er verletzt diese Pflicht, wenn er einen nicht am Orte der Beweisaufnahme angehörigen Substituten bestellt und noch dazu für einen weiteren, am gleichen Ort stattfindenden Beweistermin einen andern Substituten mit der Wahrnehmung des zweiten Termins beauftragte. †)

Der Erinnerungsführer war der N. A. im zweiten Rechtszuge als ArmAnw. beigeordnet. Es handelte sich um eine Klage auf Herstellung von Abwehreinrichtungen gegenüber übermäßigen Geräuschen und Erschütterungen durch den Fabrikbetrieb der Bekl., die auf ihrem Grundstück in K. eine Schuhfabrik betreibt. Im zweiten Rechtszuge haben in K. zwei Termine zur „Augenscheinseinnahme und Beweisaufnahme“ stattgefunden, die der Senat selbst abgehalten hat. Im ersten Termin v. 15. Nov. 1934 war der Erinnerungsführer durch seine Frau, die Rechtsanwältin Dr. A. in Y. als Unterbevollmächtigte vertreten, weil am gleichen Tage der Erinnerungsführer selbst in einer größeren Sache Vergleichsverhandlungen vor dem Senat wahrzunehmen hatte. Im zweiten Termin v. 26. Nov. 1935 hatte der Erinnerungsführer den erstinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten der N. A., N. B. in X., Untervollmacht erteilt, weil er an diesem Tage vor zwei anderen ZivSen. je eine Sache zu vertreten hatte, die nach seiner Angabe von ihm persönlich wahrgenommen werden mußten. Für jeden der beiden Beweistermine hat der Erinnerungsführer unter Zugrundelegung der Sätze des ArmAnw.G. gem. §§ 13, 45, 52 RAGebD. die Beweisgebühr und $\frac{1}{2}$ -Prozeßgebühr nebst Umsatzsteuer in Anspruch gebracht, also für jeden Termin 49,78 RM, zusammen 99,56 RM. Der Urundsbeamte der Geschäftsstelle hat in dem angefochtenen Beschluß für jeden Termin nur 26,93 RM, d. h. die Fahrtkosten N.—X., ein Tagegeld und ein Abwesenheitsgeld, wie sie entstanden wären, wenn der Erinnerungsführer die Termine selbst wahrgenommen hätte, zugewilligt, also $2 \times 26,93 \text{ RM} = 53,86 \text{ RM}$, den weitergehenden Erstattungsanspruch dagegen abgelehnt.

Hiergegen richtet sich die Erinnerung. Sie ist zulässig, aber sachlich nicht begründet.

Wie der Senat in seinem grundlegenden, gegen denselben Erinnerungsführer ergangenen und hiermit in Bezug genommenen Beschluß v. 6. März 1936, 6 U 82/35, ausgeführt hat, sind die dem ArmAnw. zu erstattenden Kosten, wenn er selbst an der Wahrnehmung des auswärtigen Beweistermins verhindert ist, grundsätzlich nicht auf den Betrag der Reisekosten beschränkt, die entstanden wären, wenn der ArmAnw. den Termin selbst wahrgenommen hätte. Das hat, wie a. a. O. ausgeführt, auch dann zu gelten, wenn das Prozeßgericht selbst einen Beweistermin am Ort eines anderen Gerichts abhält und daher keine Möglichkeit besteht, bei Verhinderung des ArmAnw. durch das ersuchte Gericht für diesen Beweistermin einen besonderen ArmAnw. zu bestellen, oder durch das Prozeßgericht selbst aus dem beim Gericht der Beweisaufnahme zugelassenen Anwälten einen besonderen ArmAnw. beizuzugewinnen. Stets hat aber der ArmAnw., gerade wenn er verhindert ist, den hier billigsten Weg der Selbstwahrnehmung des Termins zu beschreiten, die unerlässliche Pflicht, den für die Staatskasse billigsten Ersatzweg zu wählen. Hiergegen hat der Erinnerungsführer verstoßen. Er hat in doppelter Richtung völlig ungewöhnliche Ersatzmaßnahmen ergriffen, indem er, statt von vornherein den Prozeßbevollmächtigten des ersten Rechtszuges als Unterbevollmächtigten zu bestellen, der am Ort der Beweisaufnahme wohnte, für den ersten Termin in X. seine beim O.G. in N. zugelassene Ehefrau als Unterbevollmächtigte bestellt und dann, als ein zweiter Termin notwendig wurde, nicht etwa dieselbe Unterbevollmächtigte, sondern den Prozeßbevollmächtigten des ersten Rechtszuges mit der Wahrnehmung dieses zweiten Termins beauftragt. Dadurch sind für die Staatskasse die doppelten Gebühren entstanden. Da es sich um einen Rechtsstreit über Immissionen handelte, der unter allen Umständen zu Augenscheinseinnahmen an Ort und Stelle führen mußte, wäre die einzig sachdienliche Maßnahme gewesen, von vornherein den in der Sache unterrichteten erstinstanzlichen Anwalt als Unterbevollmächtigten für den ersten Beweistermin zu bestellen. Das war um so mehr geboten, als nach Lage der Sache mit der Möglichkeit gerechnet werden mußte, daß weitere Beweisaufnahmen in X. notwendig würden, die gem. §§ 45, 48 RAGebD. ohne Rücksicht auf die Zahl der Termine durch die Beweisgebühr und $\frac{1}{10}$ -Prozeßgebühr abgegolten gewesen wären. Nachdem nun aber einmal ein zweiter Termin in X. notwendig wurde und der Erinnerungsführer wieder verhindert war, hätte er die Wahrnehmung dieses Termins wieder der Rechtsanwältin Dr. A. übertragen müssen, wodurch dann gem. §§ 45, 48 RAGebD. erhöhte Gebühren nicht erwachsen wären. Es geht unter keinen Umständen an, daß die vom Prozeßbevollmächtigten bei eigener Verhinderung ergriffenen Ersatzmaßnahmen dadurch zu einer doppelten Belastung der Staatskasse führen, daß für zwei Termine am gleichen Ort verschiedene Unterbevollmächtigte bestellt werden. Jrgendwelche Gründe für diese Maßnahme sind nicht dargelegt und auch schlechterdings nicht ersichtlich. Die durch den Erinnerungsführer hierfür aufgewendeten Beträge stellen keine Aufwendungen dar, die er den Umständen nach für erforderlich halten durfte (§ 670 BGB.). Mit Recht hat daher der Urundsbeamte der Geschäftsstelle schon aus diesem Grunde die erstattungsfähigen Kosten für die beiden Beweistermine auf den Betrag der Reisekosten beschränkt, die entstanden wären, wenn der Erinnerungsführer die beiden Termine selbst wahrgenommen hätte. Es brauchte daher nicht noch geprüft zu werden, ob denn der Erinnerungsführer tatsächlich an der Wahrnehmung der Termine verhindert gewesen ist. Wenn eine Beweisaufnahme so wichtig ist, daß der Senat selbst zur Beweisaufnahme nach auswärts fährt, so wird sich vielfach im Wege persönlicher Fühlungnahme mit dem Gericht ein Tag finden lassen, der allen Beteiligten paßt. Das gilt hier insbes. von dem Termin v. 26. Nov. 1935. Die Ladung hierzu ist am 8. Nov. 1935 mit dem ausdrücklichen Zusatz herausgegangen, daß die Parteien, falls Behinderungen zu befürchten seien, es mindestens eine Woche vor dem Termin anzugeben hätten. Es ist nicht ersichtlich, daß der Erinnerungsführer auch nur den geringsten Versuch gemacht hat, mit Rücksicht auf die ihm doch bekannten Termine vor den an-

deren Senaten an dem gleichen Tage beim erf. Sen. eine Verlegung des Termins zu erzielen. Gerade wo Gericht und Anwalt an einem Orte sitzen, kann das auch dann keine unüberwindlichen Schwierigkeiten machen, wenn, wie hier, auch auf seiten der Bekl. mit Rücksicht auf die Arbeitsweise in ihrem Fabrikbetriebe nur bestimmte Tage für eine sachdienliche Durchführung der Augenscheinseinnahme in Frage kamen.

(OLG. Naumburg a. d. S., 6. (Kosten-) ZivSen., Beschl. v. 13. März 1936, 6 W 23/36.)

*

36. §§ 13, 45 RAGebD.; § 1 ArmAnwG. Bei der Prüfung der Frage, ob der an der Wahrnehmung eines auswärtigen Beweisstermins verhinderte ArmAnw. die auch im Interesse der Staatskasse sachdienlichste Ersatzmaßnahme ergriffen hat, ist nicht rückwirkend vom Standpunkt des jetzt bekannten späteren Prozeßverlaufs, sondern von der Sachlage auszugehen, wie sie sich dem sorgfältigen ArmAnw. bei pflichtgemäßer Berücksichtigung aller Umstände in dem Augenblick darstellt, in dem er die Erfolgsmaßnahme ergreifen muß.†)

Der Erinnerungsführer war der Kl. in ihrem Ehestreit als ArmAnw. beigeordnet. Im Termin v. 7. Aug. 1935 vor dem AG. in X. als ersuchtem Gericht sollten über ehewidrige Beziehungen der Kl. zu anderen Männern zwei Zeugen vernommen werden. Der Erinnerungsführer war an diesem Tage durch Referendarprüfung verhindert und beauftragte daher den erstinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten der Kl., RA. A., mit der Wahrnehmung des Termins, indem er ihm als Vergütung die Zahlung der Reisekosten zusagte, die entstehen würden, wenn er selbst den Termin in X. wahrnähme. Im Termin v. 7. Aug. 1935 erschien nun der eine der beiden Zeugen nicht, ohne daß er sein Ausbleiben vorher entschuldigt hätte. In dem vom ersuchten Gericht daher angeetzten erneuten Beweisstermin v. 16. Aug. 1935 ließ sich der Erinnerungsführer, durch andere Verhandlungen vor dem OLG. verhindert, wieder durch RA. A. vertreten und sagte als Vergütung in derselben Weise wie beim ersten Termin die Reisekosten zu. Er verlangt 2 × 24,40 RM aus der Staatskasse erstattet. Dieser Betrag ist ihm auch durch den Kostenfestsetzungsbeschluß v. 5. Nov. 1935 zugebilligt und an ihn ausgezahlt worden.

Auf Beanstandung des Rechnungsamtes hat dann der Urkundsbeamte der Geschäftsstelle durch Beschl. v. 30. Dez. 1935 die Rückzahlung eines Betrages von 15,41 RM angeordnet, indem er ausführt, daß der Erinnerungsführer beim AG. in X. die Beordnung eines besonderen Anwalts für die Beweisaufnahme gemäß dem Schreiben des JustMin. vom 16. Jan. 1935: DZ. 1935, 202, hätte beantragen können und dadurch 15,41 RM geringere Kosten entstanden wären.

Gegen diesen Beschluß richtet sich die zulässige Erinnerung. Sie ist auch sachlich begründet.

Allerdings wären, wenn der Erinnerungsführer den vom Urkundsbeamten ausgeführten Weg beschritten und die Beordnung eines besonderen Anwalts für die Beweisaufnahme beantragt hätte, nur Kosten entstanden sein, die 15,41 RM niedriger gewesen wären als die doppelten Reisekosten des Erinnerungsführers nach X. Die Frage der Ersatzfähigkeit solcher Ersatzmaßnahmen des ArmAnw. bei eigener Behinderung darf aber nicht rückwirkend vom Standpunkt des jetzt bekannten späteren Prozeßverlaufs aus, sondern muß von der Sachlage aus beurteilt werden, wie sie sich dem sorgfältigen ArmAnw. bei pflichtmäßiger Prüfung aller Umstände darstellte, als er die Ersatzmaßnahme ergreifen mußte. Von diesem Standpunkt aus hat der Erinnerungsführer mit äußerster Vorsicht die sachdienliche Ersatzmaßnahme ergriffen. Daß die Partei bei der Beweisaufnahme durch einen Anwalt vertreten sein mußte, zieht auch die Staatskasse nicht in Zweifel. Da es sich nur um zwei Zeugen handelte, hat der Erinnerungsführer mit Recht damit rechnen

dürfen, daß die Beweisaufnahme in einem Termin erledigt sein würde. Zutreffend hat sich der Erinnerungsführer auch gesagt, daß er unter diesen Umständen vom ersuchten Gericht einen besonderen ArmAnw. für die Partei jedenfalls dann nicht würde beigeordnet erhalten, wenn er die Beordnung des Termins auf einen ihm passenden Tag beantragen und vielleicht erreichen konnte. Um diesen Schwierigkeiten aus dem Wege zu gehen, hat er mit dem von ihm bestellten Unterbevollmächtigten einfach vereinbart, daß dieser als Vergütung für seine Tätigkeit lediglich die Reisekosten erhalten sollte, die durch die eigene Reise des Prozeßbevollmächtigten entstanden wären. Er hat damit den für die Staatskasse denkbar billigsten Weg gewählt, wobei hier nicht untersucht zu werden brauchte, ob nicht auf seiten des Unterbevollmächtigten ein grundsätzlich unzulässiger Gebührenverzicht vorliegt. Nachdem nunmehr unvorhergesehen die Wahrnehmung eines zweiten Beweisstermins notwendig wurde, handelte der Erinnerungsführer erneut sachdienlich, auch im Interesse der Staatskasse, indem er, gleichgültig, ob er selbst verhindert war oder nicht, nunmehr erneut RA. A. unter den gleichen Bedingungen mit der Terminswahrnehmung beauftragte. Allenfalls hätte fraglich sein können, ob jetzt ein Antrag auf Beordnung des RA. A. durch das ersuchte Gericht zweckmäßig und für die Staatskasse billiger gewesen wäre. Wäre RA. A. von vornherein, vor dem ersten Termin für die Beweisaufnahme beigeordnet worden, so hätten sich seine nach §§ 13, 45, 52 RAGebD. i. Verb. m. den Armenanwaltsätzen berechneten Gebühren nach §§ 45, 48 RAGebD. durch die Wahrnehmung des zweiten Termins allerdings nicht erhöht. Eine etwaige Beordnung für den zweiten Termin hätte aber den Anspruch des Unterbevollmächtigten gegen den Erinnerungsführer aus der getroffenen Vereinbarung überhaupt nicht berührt, es sei denn etwa, daß die Beordnung für den zweiten Termin vom ersuchten Gericht mit rückwirkender Kraft auch für den ersten Termin ausgesetzt worden wäre. Ganz abgesehen von der Zweifelhaftheit der Zulässigkeit einer solchen Rückwirkungsanordnung zum Nachteil des Anwalts ließen sich auch im Falle einer solchen Anordnung stichhaltige Gründe dafür anführen, daß diese Anordnung den einmal entstandenen Anspruch des Unterbevollmächtigten auf die vereinbarte Vergütung für die Wahrnehmung des ersten Termins unberührt läßt. Jedenfalls war die Rechtslage so zweifelhaft und konnte in der zwischen den beiden Terminen liegenden Frist von nur zehn Tagen nicht so schnell und zweifellos geklärt werden, daß die Vertretung der Kl. in dem zweiten Termin mit Sicherheit gewährleistet war. Auch unter pflichtgemäßer Berücksichtigung der Interessen der Staatskasse hat daher der Erinnerungsführer die sachdienliche Ersatzmaßnahme ergriffen, als er RA. A. gegen das Verschweigen der eigenen Reisekosten auch mit der Wahrnehmung des zweiten Termins beauftragte. Die Erinnerung ist daher begründet.

(OLG. Naumburg a. d. S., 6. (Kosten-) ZivSen., Beschl. v. 13. März 1936, 6 W 93/36.)

Anmerkung zu 34—36: Die drei oben abgedruckten Beschlüsse des OLG. Naumburg behandeln die Frage, welche Kosten für die Wahrnehmung auswärtiger Beweisstermine aus der Reichskasse zu erstatten sind, wenn der ArmAnw. selbst an ihrer Wahrnehmung verhindert ist und daher einen Vertreter bestellen muß.

Die Frage, ob die Wahrnehmung des auswärtigen Termins durch einen Anwalt für die arme Partei erforderlich war, bejaht das OLG. Naumburg in allen drei Fällen. Diese Frage wird sonst noch häufig von den Gerichten allzu eng wegen der Kostenfolgen beurteilt. Dadurch wird die arme Partei beeinträchtigt. Armenrecht ist aber nicht minderes Recht. „Die Beweisaufnahme ist das unsicherste im Prozeß, der Natur der Beweismittel und der Handhabung nach... Engherzigkeit ist hier, wo es sich um wichtigste Parteirechte handelt, von übel“ (Baumbach, RAGebD. § 45 Anm. 5). Deshalb hat auch der KostSen. des OLG. Naumburg in seiner Entsch. v. 30. Jan. 1935, 6 W 9/35, zit. bei G e

linsky-Meier, 3. Aufl., S. 52 mit Recht ausgesprochen: „Auch die arme Partei hat grundsätzlich das Recht, in der Beweisaufnahme als dem unter Umständen wichtigsten Abschnitt des ganzen Rechtsstreits durch einen RA. vertreten zu sein, es sei denn, daß von vornherein klar auf der Hand liegt, daß die Beweisaufnahme ohne jede Schwierigkeit einen glatten Verlauf nehmen wird oder daß sie nach dem Ergebnis der bereits stattgefundenen Beweisverhandlungen ohne wesentliche Bedeutung für den Ausgang des Rechtsstreits sein wird.“

Die nächste Frage, die sich sodann in Armensachen gleich wie in Nichtarmensachen erhebt, ist die, wer die Beweisaufnahme wahrnimmt, der beigeordnete ArmAnw. selbst, ein von ihm bestellter Substitut oder ein durch das Gericht der Beweisaufnahme beigeordneter ArmAnw. Letztere Möglichkeit hat das Schreiben des RM. v. 26. Jan. 1935: DZ. 1935, 202; JW. 1935, 595 gesichert (dazu Rubisch: JW. 1935, 759; Gaedeker: JW. 1935, 1469 ff.). Sie wird jetzt auch durch die RM. d. Fass. v. 21. Febr. 1936 (RGBl. I, 107) § 39 Abs. 2 vorausgesetzt und damit bestätigt. Bei den beiden erstgenannten Möglichkeiten bleibt dagegen der Wiefspalt, daß der ArmAnw. in dem Zeitpunkt, in dem er handeln mußte, die Erforderlichkeit der Terminswahrnehmung bejahte und bejahen durfte (§ 670 BGB.), sie ihm aber hinterher bei der Kostenerstattung aus der Reichskasse verneint wird. Deshalb ist es zu begrüßen, daß das RG.: JW. 1935, 2512 es für prozessual zulässig wie geboten erklärt hat, daß das Prozeßgericht dazu Stellung nimmt, ob es die Wahrnehmung eines auswärtigen Termines für zweckentsprechend hält. Da das ArmAnwG. nicht auf das Verhältnis der armen Partei zum Gegner, sondern auf das des ArmAnw. zur Partei abstellt, ist es unerheblich, ob die entstehenden Kosten auch im Verhältnis zum Gegner gem. § 91 ZPO. zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig waren. Praktisch wird sich beides meist decken.

Bisher hatte die Rspr. zumeist die Kosten, die durch die Substitution eines am Ort der Beweisaufnahme ansässigen Anwalts durch den an der Terminswahrnehmung verhinderten Anwalt entstehen, nur bis zur Höhe der sonst entstehenden Reisekosten des ArmAnw. für erstattungsfähig erklärt, da sie sie lediglich als Ersatzkosten für die eigenen Reisekosten des ArmAnw. betrachtete. Daß jedenfalls heutigentags dieser Standpunkt, nachdem die Verordnung des auswärtigen Anwaltes durch das Gericht der Beweisaufnahme gesichert und gesetzlich bestätigt ist, rechtlich überholt und unzutreffend ist, weist der oben zuerst abgedruckte Beschluß überzeugend nach, gleichzeitig, daß damit auch jede innere Berechtigung dafür entfällt, die Gebühren eines von dem ArmAnw. unmittelbar beauftragten Unterbevollmächtigten in ihrer Erstattungsfähigkeit auf den etwa niedrigeren Betrag der sonst entstehenden Reisekosten zu beschränken (Das Risiko, das bei diesem Wege hinsichtlich seiner Erforderlichkeit bzw. deren nachträglicher Verteilung bei der Kostenerstattung für den Armenanwalt bestehen bleibt, läßt sich durch die bereits oben angeführte Anfrage beim Prozeßgericht beseitigen). Die maßgeblichen Gesichtspunkte für die Frage, wer den Termin wahrnimmt, sind also Bedeutung der Sache, Geschäftslage des ArmAnw. und Vergleichung der bei den verschiedenen Wegen entstehenden Kosten.

Zur Wahrnehmung des auswärtigen Termines ist an sich der Prozeßbevollmächtigte der zunächst Berufene. Ob er oder ein zu bestellender bzw. beizuordnender Unterbevollmächtigter den Termin wahrnimmt, hängt daher zunächst davon ab, ob der Prozeßbevollmächtigte mit Rücksicht auf seine sonstige Beanspruchung den Termin wahrnehmen kann (vgl. über die Behinderung großstädtischer Anwälte RG.: JW. 1930, 194; 1932, 1162 und allgemein der obige Beschluß des OLG. Naumburg) — es sei denn, daß es sich um eine so verwickelte oder sonst besonders gelagerte Sache handelt, daß nur der Prozeßbevollmächtigte den auswärtigen Termin wirklich sachgemäß wahrnehmen kann. Sodann hat der ArmAnw. als Folge seiner allgemeinen Rechtsstellung als ArmAnw. der Kostenvergleichung seine besondere Aufmerksamkeit zu widmen. Die einzelnen Ausführungen des OLG. Naumburg, die es zu den drei Wegen und den drei maßgeblichen Punkten macht,

sind so klar, abgewogen und lebensnah, daß ihnen nichts hinzugefügt zu werden braucht.

Der Fall des zweiten Beschlusses erhält dadurch sein besonderes Gepräge, daß nach Lage der Sache — wie das OLG. ausdrücklich feststellt — von vornherein mit mehreren auswärtigen Terminen am gleichen Ort gerechnet werden mußte.

In dem Fall, der dem dritten Beschluß zugrunde liegt, waren die Reisekosten zu einem Termin niedriger als die, die durch Vertreterbestellung entstanden. Daß ein zweiter Termin aus der Person eines der beiden Zeugen notwendig wurde, war nicht voraussehbar. Zutreffend ist es daher, daß das OLG. Naumburg hier Kosten in Höhe zweimaliger Reisekosten zuerkennt. Erfreulich ist es schließlich an dieser Entsch., daß das OLG. Naumburg den Kernsatz des Kosten-erstattungsrechtes, der aus der dynamischen Natur des Prozesses als Verfahrensablauf entspringt, hervorhebt, daß die Notwendigkeit und Erforderlichkeit von kostenverursachenden Aufwendungen nicht rückblickend vom Standpunkt des nachträglich bekannten Prozeßverlaufs zu beurteilen ist, sondern nach der Situation, wie sie sich bei sorgfältiger Berücksichtigung der Umstände in dem Zeitpunkt darstellte, als gehandelt wurde und gehandelt werden mußte.

RA. Dr. P. Bach, Freiburg i. Br.

*

37. §§ 13, 27, 44, 48 RAGebD. Dem Verkehrsanwalt steht für das weitere Verfahren nach der Zurückverweisung eine neue Verkehrsgebühr zu.)

Der Senat vermag der Ansicht des OLG., daß dem Verkehrsanwalt für das Verfahren nach der Zurückverweisung eine neue Verkehrsgebühr nicht zustehe, nicht beizustimmen. Dagegen spricht einmal der im § 27 Abs. 1 Satz 1 RA-GebD. enthaltene Grundsatz, daß im Falle der Zurückverweisung an das Gericht unterer Instanz das weitere Verfahren vor diesem Gericht für die Gebühren der RA. eine neue Instanz bildet. Die nach der genannten Vorschrift hiervon nur für die Prozeßgebühr zugelassene Ausnahme gilt nicht auch für die Gebühr im § 44 Abs. 1 RA-GebD. Denn abgesehen davon, daß diese Gebühr im Wortlaut des § 44 Abs. 1 RA-GebD. nicht als „Prozeßgebühr“ bezeichnet ist — das Gesetz spricht nur von einer „Gebühr in Höhe der Prozeßgebühr“ —, ist sie ihrem Wesen nach nicht mit der Prozeßgebühr identisch, weil die in den Rahmen der Nr. 1 des § 13 Abs. 1 RA-GebD. fallende Tätigkeit des Prozeßbev. von derjenigen des den Verkehr führenden Anwalts in mancher Beziehung verschieden ist. Obwohl aber andererseits die Führung des Verkehrs im wesentlichen in den Kreis der mit der Prozeßgebühr abzugeltenden Handlungen fällt und insfolgedessen die beiden — auch gleich hohen — Gebühren nahe verwandt sind, kann die im § 27 Abs. 1 Satz 1 RA-GebD. vorgenommene Abgrenzung der Instanz für die Prozeßgebühr bei der Verkehrsgebühr auch nicht entsprechend angewendet werden (a. A.: Baumbach, RKostG., 6. Aufl., Anm. 1 zu § 44 RA-GebD.; Willenbücher, Kostenfestsetzungsverfahren, 11. Aufl., Anm. 3 zu § 44 RA-GebD.; OLG. Königsberg: JW. 1930, 3350⁴⁵). Denn obwohl das Gesetz von der grundsätzlichen Auffassung ausgeht, daß das weitere Verfahren den Prozeßbev. in großen und ganzen soviel Mehrarbeit bereitet wie eine neue Instanz und es daher das weitere Verfahren für die Rechtsanwaltsgebühren als neue Instanz behandelt, nimmt es doch die Prozeßgebühr von den in der neuen Instanz zu gewährenden Vergütungen offenbar in der Erwägung aus, daß der RA. zu gut gestellt würde, wenn er sämtliche Gebühren noch einmal erhielt, obgleich er bereits allgemein in den Streitstoff eingearbeitet ist. Dieser Billigkeitsgrund für die Verfassung der neuen Prozeßgebühr im weiteren Verfahren trifft aber auf die Verkehrsgebühr nicht zu, da der Verkehrsanwalt neben dieser den gesamten Verkehr mit dem Prozeßbev. abgeltenden Gebühr regelmäßig keine weiteren Gebühren erhält. Infolgedessen darf die für die Prozeßgebühr nach der Zurückverweisung geltende Sonderregel, die im inneren Zusammenhang mit den Best. über die

dem ProzBew. nach der Zurückverweisung regelmäßig sonst noch zukommenden Vergütungen steht und daher nicht für sich allein zu betrachten ist, nicht auf die Verkehrsgebühr übertragen werden. Vielmehr ist auch für die Verkehrsgebühr das weitere Verfahren nach der Zurückverweisung gemäß § 27 Abs. 1 Satz 1 RAGebD. als neue Instanz zu behandeln (ebenso: OLG. Naumburg: JW. 1935, 3173²²). — Die sich hiernach ergebende Befugnis des Verkehrsanwalts, eine weitere Verkehrsgebühr zu beanspruchen, wird auch durch die Vorschrift des § 48 RAGebD. nicht ausgeräumt. Diese Best. soll vor allem klarstellen, daß der nicht zum ProzBew. bestellte RA. für mehrere in einen gebührenrechtlich festgelegten Tätigkeitskreis fallende Einzelhandlungen insgesamt nicht mehr an Gebühren erheben darf, als es der ProzBew. selber für dieses Tätigkeitsgebiet könnte (vgl. Baumhach, RKostG., 6. Aufl., Anm. 2 zu § 48 RAGebD.). Darum handelt es sich aber im vorliegenden Falle nicht; denn der Verkehrsanwalt ist nicht mit der Ausführung einzelner Handlungen beauftragt, sondern mit der Erledigung eines bestimmten Kreises von Aufgaben, nämlich mit der Führung des gesamten Verkehrs mit dem ProzBew. Auch eine entsprechende Anwendung des § 48 RAGebD. auf das Verhältnis der Prozeßgebühr zur Verkehrsgebühr im weiteren Verfahren nach der Zurückverweisung kann nicht stattfinden. Die Vertragung der Prozeßgebühr im weiteren Verfahren ist nur aus dem Grunde erfolgt, weil das Gesetz als Entlohnung des RA. für dessen gesamte Mühewaltung im weiteren Verfahren die Verhandlungsgebühr, u. U. auch noch die Beweis- und weitere Verhandlungsgebühr, als ausreichend ansieht, nicht aber, weil die für den Geschäftsbetrieb und zur Information im weiteren Verfahren aufzuwendende Mehrarbeit überhaupt nicht oder nur mit der ersten Prozeßgebühr hat vergütet werden sollen. Infolgedessen dürfen aus der eigenartigen gebührenrechtlichen Form, in die das Gesetz die dem ProzBew. in dem Sonderfall des weiteren Verfahrens zu gewährende Vergütung gekleidet hat, keine zu weit reichenden Folgerungen gezogen werden. Vielmehr greift der § 48 RAGebD. für die Verkehrsgebühr im weiteren Verfahren nach der Zurückverweisung nicht ein, da der Geschäftsbetrieb und die Information des ProzBew. auch nach der Zurückverweisung — allerdings nicht in der Rechtsform der Prozeßgebühr — entlohnt werden und daher der Verkehrsanwalt der Sache nach keine höhere Vergütung erhält als der ProzBew. für die entsprechende Tätigkeit.

(RG., 14. ZivSen., Beschl. v. 26. Mai 1936, 14 W 2089/36.)

Anmerkung: Der Entsch. ist zuzustimmen. Sie tritt der Entsch. OLG. Naumburg: JW. 1935, 3173²² bei, übernimmt auch Gedankengänge aus meiner Anmerkung zu dieser Naumburger Entsch., auf die verwiesen werden darf. Daß für die Verkehrsgebühr das weitere Verfahren nach der Zurückverweisung neue Instanz ist, läßt sich auch nicht durch einen Rückschluß aus § 48 RAGebD. verneinen. § 48 RAGebD. und der mit ihm nahe verwandte § 49 gehen in anderer Richtung (s. auch meine Anm. zu OLG. Naumburg: JW. 1936, 620). Beide regeln die Begrenzung der Gebühren des nichtprozeßbevollmächtigten Anwaltes bzw. die gebührenrechtliche Rückwirkung nachträglicher Prozeßbevollmächtigung. Sie beziehen sich damit also auf das Vorkommen von Einzelaufträgen und deren Wiederholung in derselben Sache oder deren Umwandlung in ein volles Prozeßvollmachungsverhältnis und bringen auf beide Tatbestände den Pauschalgrundsatz der anwaltlichen Gebühren im Sinne einer Höchstgrenze zur Anwendung. Da somit die §§ 48, 49 RAGebD. nur Auswirkungen des Pauschalgrundsatzes auf nur (§ 48) oder zunächst (§ 49) vorliegende Einzelaufträge festlegen, sagen sie nichts darüber aus, was Instanz im gebührenrechtlichen Sinne ist. Dies wird vielmehr teils allgemein, teils besonders in den §§ 25 ff. RAGebD. behandelt.

RA. Dr. F. Bach, Freiburg i. Br.

38. § 13 Ziff. 4 RAGebD. Erscheinen des RA. in dem zur Beweisaufnahme bestimmten Termin ist bereits Tätigkeit im Beweisaufnahmeverfahren.

OG. hat mit Recht die Beweisgebühr für RA. B. festgesetzt. Wenn die Beschw. davon ausgeht, RA. B. habe eine Vertretung im Beweisaufnahmeverfahren als ArmAnw. nicht ausgeübt, da es nach seiner Beordnung zu einem Beweisaufnahmeverfahren nicht gekommen sei, so überieht sie hierbei, daß RA. B. in dem zum Zwecke der Beweisaufnahme anberaumten Termin erschienen und für den Befl. aufgetreten ist, und daß er in diesem Termin antragsgemäß alsbald dem Befl. als ArmAnw. beigeordnet worden ist. Allein schon die Tatsache, daß ein Anwalt in einem zum Zwecke der Beweisaufnahme anberaumten Termin für die Partei erscheint, bedeutet aber bereits ein Tätigwerden im Beweisaufnahmeverfahren, durch welches ihm die Beweisgebühr gem. § 13 Ziff. 4 RAGebD. erwächst. Ob es in dem Termin dann zu einer Beweisaufnahme kommt oder ob, wie hier, zunächst erneut in die Verhandlung eingetreten und dann von der früher bereits beschlossenen Beweisaufnahme Abstand genommen wird, ist für den schon entstandenen Anspruch des Anwalts auf die Beweisgebühr ohne Bedeutung.

(RG., 20. ZivSen., Beschl. v. 18. April 1936, 20 W 1941/36.)

39. §§ 13 Ziff. 4, 89 RAGebD.

1. Im Verfahren der EinstwVfg. entsteht die Beweisgebühr des Anwalts weder dadurch, daß der Vorsitzende auf Antrag der Partei Akten herbeizieht, noch dadurch, daß die Partei eidesstattliche Versicherungen vorlegt.

2. Die Aufnahme eidesstattlicher Versicherungen durch den RA. wird durch die Prozeßgebühr abgegolten, gleichgültig, ob die Partei selbst oder ein Dritter die Versicherung abgibt.

Im Verfahren der EinstwVfg. gehört die Glaubhaftmachung — anders als der Beweistritt im ordentlichen Verfahren — notwendig zur Begr. des Gesuchs. Daraus ergibt sich, daß, wenn auf Antrag des Antragstellers Akten beigezogen werden, deren Inhalt zur Glaubhaftmachung dienen soll, darin nicht die Anordnung einer Beweisaufnahme, sondern nur eine Unterstützung des Antragstellers bei der ihm obliegenden Beibringung von Glaubhaftmachungsmitteln liegt. Die Beweisgebühr des Anwalts ist somit nicht erfallen. Dieser Standpunkt entspricht der feststehenden Rpr. der meisten OLG. (vgl. z. B. Entsch. des Sen. v. 15. Febr. 1934, 1 W 44/34 und RG.: JW. 1933, 1781⁷).

Ebenso wenig stellt die Entgegennahme der in den Händen der Parteien befindlichen, eine eidesstattliche Versicherung enthaltenden Urkunden durch das Gericht ein Beweisaufnahmeverfahren i. S. des § 13 Ziff. 4 RAGebD. dar (vgl. Entsch. des Sen. v. 21. Jan. 1932, 1 W 13/32; RG. a. a. O.; OLG. Celle: Recht 1927 Nr. 1270).

Die Aufnahme der eidesstattlichen Versicherungen durch den RA. läßt auch nicht etwa, wie der Prozeßbevollmächtigte der Antragstellerin meint, nach § 89 RAGebD. eine besondere Gebühr erfallen, vielmehr wird diese Tätigkeit durch die Prozeßgebühr mit abgegolten. Der Senat hat zwar in der Entsch. vom 27. April 1928 (JW. 1928, 1875¹²) im Gegensatz zur herrschenden Meinung ausgesprochen, daß die Aufnahme eidesstattlicher Versicherungen nur insoweit durch die Prozeßgebühr abgegolten werde, als es sich um die Aufnahme eidesstattlicher Versicherungen der eigenen Partei handle, daß der Anwalt aber für die Aufnahme eidesstattlicher Versicherungen dritter Personen in Anwendung des § 89 RAGebD. u. U. eine besondere Gebühr verlangen könne. Diesen Standpunkt kann der Senat indessen nicht mehr aufrecht erhalten. Die Beschaffung eines Mittels zur Glaubhaftmachung gehört ihrem Wesen nach ebenso wie die Beschaffung eines Beweismittels zum Geschäftsbetrieb der Instanz. Für eine solche notwendig zur Bearbeitung des Prozeßes gehörige und allgemein übliche Tätigkeit kann keine besondere

Gebühr verlangt werden (ebenso z. B. DLG. Celle a. a. D.; RG. a. a. D.; DLG. Dresden: JW. 1933, 544⁹⁵).

(DLG. Düsseldorf, Beschl. v. 8. Juli 1936, 1 W 183/36.)

40. § 14 RAGebD. Wird das Armenrecht auf Grund eines erst nach Einlegung der Ver. — wenn auch gleichzeitig mit der VerBegr. — eingereichten Gesuchs bewilligt und legt der ArmAnw. dann das Mandat nieder, ohne vorher einen Schriftsatz zuzustellen, so ist nur die nach § 14 RAGebD. ermäßigte Prozeßgebühr aus der Staatskasse zu erstatten.

Der Erinnerungsführer hat als Wahlanwalt der Kl. am 25. Febr. 1936 Ver. eingelegt. Am 24. und 25. März 1936 hat er beantragt, der Kl. das Armenrecht zu bewilligen, und gleichzeitig hat er die Berufungsanträge gestellt und die Ver. begründet. Durch Beschl. v. 3. April 1936 ist der Kl. das Armenrecht bewilligt und der Erinnerungsführer beigeordnet worden. Am 15. Mai 1936 hat der Erinnerungsführer die Vertretung niedergelegt, ohne inzwischen einen Schriftsatz eingereicht zu haben.

Nunmehr wendet er sich dagegen, daß der Urkundsbeamte ihm nicht die volle, sondern nur die nach § 14 RAGebD. ermäßigte Prozeßgebühr zugewilligt hat. Die Erinnerung ist jedoch unbegründet.

Die Voraussetzungen des § 14 RAGebD. sind gegeben: Der Auftrag hat sich vor der mündlichen Verhandlung erledigt, ohne daß der Erinnerungsführer in der Zeit zwischen der Bewilligung des Armenrechts und der Erledigung einen Schriftsatz hat zustellen lassen. Der Schriftsatz, in dem der Erinnerungsführer erklärt, daß er das Mandat niederlege, ist kein Schriftsatz i. S. des § 14 RAGebD.; denn ein solcher muß einen sachlichen Inhalt haben und darf nicht lediglich den Auftrag des ArmAnw. zur Vertretung, sei es nun die Bestellung oder die Niederlegung des Mandats, zum Gegenstand haben (vgl. die bei G e l i n s k y = M e h e r, 3. Aufl., S. 171 angeführte Rspr.). Die VerBegr., die an sich einen Schriftsatz i. S. des § 14 RAGebD. darstellt, ist nicht nach der Bestellung zum ArmAnw. zugestellt. Man kann auch nicht sagen, daß die VerBegr. nur dann und erst dann als eingereicht angesehen werden sollte, wenn das Armenrecht bewilligt worden war. Eine solche Auslegung ist zwar bei gleichzeitiger Einreichung eines Armenrechtsgesuchs und einer Klage- oder Berufungsschrift geboten, wenn erkennbar ist, daß die Partei die Klage nur erheben oder die Ver. nur einlegen will, wenn ihr das Armenrecht bewilligt worden ist (vgl. Beschl. des Senats: JW. 1936, 1306), nicht aber bei der Einreichung der Begr. zu einer schon eingelegten Ver., für die die Gebühr bereits fällig geworden ist.

Zu Unrecht verweist der Erinnerungsführer auf seine Tätigkeit vor Bewilligung des Armenrechts. Diese Tätigkeit betrifft nur sein Verhältnis zu der Partei, die ihn zum Wahlanwalt bestellt hatte, nicht aber sein Verhältnis zur Reichskasse, für das lediglich der Zeitpunkt der Beordnung maßgebend ist (so die übereinstimmende Rspr. der DLG.; vgl. z. B. DLG. Kiel: JW. 1934, 570).

(DLG. Düsseldorf, Beschl. v. 8. Juli 1936, 1 W 190/36.)

41. § 14 RAGebD. Die Klage- oder Berufungsrücknahme ist — unter grundsätzlicher Aufgabe der bisherigen, zuletzt im Beschl. v. 3. Juni 1935, 6 W 83/35: JW. 1935, 3059 niedergelegten Stellungnahme — als Schriftsatz i. S. des § 14 RAGebD. anzusehen und begründet den Anspruch auf die volle Prozeßgebühr.

RA. Dr. K. hat als Wahlanwalt des Kl. gegen das Ur. des LG. in A. v. 3. Dez. 1935 Berufung eingelegt und sie begründet. Erst einige Tage später ist dem Kl. das Armenrecht bewilligt und ihm RA. Dr. K. als Armenanwalt beigeordnet worden. Als solcher hat er dann lediglich die Berufung zurückgenommen. Der Urkundsbeamte hat ihm daher aus der Reichskasse eine halbe Prozeßgebühr zugewilligt. Mit der Erinnerung zielt der Armenanwalt auf Erhöhung um

weitere fünf Zehntel. Der Streit geht darum, ob die Berufungsrücknahme ein Schriftsatz i. S. des § 14 RAGebD. ist. Wenn der Urkundsbeamte die Frage verneint hat, so befand er sich in Übereinstimmung mit der bisherigen Rspr. des Senats, der seinen Standpunkt z. B. noch im Beschl. v. 3. Juni 1935 (6 W 83/35: JW. 1935, 3059⁹⁹ in RAZ. 174) aufrechterhalten hat. Demgegenüber haben der 4. und 1. Sen. sich in den Beschl. v. 23. April 1935 (RAZ. 1935, 121) und v. 21. Dez. 1935 (1 U 117/35) der gegenteiligen Ansicht angeschlossen — wie denn auch die Rspr. der DLG. in diesem Punkte ganz uneinheitlich ist. Den Gedanken nun, daß die Berufungsrücknahme kein fördernd, auf geistiger Arbeit fußender Schriftsatz sei, dessen Zustellung daher die volle Gebühr nicht auslöse, wird nicht aufrechterhalten. Die Erwägungen Bachs: JW. 1935, 3061 sind hier von grundsätzlicher Bedeutung. Ein Schriftsatz, der den Rechtsstreit beendet, ist in der Tat zumindest prozessual, „fördernd“ und von sachlicher Bedeutung. Er ist aber auch der Ausdruck einer bedeutsamen und verantwortungsvollen Prüfung und Tätigkeit des Anwalts, so daß die bisher vom Senat geübte einengende Auslegung des § 14 RAGebD. fallengelassen werden muß.

(DLG. Raumburg, 6. (Kosten-) ZivSen., Beschl. v. 9. April 1936, 6 W 108/36.)

42. § 23 Ziff. 5, § 16 Satz 2 RAGebD.; § 618 ZPD. Für den Antrag auf Bestimmung eines neuen Termins im ersten Verhandlungstermin eines Ehescheidungsstreites (§ 618 Abs. 2 ZPD.) steht dem Anwalt nur eine Gebühr von $\frac{3}{20}$ und nicht eine solche von $\frac{3}{10}$ zu.

Gem. § 16 i. Verb. m. § 13 Ziff. 2 RAGebD. steht dem Rechtsanwalt für eine streitige Verhandlung die volle ($\frac{10}{10}$) und für eine nichtstreitige Verhandlung die halbe ($\frac{5}{10}$) Verhandlungsgebühr zu. Dieser Grundsatz wird jedoch durch § 16 Satz 2 RAGebD. durchbrochen, der bestimmt, daß der Anwalt in gewissen Fällen auch bei nichtstreitiger Verhandlung die volle ($\frac{10}{10}$) Gebühr erhält, und zwar u. a. in Ehesachen gem. §§ 606, 639 ZPD., vorausgesetzt jedoch, daß „der Kläger verhandelt“. Der Grund dieser Vorschrift liegt darin, daß das Gericht in diesen Fällen auch bei nur einseitiger Verhandlung in eine eingehende und nicht nur formale Sachprüfung eintreten muß und daß der Anwalt unter diesen Umständen gezwungen ist, die gleiche Arbeit zu leisten, die er bei einer streitigen Verhandlung leisten muß.

Eine derartige Verhandlung, d. h. Verhandlung zur Sache i. S. des § 16 Satz 2 RAGebD. liegt jedoch nicht vor, wenn der Anwalt in dem ersten auf die Scheidungsklage anberaumten Verhandlungstermin wegen Ausbleibens des Bekl. gem. § 618 Abs. 2 ZPD. die Bestimmung eines neuen Termins beantragt. Ist aber in der Stellung dieses rein formalen Antrags ein „Verhandeln“ i. S. des § 16 Satz 2 RAGebD. nicht zu erblicken, so stehen dem Rechtsanwalt gem. § 23 Ziff. 5 RAGebD. nicht $\frac{3}{10}$ der vollen, sondern nur $\frac{3}{20}$ der halben Verhandlungsgebühr, mithin also $\frac{3}{20}$ zu.

(DLG. Zweibrücken, 1. ZivSen., Beschl. v. 14. Juli 1936, 1 W 148/36.)

43. §§ 23 Nr. 16, 29 Nr. 6 RAGebD.; § 534 Abs. 1 ZPD. Armenrecht für die Berufung umfaßt auch den Antrag auf Vollstreckbarerklärung aus § 534 ZPD. Verhältnis der Hauptgebühren zu der Gebühr aus § 23 Nr. 16 RAGebD.

Es ist zwar richtig, daß nach § 29 Abs. 2 Ziff. 6 RAGebD. auch der Antrag, den durch Rechtsmittelanträge nicht angefochtenen Teil eines Urteils für vorläufig vollstreckbar zu erklären (vgl. § 534 ZPD.), zu der Instanz gehört und durch die in § 13 RAGebD. benannten Gebühren mit abgegolten wird. Das tritt jedoch nur dann ein, wenn sich das Berufungsverfahren von vornherein (vgl. den Fall des § 534 Abs. 2 ZPD.) auf den Teil des Urteils mit erstreckt, auf den sich der Antrag aus § 534 ZPD. bezieht, oder wenn das Be-

rufungsverfahren nachträglich durch Erweiterung der Berufungsanträge auf diesen Teil des Urteils mit erstreckt wird, da der Anwalt der BerInst. die Gebühren des § 13 RWGebD. nur von dem Werte des angefochtenen Teils des Urteils, nicht aber auch von dem Werte des unangefochten gebliebenen Teils erhält. Im vorl. Fall hat der Anwalt des Kl. die Gebühren des § 13 RWGebD. nur nach einem Streitwert von 1193,98 RM erhalten. Der Gesamtwert des dem Kl. in dem angefochtenen Urteil zugesprochenen Anspruchs betrug aber 2387,96 RM und der Antrag aus § 534 ZPO. bezog sich auf die im Berufungsverfahren unstreitig gebliebene Hälfte des Anspruchs. Der Anspruch auf eine Gebühr nach § 23 Ziff. 16 RWGebD. ist daher im vorl. Fall begründet, und zwar nach einem Streitwert von 1193,98 RM, also in Höhe von 11,70 RM (nach den Sätzen des ArmAnwG.).

Die Gebühr ist dem Kl. K. aus der Reichskasse zu erstatten, da er dem Kl. als BerBevl. ohne Einschränkung für das Berufungsverfahren beigeordnet worden war und sich demzufolge die Beordnung auch auf die Anträge aus § 534 Abs. 1 und 2 ZPO. erstreckt hat; denn diese Anträge gehören verfahrensrechtlich mit zu dem durch die Berufung des Bevl. gegen den Kl. in Lauf gesetzten Verfahren vor dem BG. (vgl. auch die Entsch. des OLG. Celle: JW. 1926, 849¹⁷ und die vom Erinnerungsführer angef. Entsch. des RG.: JW. 1935, 798¹⁷).

(OLG. Dresden, 14. ZivSen., Beschl. v. 29. Juni 1936, 14 W 318/36.)

*

44. § 50 RWGebD.; § 628 BGB. Führt Verschulden des Armenanwalts zur Beordnung eines anderen Armenanwalts, so verliert der ursprüngliche Armenanwalt den Anspruch auf Erstattung seiner Gebühren gegen die Staatskasse. †)

Der BeschwF. war der Kl. im ersten Rechtszuge als Armenanwalt beigeordnet, ist aber auf ihre Beschwerde vom 19. Dez. 1934 durch Verfügung des Vorsitzenden des Gerichts v. 12. Jan. 1935 von diesem Amte enthoben und durch Kl. F. ersetzt worden. Der BeschwF. hat seine Gebühren und Auslagen gegenüber der Staatskasse geltend gemacht und durch Beschluß des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle des LG. in A. v. 7. Febr. 1935 in Höhe von 118,60 RM zugebilligt und demnach ausbezahlt erhalten. Am 18. Juli 1935 hat der Urkundsbeamte auf eine Beanstandung des Rechnungsamtes hin den BeschwF. aufgefordert, die ausbezahlten Beträge mit 114,75 RM (der Zahlenunterschied erklärt sich aus den Akten nicht) zurückzuzahlen. Der BeschwF. hat Erinnerung gegen die Rückforderung eingelegt. Das LG. hat die Erinnerung zurückgewiesen. Die Beschwerde ist statthaft und auch insoweit zulässig, als ihr Gegenstand die Beschwerdesumme von 50 RM (NotV.D. v. 14. Juni 1931) überschreitet, aber sie ist nicht begründet. Der Senat hat sich mit den hier entscheidenden Fragen bereits in seinem Beschl. v. 17. Dez. 1934 (JW. 1935, 1801) auseinandergesetzt, und es wird auf die dort entwickelten Gedankengänge, die beibehalten werden, verwiesen.

Das Verhältnis des Armenanwalts zur Staats-, (Reichs-) Kasse ist öffentlichen Rechts. Kraft besonderer Vorschrift im § 1 RWG. bestimmen sich jedoch seine Ansprüche gegen den Staat nach der RWGebD. Es gilt insbes. § 50 derselben. Danach erwachsen dem Kl. bei Aufhebung des Auftrages vor Beendigung der Instanz Gebühren in gleicher Weise, als wenn die Instanz zur Zeit der Aufhebung des Auftrages durch Zurücknahme der gestellten Anträge erledigt wäre — unbeschadet der aus einem Verschulden sich ergebenden zivilrechtlichen Folgen. Die Bestimmungen des BGB., welche die Folgen des Verschuldens regeln, gelten also auch zwischen Armenanwalt und Staatskasse, d. h. Ansprüche des Armenanwalts an diese bestehen nur soweit, als sie gegenüber der armen Partei bestehen würden, wenn sie nicht im Armenrecht

den Rechtsstreit führte und der Armenanwalt ihr Wahlanwalt wäre. In diesem Falle würde sich die Entsch. aus § 628 BGB. ergeben. Danach steht dem Dienstverpflichteten, der durch vertragswidriges Verhalten die Kündigung des anderen Teils veranlaßt, ein Anspruch auf eine Vergütung seiner Leistungen insoweit nicht zu, als diese infolge der Kündigung für den Dienstberechtigten kein Interesse haben. Hier hat die Kl. dem BeschwF. gekündigt. Ihr Schreiben v. 19. Dez. 1934, das dem BeschwF. durch Vermittlung des Gerichts zugegangen ist, enthält seinem Sinne nach eine Kündigung. Und diese Kündigung ist durch das Verhalten des BeschwF. gerechtfertigt. Er hat, wie unstreitig ist, seiner Auftraggeberin die objektiv falsche Mitteilung gemacht, der auf den 7. Dez. 1933 zur Vernehmung des wichtigen Zeugen B. anberaumte Termin sei aufgehoben worden, so daß sie in dem Termin nicht anwesend oder vertreten war. Mag er nun auch darauf gerechnet haben, daß der Termin aufgehoben würde, weil mit seiner Zustimmung der Gegenanwalt einen entsprechenden Antrag gestellt hatte, so hätte er doch der Kl. die erwartete Entsch. des Gerichts nicht als erfolgt bekanntgeben dürfen. Seine Voreiligkeit stellt eine Verletzung seiner vertraglichen Sorgfaltspflicht dar. Es fragt sich weiter, ob seine Leistungen infolge der Kündigung für die Kl. ohne Interesse sind. Die Frage wird im allgemeinen bejaht, wenn die Partei einem neuen Anwalt die Gebühren noch einmal zahlen muß, die dem ausgeschiedenen Anwalt erwachsen sind (RG. 20. Jan. 1935: JW. 1935, 789; Baumbach, Anm. 3 zu § 50 RWGebD.). Der Senat hat bereits a. a. O. gegen die Richtigkeit dieser Auffassung Bedenken erhoben, da sie die geleistete geistige Arbeit des ausgeschiedenen Anwalts nicht wertet und nur die finanziellen Folgen des Anwaltswechsels berücksichtigt. Endgültig aber hat der Senat damals die Frage nicht entschieden und braucht es auch jetzt nicht. Der BeschwF. würde mit seinem Anspruche gegenüber der Kl., auch wenn er an sich bestünde, nicht durchdringen, weil diese mit einem Schadensersatzanspruche in gleicher Höhe aufrechnen könnte und würde. Der BeschwF. hat sich der Kl. gegenüber aus § 276 BGB. schadensersatzpflichtig gemacht, und ihr Schaden besteht darin, daß sie Gebühren doppelt zahlen muß, also in dem Betrage, den der BeschwF. geltend macht. Er würde also der Partei gegenüber mit seinem Anspruche unterliegen. Die Einwendungen der Partei aber stehen mittelbar auch der Staatskasse zu. (Senatsbeschl. a. a. O.)

Es taucht nun das Bedenken auf, ob die Staatskasse diese Einwendung im Festsetzungsverfahren erheben kann. Das haben RG. 1935, 789 und Bach in JW. 1935, 1800 verneint, weil das Festsetzungsverfahren zur Prüfung der Rechtslage nicht geeignet ist. Es ist aber nicht einzusehen, warum ein, wie hier, unstreitiger Tatbestand, dessen rechtliche Beurteilung auch im Prozeß unter Berücksichtigung der Stellungnahme der Beteiligten ohne weiteres erfolgen könnte und müßte, vom Gerichte nicht auch im Festsetzungsverfahren auf Grund des in den Akten enthaltenen Stoffes gemündigt werden könnte. Es würde unzweckmäßig und unrichtig sein, ist auch kein Erfordernis der Billigkeit und Rechtsfischerheit, dem Armenanwalte Gebühren und Auslagen zuzusprechen, die er zweifellos auf Grund eines nachfolgenden Urteils zurückzahlen müßte. Ein derartiges Verlangen würde sogar die Einrede der Arglist hervorzurufen geeignet sein.

Der Festsetzungsbeschl. v. 7. Febr. 1935 ist deshalb nicht haltbar und seine im Schreiben v. 18. Juli 1935 liegende Aufhebung durch den Urkundsbeamten berechtigt. Der BeschwF. ist zur Rückzahlung der ihm ausbezahlten Beträge verpflichtet.

(OLG. Raumburg, 6. (Kosten-) ZivSen., Beschl. vom 28. Febr. 1935, 6 W 4/36.)

Anmerkung: 1. Der Beschluß führt auf das Verhältnis von § 50 RWGebD. zu § 628 BGB.

Wird der Anwaltsvertrag durch eine Kündigung vorzeitig, d. h. vor Beendigung der Instanz aufgehoben, so bleibt der Anspruch des Anwalts auf die bisher bei ihm ent-

standenen Gebühren in voller Höhe bestehen. § 50 RAGebD. zieht damit eine Folge aus dem Pauschalcharakter der Anwaltsgebühren. Rechtlich gleichgültig ist dabei, von welchem der beiden Vertragspartner die Kündigung ausgeht und aus welchem Grunde sie erfolgt. Vorbehalten bleiben lediglich gemäß § 50 RAGebD. die aus einem zivilrechtlichen Verschulden sich ergebenden Folgen. Praktisch scheidet das Verschulden des Auftraggebers an der vorzeitigen Beendigung des Anwaltsvertrages aus, da dadurch die Höhe des Gebührenanspruches des Anwaltes nicht berührt wird. Fraglich ist allein, inwieweit eigenes Verschulden des Anwaltes an der vorzeitigen Beendigung des Vertrages seine Gebührenansprüche berührt und worin dieses eigene Verschulden besteht. Aus diesem Fragenkreis soll hier wegen des Zusammenhangs mit der obigen Entsch. nur das Folgende behandelt werden:

Da § 50 RAGebD. nur wegen der Verschuldensfolge auf das bürgerliche Recht verweist, kommen die Folgen aus § 628 Abs. 1 Satz 2 BGB., dessen eigene Tatbestände zum Teil aber anders liegen, und aus § 628 Abs. 2 BGB. in Betracht. Für das bürgerliche Recht umfaßt nämlich § 628 Abs. 1 Satz 2 zwei heterogene Fälle (Tatbestände), nämlich den, daß der Dienstverpflichtete kündigt, ohne durch vertragswidriges Verhalten des anderen Teiles dazu veranlaßt zu sein, wie den, daß er durch sein eigenes vertragswidriges Verhalten die Kündigung des anderen veranlaßt. Beide Fälle sind nur wegen der vom Gesetz daran angefügten gleichen Folge, Minderung bzw. Wegfall des Vergütungsanspruches, zusammengefoppelt. Nur hinsichtlich des zweiten Falles setzt bereits das bürgerliche Recht Verschulden des Dienstverpflichteten voraus. Dieser Fall erweist sich damit bereits im bürgerlichen Recht, da er das Verschulden zum Tatbestandsmoment hat, als Unterfall des § 628 Abs. 2 BGB. Ebenso Molitor, Kündigung 1935, S. 225: „§ 628 Abs. 1 Satz 2 enthält also im Kern nur einen Anwendungsfall des § 628 Abs. 2 in bezug auf die Gegenleistung, der nur deshalb besonders hervorgehoben wird, weil er mit dem auf ganz anderer Grundlage beruhenden ersten Fall des § 628 Abs. 1 Satz 2 zusammengefaßt ist.“

Wie Molitor a. a. D. S. 222 ff. zutreffend nachweist, vermengt § 628 BGB. drei ganz verschiedene Rechtsgedanken miteinander: Abbruch der zeitbezogenen Gegenleistung, Schadensersatzpflicht wegen Abbruchs des Rechtsverhältnisses und Schadensersatzpflicht wegen vertragswidrigen Verhaltens. Daß § 50 RAGebD. mit § 628 BGB. nicht recht zusammenstimmt, beruht auf diesem wenig glücklichen Aufbau des § 628 BGB. sowie darauf, daß § 50 RAGebD. gerade von einer entgegengesetzten Art der Vergütung ausgehen muß, nämlich von den anwaltschaftlichen Pauschalgebühren als nicht zeitbezogener Vergütung.

In Anwendung auf den Anwaltsvertrag stellt sich § 628 Abs. 1 Satz 2 durchgängig als Unterfall von § 628 Abs. 2 dar. Denn gemäß dem Vorbehalt des § 50 RAGebD. berührt nur eigenes Verschulden den Vergütungsanspruch des Anwaltes in seiner an sich begründeten vollen Höhe. Deshalb kann die Folge des § 628 Abs. 1 Satz 2 nur bei Verschulden des Anwaltes eintreten. § 628 Abs. 2 BGB. selbst erhält damit die Bedeutung, daß sein Anspruch auf Ersatz des weiteren Schadens zielt. Dies ist für den Fall der vorl. Entsch. unmittelbar von Bedeutung.

2. Der Beschluß prüft seinen Fall zwar unter dem Gesichtspunkt der Schadensersatzpflicht, wenn auch der des § 628 Abs. 2 BGB., wie der dritte Absatz seiner Begründung zeigt. Da aber — wie dargelegt — § 628 Abs. 2 BGB. nur den weiteren Schaden betrifft, gehört der vorl. Fall nicht dorthin. Der Fall hätte vielmehr unter dem Gesichtspunkt der Folge aus § 628 Abs. 1 Satz 2 beurteilt werden müssen. Denn gerade der Umstand, daß der Auftraggeber an den nachfolgenden Anwalt unter Umständen die gleichen Gebühren zahlen muß, führt unmittelbar zu der Frage, ob die Leistungen des ersten Anwaltes insolge der Kündigung für den Auftraggeber ohne Interesse sind. Deshalb hätte das Gericht diesmal die von ihm mit Recht erhobenen Bedenken gegen die Auffassung nicht dahingestellt sein lassen sollen, daß für den Auftraggeber die

Leistungen seines ersten Anwaltes insolge der Kündigung dann ohne Interesse seien, wenn an den nachfolgenden Anwalt die gleichen Gebühren noch einmal gezahlt werden müssen. Denn zutreffend weist das Gericht selbst darauf hin, daß bei einer solchen Auffassung die bisher geleistete geistige Arbeit, also ihr Wesen, Wert und Wirkung, nicht gemert wird, sondern lediglich auf die finanziellen Folgen des Anwaltswechsels abgestellt wird. Die vom OLG. Naumburg mit Recht in ihrer Richtigkeit bezweifelnde Auffassung überfieht m. E. dabei noch zweierlei, auch wenn sie sich auf § 628 Abs. 1 Satz 2 beruft. Daß bei vorzeitiger Beendigung eines Anwaltsvertrages im Regelfall des § 50 RAGebD. die vollen bis dahin entstandenen Gebühren bestehen bleiben, beruht auf der dort vorgenommenen „als wenn“ Berechnung, die ihren zureichenden Grund im Pauschalcharakter der Gebühren findet, während der bürgerlich-rechtliche Grundsatz der entsprechenden Teilvergütung in § 628 Abs. 1 Satz 1 auf der Vorstellung des zeitbezogenen Entgelts beruht. Eine Berechnung, die das Hilfsmittel des „als ob“ verwendet, ist aber nicht frei umkehrbar. Sie kann daher zur Ermittlung dessen, was gilt, wenn der Anwaltsvertrag insolge eines vom Anwalt zu vertretenden Umstandes ein vorzeitiges Ende findet, nicht in der Umkehrung herangezogen werden. Diese Umkehrung setzt sich auch mit dem wesentlichen „insoweit“ in § 628 Abs. 1 Satz 2 in Widerspruch. Außerdem ist eine Kündigung keine Rücktrittserklärung mit Wirkung ex tunc, die Wirkungen der bisherigen Tätigkeit des Anwaltes bleiben bestehen.

3. Wer gegenüber dem Vergütungsanspruch des Anwaltes Verschulden einwendet, macht eine materiell-rechtliche Einrede geltend und muß das Vorliegen ihres Tatbestandes beweisen. Entgegen der Ansicht des OLG. Naumburg handelt es sich dabei weder um einen in allen seinen Gliedern unstreitigen Tatbestand noch um einen solchen mit zweifellos sich ergebender Rechtsfolge. Denn nur ein Teil des Tatbestandes ist unstreitig, vorliegendensfalls die Mitteilung von der Terminaufhebung, die erwartet wurde, aber nicht erfolgte. Zum Tatbestand der Einrede gehört aber m. E. ferner die tatsächliche Auswirkung des Ereignisses auf den Prozeß, sowie dessen Rückwirkung auf die Rechtsstellung des Auftraggebers und hieraus auf das Verhältnis des Auftraggebers zum Anwalt. Diese können, da die Begleitumstände herangezogen und geprüft werden müssen, weder als feststehend noch als unstreitig angenommen werden. Außerdem zieht eine Einrede notwendigerweise Gegeneinrede nach sich, insbes. den bei der dynamischen Natur des Prozesses sehr naheliegenden Einwand der Unterbrechung des Kausalzusammenhanges oder den rechtfertigenden Momente. Alles dies, was zum Tatbestand der Einrede gehört oder durch sie ausgelöst wird, kann in einem nichtkontradiktorischen Verfahren, das überdies als Nachverfahren auf den vorausgegangenen Prozeß und dessen Prozeßgegenstand bezogen und aufgebaut ist, nicht erschöpfend geprüft oder bewiesen werden. Auch das Erstattungsverfahren ist — wie das sonstige Kostenfestsetzungsverfahren — gesetzlich als solches Nachverfahren aufgebaut. Praktisch ergibt sich vielmehr (s. a. m. Ann. JW. 1935, 2904 VI), daß, da das Verfahren über die Kostenerstattung aus der Staatskasse ein einseitiges ist, das Gebrauchmachen von der Einrede zugunsten der Reichskasse mit dem dieser Einrede entsprechend gefaßten Beschluß zusammenfällt, ohne daß derjenige, demgegenüber von der Einrede Gebrauch gemacht wird, zu ihr vor der Entsch. Stellung nehmen kann. Es führt vielmehr für den von der Einrede auf diese Weise betroffenen Anwalt zu einer Instanzenverkümmern, zumindest zu einer Beweislastverfehrung. Zu einer Instanzenverkümmern deshalb, weil der Anwalt erst aus dem Beschluß, der die Instanz beendet, die Einrede erhebt und darum erst mit dem etwa gegebenen Rechtsmittel dagegen ankämpfen kann. Zumindest tritt aber eine Beweislastverfehrung deshalb ein, weil der Anwalt, um nicht erst aus dem Beschluß erfahren zu müssen, daß das Gericht eine Einrede als der Reichskasse zur Seite stehend angenommen hat, diese gleichsam vorwegnehmen muß und im Ungewissen darüber, ob und wie die Einrede erhoben wird,

einen Entlastungsbeweis vorwegführen muß. Beides dürfte zur Genüge zeigen, daß die Einbeziehung materiell-rechtlicher Einwendungen in das Kostenersatzungsverfahren dessen prozessual vorgeesehenen Rahmen sprengt.

Nicht anders ist es übrigens, wenn die Folge aus § 628 Abs. 1 Satz 2 i. Verb. m. § 50 RAGebD. als Einrede herangezogen wird. Hier mag zwar im Gegensatz zur Einrede aus § 628 Abs. 2 oder sonstigen anderen Einreden eine eindeutige Rechtsfolge vorzuliegen scheinen. In Wirklichkeit ist dem aber nicht so. Auch ihr Tatbestand ist aus den oben dargelegten Gründen mehrgliedrig, weder feststehend noch unbestritten oder unbestreitbar. Die Folge selbst ist keineswegs eindeutig, wie gerade die wegweisenden Erwägungen des obigen Beschlusses über die Bedenklichkeit der Auffassung zeigen, daß die Leistungen des Anwalts bei von ihm zu vertretender vorzeitiger Beendigung des Vertrages für seinen Auftraggeber dann ohne Interesse seien, wenn die gleichen Gebühren bei einem nachfolgenden Anwalt noch einmal erwachsen.

R. A. Dr. P. Bach, Freiburg (Br.).

*

45. §§ 68, 69, 89 RAGebD. Gebühr für die von dem R. A. gefertigte Entgegnung auf die Revisionsbegründung der Staatsanwaltschaft. †)

Den Beschw., die für die Führung der Amtsverteidigung im Vorverfahren und in der Hauptverhandlung die Gebühren nach den §§ 63, 64, 67 RAGebD. aus der Staatskasse erhalten haben, steht für die Anfertigung der Entgegnung auf die Revisionsbegründungsschrift der StA. die $\frac{5}{10}$ -Gebühr des § 68 RAGebD. nicht zu. § 68 a. a. D. gewährt dem R. A. $\frac{5}{10}$ der im § 63 bestimmten Sätze für die Anfertigung einer Schrift zur Begründung der Rev., die Beantwortung auf die Revisionsbegründung wird in dieser Vorschrift nicht erwähnt. Die Auffassung, daß § 68 a. a. D. nur Beispiele anführe, findet im Gesetz keine Stütze. Im Gegenteil muß aus dem Wortlaut des § 69 a. a. D. geschlossen werden, daß die Aufzählung im § 68 vollständig sein soll, daß mit anderen Worten der Gebührensatz $\frac{5}{10}$ nur für die dort erwähnten einzelnen Schriftsätze zu gelten hat.

Auf dem Wege über § 89 a. a. D. läßt es sich nicht rechtfertigen, dem R. A. in entsprechender Anwendung des § 68 eine Gebühr von $\frac{5}{10}$ für die Schrift zur Erwiderung der Revisionsbegründung zu gewähren. § 69 bestimmt die dem R. A. zustehende Gebühr für die Anfertigung anderer als der im § 68 bezeichneten Anträge, Gesuche und Erklärungen. Es läßt sich daher nicht sagen, daß für das dem R. A. im vorliegenden Falle übertragene Geschäft in der RAGebD. eine Gebühr nicht bestimmt ist. Die Richtigkeit dieser Auslegung bestätigen die Motive (vgl. Stenograph. Berichte über die Verhandlungen des Deutschen Reichstages; 4. LegPer., II. Sess., IV. Bd. S. 150). Danach bestimmt § 69 für alle nicht besonders aufgezählten einzelnen Tätigkeiten, welche dem R. A. als Verteidiger in Strafsachen übertragen werden können, eine feste Gebühr von 2 R. M.

In JW. 1935, 2303 führt RGK. Gaedeke aus, die Erwiderung auf die für das Revisionsverfahren grundlegende und somit besonders wichtige Erklärung des Rechtsmittelklägers könne auch ihrerseits von erheblichem Einfluß auf das Verfahren sein. Gaedeke verweist in diesem Zusammenhang auf § 347 StPD. und kommt zu dem Ergebnis, daß der Revisionsbeantwortung als dem Gegenstück zur Revisionsbegründung keine andere Stellung für die Frage der gebührenerrechtlichen Einordnung eingeräumt werden könne als der Revisionsbegründung selbst.

Daß die Revisionsbeantwortung von erheblichem Einfluß auf das Verfahren sein kann, ist unbezweifelbar. Daraus folgt aber nichts für die gebührenerrechtliche Einordnung dieses Schriftsatzes. Denn solcher erheblicher Einfluß kann auch einer Beschwerdeschrift, einem Haftentlassungsantrag oder einem Schriftsatz mit Beweisunterlagen zukommen. Und doch werden solche Schriften, wie die Motive ausdrücklich hervorheben, und wie auch sonst unbestritten zu sein scheint, nach § 69 abgolgten.

§ 347 StPD. befaßt in diesem Zusammenhange nicht mehr, als daß die StPD. die Möglichkeit einer Gegenklärung vorsieht. Wenn die GebD. trotzdem die Gegenklärung nicht besonders aufzählt, so kann daraus in erster Reihe nur gefolgert werden, daß die Gegenklärung der Begründung nicht gleichzuachten ist.

Dieser Standpunkt läßt sich auch innerlich rechtfertigen. Die Gegenklärung wirkt in aller Regel nicht selbständige Gesichtspunkte auf; ihre Aufgabe ist es vielmehr, nur auszuräumen und zu widerlegen, was die Revisionsbegründung an Angriffen gegenüber dem angefochtenen Ur. vorbringt. Es handelt sich also bei der Gegenklärung anders als bei der Revisionsbegründung um einen Schriftsatz ohne notwendig selbständige Initiative.

Auch allgemeinen Billigkeitserwägungen wie der Hinweis, bei Anwendung des § 69 werde eine regelmäßig unwürdige Vergütung zugebilligt, rechtfertigen keine andere Stellungnahme. Mit der gleichen Erwägung ließe es sich rechtfertigen, die oft so bedeutsamen und in tatsächlicher sowohl wie in rechtlicher Hinsicht umfangreichen und schwierig zu begründenden Beschwerdeschriften anders als nach § 69 abzulösen. Erwägungen solcher Art verstoßen aber gegen die Grundsätze der GebD. überhaupt, die ohne Rücksicht auf den Umfang der im einzelnen Falle zu leistenden Mühe die Gebühren als Pauschalgebühren oder als Einzelgebühren nach wenigen abgestuften Sätzen bemißt.

Die Tätigkeit der Beschw. in der RevInst. ist daher mit Recht nach § 69 a. a. D. abgolgten worden.

(OVG. Hamm, Beschl. v. 2. Juni 1936, 1 Ws 154/36.)

Bemerkung: Die Ausführungen des StrSen. sind entschieden abzulehnen. Es ist erfreulich, daß gerade aus den Kreisen der Richterschaft die „Rechts“-Auffassung des StrSen. des OVG. Hamm die verdiente Kritik erfährt, die in dem Aufsatz des MinDir. SenPräs. Lindemann in diesem Heft S. 2116 enthalten ist. Vgl. ferner Gaedeke: JW. 1935, 2303 Anm. zu Ziff. 58.

*

46. § 76 RAGebD.; § 1 ArmAnwG. Erstattungsfähigkeit von Schreibgebühren aus der Reichskasse.

R. A. H. war den Bfkl. und Berkl. im zweiten Rechtszuge als ArmAnw. beigeordnet. Er hat Abschriften aus den Prozessakten fertigen lassen und dafür der Reichskasse Schreibgebühren in Ansatz gebracht. Der Urkundsbeamte der Geschäftsstelle hat die Erstattung abgelehnt. Die hiergegen vom ArmAnw. eingelegte Erinnerung ist begründet. Der ArmAnw. hat nach § 1 ArmAnwG. Anspruch auf Ersatz seiner Gebühren und Auslagen nach Maßgabe der RAGebD. Diese bestimmt in § 76 Abs. 2, unter welchen Voraussetzungen dem R. A. Schreibgebühren entstehen. Ob Abschriften aus den Prozessakten zu dem „Schreibwerk“, welches außerhalb des Rahmens einer gebührenerrechtlichen Tätigkeit entsteht, und hören, ist umstritten. Baumbach (Anm. 5 zu § 65) und Sydow-Busch-Krieg (Anm. 6 zu § 76) bejahen d. B. die Frage, ob OVG. Celle (Beschl. v. 23. Jan. 1928: JW. 1928, 751³⁶) verneint sie. Der beschließende Senat hat bereits in seinem Beschl. v. 29. Nov. 1933 (6 W 147/33) sich, wenn auch nicht ausdrücklich, der ersteren Meinung angeschlossen, daß er grundsätzlich die Erstattung von Schreibgebühren für das Fertigen von Abschriften aus den Prozessakten zugelassen hat. Der Senat hat damals die Erstattungsfähigkeit für den Fall bejaht, daß der armen Partei auf Antrag die Abschriften, die der Anwalt hat fertigen lassen, dem Gericht hätten kostenlos erteilt werden müssen (§§ 229, 115 StPD.). Das ist hier der Fall. Denn es handelt sich um richtige Urkunden, die, soweit sie nur Abschriften aus den Grundakten sind, immerhin Bestandteil der Prozessakten geworden sind. Auch die Anlage zum Protokoll v. 1. Juni 1934 ist eine richtige Urkunde. Zweifelhafter konnte es bei den persönlichen Eingaben der Bfkl. an das Gericht sein, da die Bfkl. wissen mußten, was sie geschrieben haben, also der Abschriften nicht bedurften. Immerhin mag sich im Laufe der

Zeit ihre Erinnerung getrübt haben, so daß auch der Antrag auf Erteilung dieser Abschriften nicht mißbräuchlich sein würde. Deshalb müssen nach Lage des Falles die Schreibgebühren, die in Wirklichkeit nicht eine Gebühr, sondern Auslagen darstellen, als erstattungsfähig erachtet werden.

(OLG. Naumburg a. d. S., 6. (Kosten-) ZivSen., Beschl. v. 17. April 1936, 6 W 25/36.)

Armenanwaltsgesetz und §§ 114—127 ZPO.

47. § 1 ArmAnwG.; Teil 9 § 7 Abs. 3 NotW.D. v. 1. Dez. 1930 (RGBl. I, 604); § 52 RAGebD. Die Beschränkung der Gebühr auf den Höchstbetrag von 25 RM (jetzt 24 RM) bei EinstwVfg. in Ehesachen gilt nur für den ersten Rechtszug; im zweiten Rechtszuge treten die $\frac{3}{10}$ des § 52 RAGebD. hinzu. Der früher abweichende Standpunkt des Senats wird aufgegeben. f)

Im vorl. Verfahren, das eine EinstwVfg. in Ehesachen zum Gegenstande hatte, ist der Erinnerungsführer der Antragsgegnerin und Bevoll. für den zweiten Rechtszug als ArmAnw. beigeordnet worden. Er hat nach Maßgabe des Gesetzes betr. die Erstattung von Rechtsanwaltsgebühren in Armeisachen vom 20. Dez. 1928 die Erstattung seiner Gebühren aus der Staatskasse beantragt, und zwar hat er für die Gebühren der Bevoll. gem. § 52 RAGebD. den $\frac{3}{10}$ -Zuschlag zu der vollen Gebühr nach einem Streitwerte von 1000 RM in Ansatz gebracht. Der Urlandsbeamte der Geschäftsstelle des OLG. hat von den beanspruchten Gebühren und Auslagen im Gesamtbetrage von 45,32 RM die $\frac{3}{10}$ Zuschläge abgesetzt, weil die Höchstgebühr für EinstwVfg. in Ehesachen auch im zweiten Rechtszuge 25 RM betrage.

Die hiergegen gerichtete Erinnerung des ArmAnw. ist begründet.

Zwar hat der Senat bisher die Ansicht vertreten, daß die Anwendung der Vorschr. des § 52 RAGebD. für EinstwVfg. in Ehesachen durch § 7 Abs. 3 Satz 2 Teil 9 NotW.D. v. 1. Dez. 1930 ausgeschlossen werde, da eine „Höchstgebühr“ nicht mehr erhöht werden könne. Diese Ansicht kann bei erneuter Prüfung nicht aufrechterhalten werden. Der Gebrauch des Wortes „Höchstgebühr“ bringt eine Absicht des Gesetzgebers, die höhere Bewertung der anwaltlichen Tätigkeit in den höheren Instanzen auszuschließen, sofern es sich um eine EinstwVfg. in Ehesachen handelt, nicht eindeutig zum Ausdruck. Es ist unwahrscheinlich, daß zwischen der „festen“ Gebühr des § 7 Abs. 3 Satz 1 für Verfahren in Ehesachen und der „Höchstgebühr“ des Satzes 2 für EinstwVfg. in Ehesachen ein begrifflicher Unterschied gelten sollte. Die Fassung mußte bei EinstwVfg. anders erfolgen als bei den Ehesachen, weil dort auch geringere Streitwerte in Betracht kommen können, für die eine feste Gebühr von 25 RM nicht gerechtfertigt wäre. Andererseits sollte aber verhütet werden, daß die Staatskasse für die Tätigkeit des Anwalts in einer EinstwVfg. in einer Ehesache höhere Gebühren zu erstatten habe als in der Ehesache selbst. Daher sollte die „feste“ Gebühr des Satzes 1 bei der EinstwVfg. als Höchstbetrag gelten. In Satz 1 ist aber bei der Festlegung der „festen“ Gebühr für Ehesachen in Höhe von 25 RM ausdrücklich auf § 9 RAGebD. hingewiesen worden; die „feste“ Gebühr ist also eine „volle Gebühr“ i. S. des § 9 RAGebD. Durch den Ausdruck „Höchstgebühr“ sollte dieser Gebühr die Eigenschaft einer „vollen Gebühr“ i. S. des § 9 a. a. D. nicht genommen werden. Durch die Best. des § 7 Abs. 3 Teil 9 NotW.D. v. 1. Dez. 1930 ist deshalb nur die Grundlage geändert worden, auf der die Gebühr in den einzelnen Instanzen nach Maßgabe der Gebührenordnung zu berechnen ist.

Da für Ehesachen in zweiter Instanz der feste Satz von 25 RM + $\frac{3}{10}$ davon gilt, so gilt bei EinstwVfg., wenn der Streitwert über 1000 RM beträgt, der gleiche Betrag als Höchstsatz. Der vom Erinnerungsführer bei einem Streitwert von 1000 RM für eine volle Gebühr berechnete Betrag von 32,50 RM besteht demnach zu Recht.

(OLG. Naumburg, 6. (Kosten-) ZivSen., Beschl. v. 20. Mai 1936, 6 W 88/36.)

Anmerkung: An sich eine alte Streitfrage, zu der aber OLG. Naumburg mit wenn auch nicht neuer, so trotzdem beachtlicher Begr. jetzt erneut und unter Aufgabe seiner bisherigen Ansicht Stellung nimmt.

Gewiß kann man mit der — ich möchte sagen bequemen — Begr. argumentieren, eine Höchstgebühr könne begrifflich unter keinen Umständen überschritten werden. Dies wäre aber schließlich doch nur eine Wortinterpretation, mit der zudem nicht allzuviel gewonnen ist. Denn auch von einer festen Gebühr läßt sich sagen, daß sie eben keinesfalls variabel ist, also auch nicht in höherer Instanz auf dem Wege über § 52 RAGebD.

Es kommt vielmehr allein darauf an, ob die Höchstgebühr nur auf die Normalgebühr, d. h. hier die volle Gebühr des § 9, abzielt und lediglich diese nach oben hin begrenzen will, oder ob damit eine starre Einheitshöchstgebühr eingeführt werden sollte, die gleichmäßig für alle Instanzen gelten sollte.

Die verschiedenen zu dieser Frage ergangenen Entsch. finden sich bei Gelinsh-Meyer, 3. Aufl., S. 149. Ich möchte gleichfalls der jetzt von OLG. Naumburg vertretenen Auffassung den Vorzug geben. Denn die gegenteilige Ansicht durchbricht ein Grundprinzip der Gebührenvorschriften überhaupt und insbes. auch der RAGebD., welche von Normalfällen („volle Gebühr“) ausgeht und diese in den höheren Instanzen, der erhöhten Verantwortung des Anwalts entsprechend, prozentual erhöht. Mit Recht weisen die für eine Erhöhung selbst der Höchstgebühr sich aussprechenden Entsch. darauf hin, daß eine solche ausnahmsweise Gestaltung der Gebühren besonders klar und ausdrücklich von der NotW.D. hätte ausgesprochen werden müssen. Ob sie das überhaupt beabsichtigt hat, läßt sich, da eine Begr. der NotW.D. nicht bekannt geworden ist, nicht feststellen. Gerade der Zusammenhang mit dem vorhergehenden Satz läßt dagegen bei näherer Betrachtung deutlich genug erkennen, daß in dem ganzen Absatz überhaupt nur von der an Stelle der Sätze des § 9 geltenden „normalen“ Gebühr die Rede ist. Nur mußte aus naheliegenden Gründen die Formulierung bei der EinstwVfg., bei der nach unten keine Streitwertgrenze gezogen werden konnte, anders ausfallen als bei den Ehesachen mit festem Mindeststreitwert von 2000 RM. Es hätte sonst nämlich die Gefahr bestanden, daß für eine EinstwVfg. in Ehesachen höhere Gebühren zu zahlen waren als für die Ehesache selbst oder als dem Streitwert der EinstwVfg. entsprochen hätte. Beides war natürlich nicht der Sinn der NotW.D.

OLG. Naumburg hat daher mit Recht die Höchstgebühr entsprechend § 52 RAGebD. um $\frac{3}{10}$ erhöht.

RGK. Dr. Gaebele, Berlin.

*

48. §§ 1, 4 ArmAnwG. Der ausscheidende Armenanwalt muß die Nachprüfung der Gründe für sein Ausscheiden ermöglichen. Keine Berufung auf seine Schweigepflicht schlechthin.

Die Beschw. der Reichskasse wendet sich mit Recht dagegen, daß das OLG. im Gegensatz zu dem UrV. trotz Ausscheidens des RA. G. als Armenanwalt seinen Anspruch auf Festsetzung der Prozeßgebühr anerkannt hat, obwohl diese Gebühr auch für den an seiner Stelle bestellten Armenanwalt erwachsen und festgesetzt worden ist. Das OLG. hat eine freiwillige Mandatsniederlegung verneint, da RA. G. zur Niederlegung gezwungen gewesen sei, andernfalls er sich mit seinen Standespflichten in Widerspruch gesetzt hätte. Die Beschw. bemängelt, daß in tatsächlicher Hinsicht eine solche Feststellung nicht getroffen worden sei und auch nicht habe getroffen werden können, weil der Armenanwalt keinerlei Umstände angegeben habe, die eine Nachprüfung der Gründe für sein Ausscheiden als Armenanwalt ermöglichten, sondern sich auf seine Schweigepflicht berufen habe.

Diese Bemängelungen sind gerechtfertigt. RA. G. hatte gebeten, ihn von seiner Verpflichtung als Armenanwalt zu entbinden und der Kl. einen neuen Armenanwalt beizugeben, da die weitere Vertretung ihn in eine Kollision zwischen seinen Aufgaben als Prozeßbevollmächtigter der Kl. und seinen standesrechtlichen Pflichten bringen würde. Das OLG.

hat diesem Antrag ohne weiteres entsprochen und einen anderen Armenanwalt beigeordnet.

Richtig ist nun allerdings, daß bei diesem Sachverhalt von einer freiwilligen Niederlegung des Mandats und einem freiwilligen Ausscheiden des Armenanwalts i. S. der von der Rspr., insbes. des Senats entwickelten Grundsätze, nicht gesprochen werden kann. Daraus folgt jedoch noch nicht, daß nicht der Anwalt hinsichtlich seiner Gebührenansprüche an die Reichskasse ebenso zu behandeln ist, als wenn er das Mandat freiwillig niedergelegt hätte. Der ursprüngliche Grundsatz v. 19. Sept. 1934, 20 W 5496/34: JW. 1934, 2496⁴³ ist vom Senat in der späteren Rspr. weiter entwickelt worden. In der Entsch. v. 19. Juni 1935, 20 W 3873/35: JW. 1935, 2293³⁹ ist bereits ausgeführt, daß freiwillige Entlassung in diesem Sinne stets dann vorliegt, wenn der Anwalt aus wirtschaftlichen Gründen seine Zulassung wechselt oder aufgibt. In der Entsch. v. 16. März 1935, 20 W 1671/35: JW. 1935, 1799³⁷ ist ausgesprochen, daß der Armenanwalt, der durch von ihm zu vertretendes Verhalten seine Entlassung als Armenanwalt verursacht, damit seinen Ersatzanspruch an die Staatskasse insoweit verliert, als die gleichen Gebühren auch für seinen Nachfolger entstehen.

Alle diese Entsch. sind von der grundsätzlichen Erwägung getragen, daß nur vom Anwalt nicht zu vertretende Gründe die Nichtweiterführung des ihm durch die Beordnung zugewiesenen Mandats zu rechtfertigen vermögen. Daraus ergibt sich zwangsläufig, daß die Feststellung, ob derartige Gründe vorliegen, für die Festsetzung der aus der Reichskasse zu erstattenden Kosten wesentlich ist. Die Notwendigkeit dieser Feststellung bereits durch den Urk. hat der Senat dann in seiner grundsätzlichen Entsch. 20 W 6647/35 v. 16. Nov. 1935 (JW. 1936, 739²⁵) eingehend dargelegt.

Es versteht sich von selbst, daß der den Ersatzanspruch an die Reichskasse geltend machende Armenanwalt seinerseits die Nachprüfung der Gründe für sein Ausscheiden ermöglichen muß, indem er diejenigen Umstände darlegt, die eine Beurteilung des Sachverhalts und Entsch. über seinen Erstattungsanspruch in dieser Richtung ermöglichen. Ein Anwalt, der durch sein Verhalten diese Nachprüfung vereitelt, obwohl der Antrag auf Entlassung als Armenanwalt von ihm selbst ausgegangen ist, muß sich daher so behandeln lassen wie ein Armenanwalt, der durch eigenes Verhalten seine Entlassung als Armenanwalt und die Bestellung eines neuen Armenanwalts verursacht. Es geht nicht an, daß der Anwalt seine eigene Beurteilung der Sachlage an die Stelle der erforderlichen Prüfung und Beurteilung durch die zuständigen gerichtlichen Instanzen (Urk., Prozeßgericht, Beschw.) setzt. Es genügt also nicht, daß der Armenanwalt erklärt, sein Amt als solcher nicht mehr weiterführen zu können, da er sonst in Kollision mit seinen Standespflichten kommen könne, daß er aber infolge seiner Schweigepflicht nähere Aufklärung nicht zu geben in der Lage sei. Auch in derartigen Fällen muß vielmehr erfordert werden, daß der Armenanwalt in tatsächlicher Hinsicht mindestens darlegt, in welcher Richtung diejenigen Umstände liegen, die ihm die weitere Vertretung seiner Partei nach seiner Auffassung unmöglich machen. Damit wird von ihm keineswegs eine Verletzung der ihm obliegenden Schweigepflicht verlangt. Der bloße Hinweis auf diese vermag jedenfalls den Anwalt nicht von der Verpflichtung zu entbinden, die Nachprüfung der Gründe seines Verhaltens und damit die Entsch. über seinen Erstattungsanspruch zu ermöglichen.

Mit Recht verweist die Reichskasse auf die Vorschrift des § 384 ZPO., die auch für die Zeugnisverweigerung durch den Anwalt, der auf Grund der Schweigepflicht sein Zeugnis verweigern will, gilt und ihm die Pflicht auferlegt, die Tatsachen, aus denen er sein Zeugnisverweigerungsrecht herleitet, dem Gericht glaubhaft zu machen. In ähnlicher Lage befindet sich der Anwalt, der im einzelnen den Sachverhalt, der ihn zur Niederlegung seines Mandats als Armenanwalt geführt hat, aus der Erwägung heraus nicht darlegen zu können glaubt, weil er sonst einer Verletzung der Schweigepflicht sich schuldig macht. Eine Verletzung seiner Schweigepflicht wird dem Anwalt mit der von ihm erforderlichen Dar-

legungspflicht in dem einen wie in dem anderen Falle nicht zugemutet.

Der Anwalt kann sich auch nicht darauf berufen, daß es bereits Sache des beordnenden Gerichts gewesen wäre, über die Notwendigkeit seines Ausscheidens sich schlüssig zu machen und daß jetzt für eine Prüfung dieser Frage kein Raum mehr sei. Der Senat hat vielmehr bereits in seiner Entsch. 20 W 6680/35 v. 6. Nov. 1935: JW. 1935, 3572⁵³ darauf hingewiesen, daß der Ersatzanspruch des ausscheidenden Armenanwalts auch dann in Frage gestellt sein könne, wenn das Prozeßgericht ohne zwingende Gründe einen anderen Armenanwalt beigeordnet hat. Die Tatsache der Beordnung mehrerer Armenanwälte nacheinander hindert nicht die Nachprüfung in der Kostenfestsetzung, ob etwa in der Person des einen oder anderen, insbes. naturgemäß des ausscheidenden Anwalts, Verjagungsgründe vorliegen (so auch 20 W 6/36 v. 4. Jan. 1936: JW. 1936, 615⁵⁴).

Da hier in tatsächlicher Hinsicht nicht der geringste Anhaltspunkt dafür geltend gemacht oder sonst aus den Akten ersichtlich ist, inwiefern R. u. G. bei weiterer Vertretung der Kl. in Kollision mit seinen Standespflichten kommen müßte, läßt sich nicht feststellen, daß sein Ausscheiden als Armenanwalt durch von ihm nicht zu vertretende, außerhalb seines Willens liegende Umstände verursacht worden ist. Folglich kann er die für seinen Nachfolger erwachsene Prozeßgebühr nicht auch für sich festgesetzt verlangen.

(RG., 20. ZivSen., Beschl. v. 13. Mai 1936, 20 W 2531/36.)

*

49. § 5 ArmAnwG. Einziehung von Armenanwaltskosten durch die Reichskasse nach Erstattung an den ArmAnw.

Die Beschw. wendet sich mit Recht gegen die Zurechnung von Armenanwaltskosten, die im 1. und 2. Rechtszuge aus der Reichskasse dem ArmAnw. des Kl. erstattet worden sind. Es ist nicht ersichtlich, auf welcher Rechtsgrundlage die Vorinstanzen die Einforderung dieser Kosten von den Bekl. vornehmen wollen. Die Rechtsgrundlage hierfür bildet nur § 5 ArmAnwG. Für dessen Anwendung war aber im Zeitpunkt der Aufstellung der Gerichtskostenrechnung noch kein Raum und ist erst recht jetzt, nachdem die Kostenausgleichung gem. § 106 ZPO. erfolgt ist, kein Raum mehr. Durch Urteil des RG. sind die Kosten des gesamten Rechtsstreits den Parteien je zur Hälfte auferlegt worden. Es hatte mithin eine Kostenausgleichung stattzufinden. Erst diese Kostenausgleichung ergibt aber, ob und in welchem Umfang ein Übergang auf die Reichskasse gem. § 5 ArmAnwG. stattgefunden hat, auf Grund dessen diese berechtigt ist, gegen die in der Kostenausgleichung unterliegende Partei Erstattungsansprüche wegen der Armenanwaltskosten geltend zu machen.

Der Umstand, daß nach § 5 die Einziehung der Kosten nach den Vorschr. über die Erhebung von Gerichtskosten erfolgt, berechtigt den Urk. noch keineswegs, ohne Rücksicht darauf, ob eine Haftung gemäß den erwähnten Vorschr. wegen der Armenanwaltskosten besteht, diese in die Abrechnung wegen der Gerichtskosten aufzunehmen. Denn nach anerkannter Rspr. stellen diese Kosten sich auch nach Erstattung aus der Reichskasse als außergerichtliche Kosten dar, die folglich nur auf dem Wege über § 5 der sich als Kostenschuldner darstellenden Partei in Rechnung gestellt werden dürfen. Gegen diesen Grundsatz hat der Urk. verstößen.

Da die inzwischen durchgeführte Kostenausgleichung einen Saldo zugunsten der durch die Gerichtskostenrechnung in Anspruch genommenen Bekl. ergibt, steht nunmehr bereits fest, daß die Reichskasse trotz der Erstattung der Kosten an die ArmAnw. einen auf dem Wege über § 124 ZPO. von der Gegenpartei einziehbaren Anspruch nicht erworben hat. Abgegangen ist vielmehr auf sie allein der Anspruch gegen die arme Partei selbst, der hier aber nicht zur Erörterung steht. Folglich mußte der Kostenanfall bzgl. der Armenanwaltskosten in der angegriffenen Gerichtskostenrechnung aufgehoben werden.

(RG., 20. ZivSen., Beschl. v. 29. Mai 1936, 20 W 2883/36.)

*

50. §§ 115, 119 ZPO. Für den Umfang der Armenrechtsbewilligung ist nur der entscheidende Teil des Beschlusses, nicht die Wertangabe im Kopf der Entscheidung maßgebend.

Durch Beschl. v. 10. Jan. 1936 ist dem Bekl. für die Ver. das Armenrecht bewilligt und R. W. als Arm. Anw. benannt worden. Eine Einschränkung des für den Bekl. sich als notwendig darstellenden Armenrechts auf einen Teil des zur Entsch. gestellten Anspruchs ist nicht gemacht worden, so daß Bewilligung und Beordnung in vollem Umfange der Ver. erfolgt sind. Der Streitwert der Ver. ergibt sich aber aus den Wertfestsetzungsbeschlüssen des RG. Er beträgt 2300 R. M.

Wenn gleichwohl der UrV. nur von einem Streitwert von 1200 R. M. ausgeht, so ist für ihn offenbar die im Kopf des Armenrechtsbeschlusses stehende Bezeichnung des Streitgegenstandes: „Wegen 1200 R. M.“ bestimmend gewesen. Dieser Angabe kommt jedoch für den Umfang der Armenrechtsbewilligung keine ausschlaggebende Bedeutung zu. Denn sie ist — ebenso wie im Urteil — im allgemeinen weder dazu bestimmt noch geeignet, den Streitwert festzusetzen oder gar den Willen des Gerichts zum Ausdruck zu bringen, nur in Höhe dieser Wertangabe das Armenrecht zu bewilligen und den Arm. Anw. beizuwenden. Wie auch sonst bei gerichtlichen Entsch. so ist auch hier maßgebend allein der entscheidende Teil des Beschlusses. Enthält dieser keine ausdrückliche Angabe über den Umfang der Armenrechtsbewilligung, insbes. also keine Einschränkung auf einen Teil des von der einen oder anderen Seite geltend gemachten Anspruchs, so wird von der Bewilligung ohne weiteres der gesamte in der Instanz im Augenblick der Armenrechtsbewilligung zur Entsch. gestellte Anspruch erfaßt. Auf die Zufälligkeit, ob dieser Anspruch im Kopf des Armenrechtsbeschlusses zutreffend beziffert ist, kann es selbstverständlich nicht ankommen. Dafür bietet der vorl. Fall ein besonders anschauliches Beispiel. Denn obwohl die Ver. des Kl. eingeschränkt eingelegt worden ist und die Prozeßgebühr nach einem vorläufig angenommenen Streitwert von 4900 R. M. erfordert worden ist, enthält der Kopf des Armenrechtsbeschlusses, offenbar entnommen dem Vermerk auf dem Aktendeckel, nur die Angabe „wegen 1200 R. M.“.

(RG., 20. ZivSen., Beschl. v. 27. Mai 1936, 20 Wa 76/36.)

*

51. §§ 118a, 375, 617 ZPO. Das Armenrechtsbewilligungsverfahren bietet nicht die gleiche Gewähr für das Zustandekommen einer einwandfreien unbedingt zuverlässigen Zeugenaussage wie das Erkenntnisverfahren. Die Verwendung der Zeugenaussagen, die im Bewilligungsverfahren gemacht sind, im Wege des Urkundenbeweises im Ehescheidungsprozeß verstößt gegen Zweck und Ziel des Verfahrens in Ehesachen, gegen den Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme und gegen die Vorschrift des § 617 ZPO. Sie ist auch deshalb unzulässig, weil dadurch Aussagen, die gem. § 118a ZPO. uneidlich erfolgen müssen, als vollwertige Beweismittel in den Prozeß eingeführt werden, ohne daß die Voraussetzungen des § 391 ZPO. vorliegen.†)

Das angefochtene Urteil stützt die Scheidung der Ehe der Parteien auf Zeugenaussagen, die lediglich im Armenrechtsverfahren gemacht worden sind, und verwertet die Protokolle über die Vernehmung der betreffenden Zeugen im Wege des Urkundenbeweises, ohne daß eine unmittelbare Vernehmung der Zeugen vor dem Prozeßgericht erster Instanz stattgefunden hat.

Diese Berücksichtigung des Ergebnisses der Beweisaufnahme im Armenrechtsverfahren verstößt gegen zwingende verfahrensrechtliche Vorschriften. Es ist mit Zweck und Ziel des Verfahrens in Ehesachen unvereinbar, wenn — wie es in dem angefochtenen Urteil geschehen ist —, an Stelle einer an sich möglichen unmittelbaren Beweisaufnahme vor dem

erkennenden Gericht, die urkundenbeweisliche Verwertung von Zeugenaussagen, die in einem anderen Verfahren gemacht worden sind, der richterlichen Überzeugungsbildung zugrunde gelegt wird. Das steht nicht nur mit dem für das Verfahren in Ehesachen in erhöhtem Maße geltenden Grundsatz größtmöglicher Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme, sondern darüber hinaus mit dem Erfordernis größtmöglicher Zuverlässigkeit der Wahrheitsermittlung, soweit es sich um ehefeindliche Tatsachen handelt, in unvereinbarem Widerspruch. Das Armenrechtsverfahren bietet nicht die gleiche Gewähr für das Zustandekommen einer einwandfreien, unbedingt zuverlässigen Zeugenaussage, wie das Erkenntnisverfahren. Die geringe Zuverlässigkeit der Beweisaufnahme im Armenrechtsverfahren gegenüber einer vor dem erkennenden Gericht vorgenommenen Zeugenvernehmung beruht schon auf ihrer sich aus Zweck und Aufgabe des Armenrechtsverfahrens ergebenden Beschränkung. Die Beweisaufnahme im Armenrechtsverfahren hat nicht, wie die im Erkenntnisverfahren, die Ermittlung der vollen Wahrheit und die Begründung einer zweifelsfreien richterlichen Überzeugung, sondern nur die Feststellung hinreichender Wahrscheinlichkeit, mithin die Begründung eines weit geringeren Überzeugungsgrades zum Ziel. Auf eine Beweisaufnahme, die sich von vornherein in ihrem Ermittlungsziel auf eine derart beschränkte Wahrheitserforschung beschränkt, kann ein Ehescheidungs Urteil nicht gestützt werden. Ihre Verwertung in dem angefochtenen Urteil verstößt gegen den, das Verfahren in Ehesachen in Ansehung ehefeindlicher Tatsachen leitenden Grundsatz der unbedingten Wahrheitsermittlung, der die Benutzung eines weniger zuverlässigen Beweismittels an Stelle eines zur Verfügung stehenden überzeugungskräftigeren schlechthin verbietet.

Die Verwertung der Zeugenaussagen des Armenrechtsverfahrens in dem angefochtenen Urteil verstößt aber auch gegen § 617 ZPO. Die genannte Vorschrift schließt die Verfügungsmacht der Parteien über die Gestaltung des Verfahrens insoweit aus, als dieses ehefeindliche Tatsachen zum Gegenstand hat. Die Parteien können insoweit weder ausdrücklich noch stillschweigend gem. § 295 ZPO. auf die Einhaltung solcher Verfahrensvorschriften verzichten, die der Zuverlässigkeit der Wahrheitsermittlung dienen. Die urkundenbeweisliche Verwertung von Zeugenaussagen des Armenrechtsverfahrens, ohne ihre nochmalige Wiederholung vor dem erkennenden Gericht, wird aber durch einen derartigen Rügeverzicht der Parteien überhaupt erst ermöglicht. Sie verstößt gegen den in § 375 ZPO. ausdrücklich ausgesprochenen Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme, der, da er schon die Beweisaufnahme vor einem Mitglied des erkennenden Gerichts innerhalb des Erkenntnisverfahrens in der Regel grundsätzlich ausschließt, natürlich erst recht die Berücksichtigung der Beweisaufnahme eines dem Erkenntnisverfahren vorausgehenden Armenrechtsverfahrens verbietet. Für die Zulassung eines Verzichts der Parteien auf die Beachtung dieser Verfahrensvorschrift kann auch nicht etwa die Auslegung verwendet werden, daß der Rügeverzicht der Parteien nur die Voraussetzung für die von dem Grundsatz der Beweisunmittelbarkeit abweichende Verfahrensgestaltung durch das Gericht darstelle, nicht aber unmittelbar auf die Gestaltung des Verfahrens einwirke. Wenn damit auch die Entscheidung über Mittelbarkeit oder Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme dem pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts in die Hand gegeben ist, so bleibt doch die Tatsache bestehen, daß das Abweichen von dem Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme nur unter der Voraussetzung des Rügeverzichts der Parteien zulässig ist. Dieser kann jedoch im Ehescheidungsprozeß, soweit es sich um ehefeindliche Tatsachen handelt, keine Wirkungen äußern, mag er im übrigen auch nur die Bedeutung einer Ermächtigung an das Gericht, von sonst geltenden Verfahrensvorschriften abzuweichen, haben. Der § 617 ZPO. schließt, soweit es sich um ehefeindliche Tatsachen handelt, nicht nur jeden Rügeverzicht der Parteien, sondern auch die Ausübung des richterlichen Ermessens, soweit sie die Zustimmung oder einen Rügenverzicht der Parteien zur Voraussetzung hat, aus (RGZ. 130, 11 = JW. 1930, 3394⁵).

Die Benutzung der Beweisaufnahme des Armenrechts-

verfahrens in dem angefochtenen Urteil ist schließlich auch deshalb unzulässig, weil damit Zeugenaussagen, die auf Grund der Bestimmung des § 118a ZPO. uneidlich zu erfolgen hatten, ohne weiteres als vollwertiges Beweismittel in den Prozeß eingeführt worden sind. Dem angefochtenen, die Scheidung der Ehe aussprechenden Urteil liegen mithin Zeugenaussagen zugrunde, bezüglich deren das Gericht überhaupt nicht mit der Frage ihrer Beeidigung befaßt worden ist. Die Beeidigung der betreffenden Zeugen ist mithin auch nicht, wie § 391 ZPO. das für die Zeugenaussage im ordentlichen Erkenntnisverfahren voraussetzt, etwa deshalb unterblieben, weil das Gericht dies mit Rücksicht auf die Bedeutung der Aussage oder zur Herbeiführung einer wahrheitsgemäßen Aussage nicht für geboten erachtet hat, sondern einfach deswegen, weil sie durch § 118a ZPO. überhaupt ausgeschlossen war und weil bei der Verwendung dieser Aussagen als Urkundenbeweis die Frage ihrer Beeidigung überhaupt nicht mehr zur Erörterung stand. Die trotzdem erfolgte Berücksichtigung der Zeugenaussagen des Armenrechtsverfahrens in dem angefochtenen Urteil verstößt daher auch aus diesem Grund gegen § 617 ZPO.

Da mithin das Verfahren erster Instanz an einem wesentlichen Mangel leidet, war die Sache gem. § 539 ZPO., unter Aufhebung des angefochtenen Urteils, an das Gericht erster Instanz zur erneuten Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen.

(OLG. Frankfurt a. M., Ur. v. 26. Mai 1936, 2 U 30/36.)

Anmerkung: Eine Vorwegnahme der Beweisaufnahme des Rechtsstreits durch etwaige im Armenrechtsverfahren angestellte Ermittlungen gibt es rechtlich nicht. Die Vernehmung von Zeugen im Armenrechtsverfahren ist entsprechend dem Ziel dieses Verfahrens lediglich eine vorläufige. Deshalb ist die Zuziehung der Parteien zu dieser Vernehmung noch nicht einmal geboten. Da das Armenrechtsverfahren einschließlich seiner Ermittlungen nicht das gleiche Maß von Prüfung und Klärung wie ein Rechtsstreit erstrebt, sondern nur eine übersichtliche, gewährleistete es auch nicht eine für den Rechtsstreit erschöpfende und darum für ihn zuverlässige Zeugenaussage.

Werden Niederschriften über Zeugenaussagen im ordentlichen Verfahren verwendet — was Urkundenbeweis bedeutet —, so kann dies nur mit gebotener Vorsicht geschehen. Es ist nur dadurch möglich, daß die Parteien einer solchen Verfahrensabweichung vom Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme zustimmen, und zwar dadurch, daß sie demgegenüber auf ihr Rüge-recht verzichten, oder die Rüge unterlassen. In Ehesachen ist ein solcher Urkundenbeweis vollends unzulässig. Er verstößt, wie das oben abgedruckte Urteil im einzelnen zutreffend nachweist, gegen Zweck und Ziel des Verfahrens in Ehesachen, insbes. gegen den Verfahrensschutz, unter dem die Wahrheitsermittlung hinsichtlich der eheseindlichen Tatsachen durch § 617 Abs. 2 ZPO. steht. Demgegenüber hat der Verzicht oder die Unterlassung der Rüge durch die Parteien keine Kraft, wie bereits aus § 295 Abs. 2 ZPO. klar hervorgeht. Mit Recht hat daher das Gericht das erstinstanzliche Verfahren als mit einem wesentlichen Mangel behaftet betrachtet.

RA. Dr. P. Bach, Freiburg i. Br.

*

52. § 118a ZPO.; § 1 ArmAnwG.; § 13 Ziff. 1 und 3 RAGebD. Gebühren des ArmAnw., der nach Beweiserhebungen im Armenrechtsverfahren vor Berufungseinlegung zum Vergleich mitwirkt. †)

Der kostenpflichtig abgewiesene Kl. beabsichtigte Ver. einzulegen und suchte durch den auch beim OLG. zugelassenen RA. das Armenrecht für die Ver. nach. OLG. ordnete im Armenrechtsverfahren die Einnahme des richterlichen Augenscheins an. Im Augenscheinstermin, zu dem auch der Anwalt erschienen war, wurde nach der Augenscheineinnahme dem Kl. für die Ver. Just. das Armenrecht bewilligt und der erschienene RA. beigeordnet. Im unmittelbaren Anschluß daran haben sich die Parteien zu richterlichem Protokoll verglichen.

Der Anwalt hat Erstattung einer Prozeß-, Beweis- und Vergleichsgebühr sowie Reisekosten beantragt. Diesem Antrag war, wenn auch nicht in vollem Umfang, zu entsprechen.

Für den Kl. handelte es sich darum, das Armenrecht für die zweite Instanz zu erlangen. Ihm ist auch ausdrücklich für diese Instanz das Armenrecht bewilligt worden. Die Rechtsmittelinstantz beginnt zwar gebührenrechtlich mit der Einreichung der Rechtsmittelschrift (vgl. § 25 OLG.; ferner Baumbach, Reichskostengesetz, Anm. 2 zu § 25 OLG.; Rittmann-Wenz, Anm. 2 zu § 25 OLG.). Damit beginnt an sich auch die Wirkung des Armenrechts erst von diesem Zeitpunkt an. Zur Einreichung der Berufungsschrift (§ 518 ZPO.) ist es im vorl. Falle aber nicht gekommen. Andererseits war das Armenrechtsverfahren bereits mit der Verkündung des Armenrechtsbeschlusses beendet worden. Es hatte damit sein Ziel erreicht.

Die Tätigkeit des RA. kann und muß indes schon vor Eröffnung der Instanz beginnen (z. B. Information, Fertigung der Berufungsschrift). Es fragt sich also, ob der RA. tatsächlich im Anschluß an die Armenrechtsbewilligung bereits eine gebührenpflichtige Tätigkeit ausgeübt hat, die sich auf das Verfahren der Instanz bezog (vgl. Rittmann-Wenz, Anm. 2 zu § 13 RAGebD.). Nur solche kommt für die Erstattung in Betracht, da eine Beordnung als ArmAnw. für das zum Abschluß gebrachte Armenrechtsverfahren selbst nicht erfolgt ist. Hierzu ist nun zu sagen:

Die Prozeßgebühr entsteht durch eine Tätigkeit nach Erteilung des Prozeßführungsauftrages seitens der Partei. Ein solcher Auftrag liegt nun hier offenbar vor. Denn der Anwalt hat nach Erledigung des Armenrechtsverfahrens im Beisein und damit im Einverständnis des Kl. weiter verhandelt. Da es bei dieser Gebühr auf die Art der Tätigkeit an sich nicht ankommt, ist also die Prozeßgebühr verdient (Rittmann-Wenz a. a. D.). Doch unterliegt sie der Ermäßigung des § 14 RAGebD., da sich der Auftrag vor Beginn eines zur mündlichen Verhandlung bestimmten Termins erledigt hat, ohne daß ein Schriftsatz eingereicht worden wäre. Ein Verhandlungstermin i. S. des § 14 RAGebD. konnte nicht bestimmt werden, da die Instanz als solche noch nicht eröffnet war.

Aber auch die Vergleichsgebühr ist verdient. Auch bei der Vergleichsgebühr ist die Eröffnung der Instanz ebenso wie die Klagerhebung nicht erforderlich. Es genügt, wenn der Vergleich nach Erteilung des Vertretungsauftrages vor Eröffnung der Instanz vermittelt wird, wobei es unerheblich ist, ob dies im Beisein und unter Mitwirkung von Gerichtspersonen geschieht.

Dagegen kann ein Beweisaufnahmeverfahren i. S. des § 13 Ziff. 4 RAGebD. vor Eröffnung der Instanz nicht in Frage kommen. Außerdem waren hier die vorgenommenen Beweiserhebungen (der Augenschein), wie das OLG. in seinem Beschluß mit Recht hervorhebt, schon im Armenrechtsverfahren abgeschlossen worden. Deshalb scheidet die Beweisgebühr aus.

Zweifelhaft könnte es sein, ob die noch im Armenrechtsverfahren angetretene, jedoch erst nach Abschluß desselben und erst nach Vornahme gebührenpflichtiger Handlungen beendete Reise des ArmAnw. i. S. des § 1 Abs. 3 ArmAnwG. erforderlich war. Man wird hier jedoch der Auffassung des OLG. beitreten müssen. Eine (allerdings für die Erstattungsfähigkeit unerhebliche) Notwendigkeit für das Armenrechtsverfahren ergab sich schon aus der Eigenart des Falles, was auch daraus hervorgeht, daß die ganze Kammer den Augenscheinstermin wahrgenommen hat. Für die sich daran anschließende weitere Tätigkeit des nunmehr zum ArmAnw. bestellten BeschwF. dauerte diese Notwendigkeit aber fort. Er durfte seine Mitwirkung nicht versagen, wo er einmal an Ort und Stelle zugegen war. Und für die Erstattungsfähigkeit der ganzen Reisekosten muß es genügen, wenn diese Reise auch zur Vornahme der gebührenpflichtigen Akte notwendig gewesen ist.

Somit sind zu erstatten: die Prozeß-, die Vergleichsgebühr und die Reisekosten.

(OLG. Kiel, Beschl. v. 21. April 1936, 2 a W 15/36.)

Anmerkung: 1. Die Entsch. ist ein lehrreicher Beitrag zu der wirklich nicht einfachen Gebührenfrage, sobald § 118a ZPO.

beteiligt ist. Es ist fast Ironie des Schicksals, daß dem § 118 a die jetzige Fassung gegeben worden ist, um die bisher genugsam auftretenden Zweifelsfragen endlich zu beseitigen. Das ist jedoch nicht gelungen, wie die vielfachen Erörterungen — zu vgl. z. B. die Ausführungen von Münzel: Deutsche Rechtspflege 1936, 241 gegen Lindemann: JW. 1935, 3019, 3436 beweisen.

Am allerwenigsten hat man an die aus dem Vergleich im Armenrechtsverfahren sich ergebender Zweifel in verfahrens- und gebührenrechtlicher Beziehung gedacht. Ich habe diese Fragen eingehend in meinem Aufsatz „Vergleiche im Armenrechtsverfahren“ (JW. 1935, 2865) behandelt.

2. Diesen meinen Ausführungen folgt obige Entsch. insofern, als auch sie annimmt, daß mit der Verkündung des Armenrechtsbeschlusses das Armenrechtsverfahren beendet ist. Damit ist dann naturgemäß für einen Vergleich im Armenrechtsverfahren, der ja gerade auch der Ersparung des Armenrechts dient, kein Raum mehr. Daraus können sich naturgemäß prozessuale Schwierigkeiten ergeben. Denn ein Prozeßvergleich kann als gerichtlicher Vergleich nur vor dem Prozeßgericht zu Protokoll gesetzt werden, als welches aber das BG. vor Einlegung der Ber. nicht anzusehen ist. Immerhin wird daraus keine Folgerung gegen die Wirksamkeit des Vergleichs als eines gerichtlichen hergeleitet werden können.

Als außergerichtlicher würde er ohnehin stets anzusehen sein, und das ist für den Anspruch des ArmAnw. auf die Vergleichsgebühr allein entscheidend.

3. Daraus ergibt sich bereits, daß dem Anwalt hier für die Mitwirkung bei einem den Rechtsstreit beendenden Vergleich diese Vergleichsgebühr gem. § 13 Ziff. 3 RMGebD. zu Recht zugebilligt ist. Obwohl Ber. noch nicht eingelegt war, kann es sich für den zweitinstanzlichen Anwalt zweifellos nur um die erhöhte Gebühr aus § 52 RMGebD. handeln. Denn sein Auftrag galt nur der Durchführung der Ber.

4. Zutreffend hat OLG. Kiel auch die halbe Prozeßgebühr festgesetzt. Denn für den Auftrag des ArmAnw. spielt es keine Rolle, ob die gerichtliche Instanz, für welche er bestellt ist, bereits eröffnet ist. Der Anwalt aber, der nach seiner Betordnung zum Zwecke des Abschlusses eines Vergleichs tätig wird, entwickelt insoweit ohne jeden Zweifel bereits eine auch dem allgemeinen Prozeßbetrieb dienende Tätigkeit.

5. Reisekosten. Auch hier wird man beitreten können, obwohl der Beginn der Reise noch nicht unter der Herrschaft des Armenrechts lag.

6. Auch die Absetzung der Beweisgebühr ist gerechtfertigt, obwohl die Begr. nicht ganz zutreffend ist. Denn auch vor Eröffnung der Instanz kann eine Beweisgebühr aus § 13 Ziff. 4 i. Verb. m. § 23 Ziff. 6 RMGebD. in Frage kommen. Hier schlägt indes die Begr. des LG. durch, daß im Augenblick der Beordnung die Beweisaufnahme bereits beendet war. Was nun noch in dem Termin sich abspielte, kann deshalb nicht mehr als der Beweiserhebung zum Zwecke der Armenrechtsbewilligung dienend angesehen werden, obwohl der als Augenscheinstermin angeetzte Termin eigentlich noch nicht geschlossen war.

OGA. Dr. Gaedekke, Berlin.

*

53. § 124 ZPO. Abtretung des Kostenerstattungsanspruchs durch die arme Partei im Laufe des Prozesses ist dem ArmAnw. gegenüber unwirksam, gleichgültig wann und in welcher Instanz er bestellt wird. †)

Erinnerung und Beschw. der Besl. gegen die auf Grund des § 124 ZPO. ergangene Kostenfestsetzung bestreiten, daß ein Kostenerstattungsanspruch des ArmAnw. noch bestehe, da die Partei bereits im Laufe des ersten Rechtszuges ihre Kostenerstattungsansprüche anderweit abgetreten und diese Abtretung auch schriftlich angezeigt habe.

Mit Recht wehrt sich indes der ArmAnw. zweiter Instanz dagegen, daß ihm durch einseitige Verfügung der armen Partei im Laufe des Rechtsstreits sein Kostenerstattungsanspruch zugunsten eines anderen Gläubigers genommen werden könnte. Zwar ist der armen Partei nicht verwehrt, durch Vergleich im Prozeß über ihren Kostenerstattungsanspruch

gegen die andere Partei zu verfügen und bis zur Rechtskraft des etwa ergehenden Urteils auf diesem Wege mit der eigenen Erstattungsforderung auch das Recht des ArmAnw. aus § 124 ZPO. zu beseitigen. Doch ist die Rechtslage eine wesentlich andere, wenn es sich nicht um ein Verfügen innerhalb des prozessualen Rahmens, im Zusammenhang mit der Prozeßgestaltung, d. h. nicht um eine vergleichsweise Beilegung des Prozesses handelt, die zugleich den Erstattungsanspruch einschränkt oder beseitigt, sondern wenn die arme Partei einseitig gerade auf der Grundlage des Fortbestehens dieses Anspruchs ihn irgendwie als Vermögensstück verwerten, über ihn zugunsten anderer verfügen, insbes. also ihn abtreten will.

Derartige Verfügungen müssen an der schutzwürdigen und schutzfähigen Rechtsposition des ArmAnw. aus § 124 ZPO. scheitern. Die Kostenerstattungsforderung erwächst nach heute wohl herrschender Ansicht (vgl. RG. v. 25. Jan. 1911: RGZ. 75, 200 = JW. 1911, 320) mit der Rechtshängigkeit als aufschiebend bedingter Anspruch, der mit Erlaß des vorläufig vollstreckbaren Urteils zu einem auflösend bedingten wird und erst mit Rechtskraft des Urteils zum endgültigen Vollrecht erwächst. Dementsprechend verhält sich auch das Beitreibungsrecht des ArmAnw. (vgl. Gaedekke, Das Beitreibungsrecht des ArmAnw., Ergänzungsheft 3 zu JW. Heft 14, 1936, 11). Sein Recht erwächst also nicht etwa erst mit Erlaß eines Urteils zugunsten der armen Partei, erst recht nicht etwa erst mit Rechtskraft solchen Urteils. Vielmehr entsteht es als Anwartschaft und darüber hinaus sogar bereits als aufschiebend bedingter Erstattungsanspruch wegen seiner eigenen Kosten vom Augenblick der Rechtshängigkeit an. Denn das Recht des ArmAnw. aus § 124 ZPO. ist nichts anderes als die Kostenerstattungsforderung der Partei selbst.

Wollte man also nunmehr noch jedes freie Belieben der eigenen armen Partei zulassen und jedes Verfügen über seinen bedingten Erstattungsanspruch anerkennen, dann würde das auf die Möglichkeit völliger Vereitelung des Rechts des ArmAnw. hinauslaufen. Damit würde aber gegen Sinn und Zweck des § 124 ZPO. verstößen werden, der vor allem durch Abs. 2 einen besonders starken Schutz der Rechte des ArmAnw. bezweckt. Dieser Schutz kann aber nur durch eine gewisse Einschränkung der Verfügungsfreiheit der armen Partei erreicht werden, die bereits mit dem Augenblick einsetzen muß, in welchem das Recht des Anwalts — sei es auch nur erst aufschiebend bedingt — entsteht (Gaedekke: JW. 1936, 1308 Anm.). Gegen solch eigenmächtiges Vorgehen der armen Partei ist mithin der ArmAnw. dadurch geschützt, daß einer Verfügung außerhalb des Rahmens eines Vergleichs — in erster Reihe einer Abtretung der künftigen Erstattungsforderung — im Verhältnis zum ArmAnw. hinsichtlich seiner Kosten die Wirksamkeit zu versagen ist (so auch OLG. Köln, Zweigstelle Saarlautern vom 11. Febr. 1936: JW. 1936, 1307³⁹; Gaedekke Anm. daselbst; ferner Gaedekke, Ergänzungsheft 11 d und 33 e).

Gleichgültig ist dabei, wann die Abtretung erfolgt und ob zu diesem Zeitpunkt bereits ein ArmAnw. bestellt ist oder ob überhaupt erst in einer höheren Instanz das Armenrecht bewilligt und ein ArmAnw. in Anspruch genommen wird. Der Schutz des § 124 muß, will er wirklich wirksam sein, in jedem Falle auf den Zeitpunkt der Entstehung der Kostenerstattungsforderung der Partei selbst zurückbezogen werden, mag auch die arme Partei erst später in die Lage kommen, sich des Armenrechts und der Hilfe eines ArmAnw. bedienen zu müssen. Mithin verliert auch eine vordem bereits vorgenommene, an sich bis dahin noch wirksame Abtretung dem später im Lauf des Rechtsstreits zu irgendeinem Zeitpunkt in irgendwelchem Stadium des Prozesses eintretenden ArmAnw. gegenüber ihre Wirksamkeit.

(RG., 20. ZivSen., Beschl. v. 23. Mai 1936, 20 W 2707/36.)

Anmerkung: Der Entsch. ist voll beizustimmen. Sie entspricht dem Geist, aus welchem heraus § 124 ZPO. dem ArmAnw. ein besonderes Beitreibungsrecht geschaffen und dieses mit bestimmten Kantelen versehen hat. Rechtliche Schwierigkeiten ergeben sich daher für die Begr., weshalb eine Abtretung des Erstattungsanspruchs der Partei im Verhältnis zu ihrem

ArmAnw. nicht anerkannt werden kann, nicht. Eine eigentliche Schwierigkeit setzt nur ein, wenn im Augenblick der Abtretung ein ArmAnw. noch gar nicht vorhanden war. Es ist nicht unbedenklich, die Verfügungsmacht einer Partei rückwirkend zu beschränken, die Rechtswirksamkeit einer von ihr an sich ordnungsgemäß vorgenommenen Vermögensdisposition plötzlich zu verneinen, nachdem später erst Rechte eines Dritten, des ArmAnw., erwachsen sind, die nur ohne die frühere Vermögensdisposition Bestand haben können. Vorstehende Entscheidung beschränkt sich darauf, auszusprechen, daß der Schuß des § 124 ZPO. in jedem Falle auf den Zeitpunkt der Entstehung der Kostenerstattungsforderung der Partei selbst zurückbezogen werden muß, auch wenn damals an ein Armenrecht noch gar nicht zu denken war.

Dieses Ergebnis ist zweifellos zu begrüßen, denn der Sinn des § 124 ZPO. ist sicher nicht der, daß der Anwalt im Falle seines Obstehens das Nachsehen haben soll. Die rechtliche Konstruktion für dieses Ergebnis ist und bleibt gleichwohl aber mehr oder minder gewaltsam. Das ist aber die Folge der Konstruktion des RG. über die Entstehung des Kostenerstattungsanspruchs bereits mit der Rechtshängigkeit des Prozesses. Der Prozeß stellt sich, kostenrechtlich betrachtet, als ein einheitliches Ganzes dar. Sämtliche Erstattungsansprüche, die etwa im Laufe dieses Prozesses entstehen können, gleichgültig für welche Instanzen, stellen sich folglich als im Augenblick der Rechtshängigkeit bereits aufstrebend entstandene Ansprüche beider Parteien gegeneinander dar. Damit ist aber die Verfügung über den Kostenerstattungsanspruch des ganzen Prozesses mindestens erleichtert. Nur so erklärt sich die mögliche spätere Kollision mit möglichen späteren Rechten eines im Lauf des Prozesses vielleicht bestellten ArmAnw.

Diese immerhin eigenartige Konstruktion des RG. verlangt gebieterisch ein Gegengewicht, das naturgemäß nur rückwärts wirkend eingesetzt werden kann. Diese „Rückwirkung“ bei späterer Bestellung eines ArmAnw. findet folgende rechtliche Erklärung: Die Kosten des gesamten Prozesses umfassen auch die eines jeden im Lauf des Prozesses bestellten Anwalts, also auch eines ArmAnw. Der Anspruch auf Erstattung der Kosten auch dieses ArmAnw. ist mithin im Augenblick der Rechtshängigkeit ebenfalls schon aufstrebend bedingt vorhanden gewesen. Das Beitreibungsrecht des ArmAnw. aus § 124 ist folgerichtig, wie von G a e d e k e in seiner Erörterung über § 124 ZPO. S. 11 überzeugend dargelegt ist, auch schon in diesem Zeitpunkt als rechtserhebliche Position des ArmAnw. mit erwachsen. Ist das aber der Fall, dann hat die Partei, selbst wenn sie an Armenrecht noch nicht dachte, bei ihrer Verfügung über ihren Kostenerstattungsanspruch auch schon über diese Rechtsposition des ArmAnw. mitverfügt. Diese Verfügung scheidet aber wiederum an dem Schutz des § 124 für den ArmAnw. So ergibt sich denn die eigenartige Rechtslage, daß eine Partei scheinbar rechtlich ungehindert über ihren Kostenerstattungsanspruch eine Verfügung vornimmt, daß aber der Keim für die mögliche Rechtsumwirksamkeit dieser Verfügung unerkannt und unerkennbar doch schon vorhanden ist. Dieser Keim ist die vor Beendigung eines Prozesses niemals ausschließbare Möglichkeit der Mitbeteiligung des § 124 ZPO. bei einer späteren Kostenerstattung.

Entsteht also nach Abtretung der Kostenerstattungsforderung auf Seiten der abtretenden Partei für einen ArmAnw. ein Anspruch aus § 124 ZPO., dann hat er rechtlich schon im Augenblick der Abtretung bestanden, konnte deshalb, weil stärker als der eigene Erstattungsanspruch der Partei von dieser nicht durch eine Abtretung beeinträchtigt werden. Die gleichwohl von der Partei vorgenommene Abtretung genießt demnach im Verhältnis zum ArmAnw. keinen Rechtsschutz.

Ob das RG. von diesen Gedankengängen ausgegangen ist, läßt die insoweit nur kurze Begr. seiner Entsch. nicht erkennen. Jedenfalls bestätigen meine Ausführungen, daß das RG. zutreffend für jeden Fall einseitiger Verfügung über den Kostenerstattungsanspruch den Schutz des ArmAnw. für sein Recht aus § 124 ZPO. voranstellt.

RA. und Notar Kurt Kubisch, Lübben (Spreewald).

*

54. §§ 124, 106 ZPO. Verfahren bei Festsetzung für den ArmAnw., wenn seine Partei einen festen Kostenbeitrag zu leisten hat.

Dem Besl. sind die Kosten auferlegt worden mit Ausnahme eines Betrages von 50 RM, den die Kl. sich auf ihre außergerichtlichen Kosten der VerJust. anzurechnen habe. Der Urk. hat demgemäß bei der Festsetzung aus § 124 ZPO. von den insgesamt 179,22 RM betragenden Kosten des ArmAnw. der Kl. außer dem aus der Reichskasse erstatteten Betrag von 101,04 RM weiterhin einen Betrag von 50 RM nebst entsprechender Festsetzungsgebühr in Abzug gebracht. Der ArmAnw. hält diesen Abzug von seinen Kosten nicht für gerechtfertigt, da für ihn der aus der Staatskasse noch nicht gedeckter Differenzbetrag seiner Gebühren in voller Höhe festzusetzen sei. Seiner Beschw. war stattzugeben.

Zwar darf der ArmAnw. aus eigenem Recht keine weitergehenden Erstattungsansprüche gegen die unterliegende Partei geltend machen, als er sie bei einer Kostenfestsetzung auf den Namen seiner Partei zu erheben in der Lage wäre. Wenn also durch die Kostenentscheidung des Gerichts dieser Erstattungsanspruch der armen Partei eingeschränkt worden ist, sei es durch eine Verteilung der Kosten nach Bruchteilen, sei es dadurch, daß der armen Partei ein festbestimmter Kostenbeitrag auferlegt worden ist, so mindert sich dementsprechend der Erstattungsanspruch der armen Partei, damit also auch das Beitreibungsrecht des ArmAnw. aus § 124 ZPO. und somit der gegen die unterliegende Partei zugunsten des Anwalts festzusetzende Betrag.

Das ist jedoch für die weitere Frage, ob und wie der danach errechnete Erstattungsbetrag des Anwalts im Verhältnis zwischen diesem und der Reichskasse als Gläubigerin nach § 5 ArmAnwG. zu verteilen ist, bedeutungslos. Diese Verteilung ist eine Frage des Rangverhältnisses zwischen dem ArmAnw. und der Reichskasse. Sie kann und darf den erstattungspflichtigen Gegner ebensowenig berühren oder gar beeinträchtigen, wie dies bei der Kostenausgleichung nach § 106 ZPO. der Fall ist. Denn wenn es sich auch in denjenigen Fällen, in denen nur ein bestimmter Kostenbeitrag zu leisten ist, nicht um den Tatbestand des § 106 ZPO. — der nur bei Kostenverteilung nach Bruchteilen vorliegt — handelt, so ist doch im Grunde genommen die Rechtsstellung aller Beteiligten beide Male die gleiche. Denn ob das Gericht diesen oder jenen Weg wählt, ist seinem Ermessen überlassen. In der Sache selbst bleibt es stets eine Kostenverteilung nach § 92 ZPO., die § 106 ZPO. daselbst im Auge hat.

Folglich sind die für die Kostenausgleichung des § 106 ZPO. geltenden Grundsätze in gleicher Weise auch dann anzuwenden, wenn der Erstattungsanspruch der armen Partei durch einen von ihr zu leistenden festbestimmten Kostenbeitrag eine Minderung erfährt.

Im Falle des § 106 ZPO. gilt aber der Grundsatz, daß im Verhältnis zur Reichskasse der ArmAnw. bis zur Höhe seiner vollen gesetzlichen Gebühren den Vorrang hat und demgemäß bei Festsetzung aus § 124 ZPO. so lange als alleiniger Gläubiger der errechneten Erstattungsforderung der unterliegenden Partei gegenüber erscheint, bis der Unterschiedsbetrag zwischen dem ihm aus der Reichskasse erstatteten und dem nach der RAGebD. zustehenden Kosten getilgt ist (vgl. G a e d e k e, Das Beitreibungsrecht des ArmAnw., Ergänzungsheft Nr. 3 zur JW. Heft 14, 1936, 50).

Dieser Vorrang des ArmAnw. führt mithin in der Tat dazu, daß zwar der von der armen Partei zu leistende fest bestimmte Kostenbetrag den Kostenerstattungsanspruch entsprechend mindert, daß aber der dann verbleibende Betrag (Saldo) nicht um den dem ArmAnw. aus der Reichskasse erstatteten Betrag gekürzt werden darf, bevor nicht der bisher noch ungedeckte Unterschiedsbetrag seiner Gebühren und Auslagen getilgt ist. Nur der dann etwa noch verbleibende Überchuß gebührt der Reichskasse und darf auf den Namen des ArmAnw. nicht mehr festgesetzt werden (G a e d e k e a. a. O.).

Die Anwendung dieser Grundsätze auf den vorl. Fall ergibt, daß der Urk. den an sich für den Beschw. zu erreichenden Saldo zu Unrecht um den Kostenbeitrag der armen

Partei mit 50 *R.M.* gekürzt hat. Es betragen die gesetzlichen Gebühren des ArmAnw. insgesamt 179,22 *R.M.* Demnach darf gegen die unterliegende Partei nur ein Betrag von 179,22 *R.M.* — 50 *R.M.* = 129,22 *R.M.* festgesetzt werden. Der BeschwF. hat aus der Reichskasse erhalten 101,04 *R.M.* Folglich besteht für ihn ein ungedeckter Kostenbetrag von 78,18 *R.M.* In Höhe dieses Betrages hat der ArmAnw. ungeachtet der aus der Reichskasse ihm gezahlten Beträge den Vorrang vor der Reichskasse. Dieser Betrag muß also von dem Festsetzungsbeitrag von 129,22 *R.M.* zu seinen Gunsten festgesetzt werden. Nur die danach verbleibende Differenz von 129,22 *R.M.* — 78,18 *R.M.* = 51,04 *R.M.* stehen der Reichskasse als Gläubigerin gem. § 5 ArmAnwG. zu.

Bemerkt sei noch, daß in dem Festsetzungsbeschl. nur kenntlich zu machen ist, inwieweit die Reichskasse Gläubigerin des Erstattungsanspruches geworden ist, ohne daß etwa in entsprechender Höhe die Festsetzung auf ihren Namen zu erfolgen hätte. Denn sie bedarf nur der Errechnung der Höhe ihrer Ansprüche, aber keines Titels, da sie von der Rechtsgrundlage des § 5 ArmAnwG. die für sie errechnete Forderung wie einen Kostenanfaß durch Gerichtskostenrechnung im Wege des Verwaltungsverfahrens geltend macht (vgl. Gaedeke a. a. D.).

(RG., 20. Zivilsen., Beschl. v. 23. Mai 1936, 20 W 2768/36.)

*

55. §§ 124, 106 ZPO.; § 5 ArmAnwG. Das Beitreibungsrecht des ArmAnw. aus § 124 ZPO. läßt den Erstattungsanspruch der armen Partei gegen den unterlegenen Gegner unberührt. Es stellt sich als Pfandrecht des ArmAnw. an diesem Anspruch der Partei dar. Mit der Erstattung der Kosten an den ArmAnw. wird die Reichskasse Rechtsnachfolgerin des ArmAnw. in bezug auf das Pfandrecht. In Anlehnung an den in §§ 268, 426, 774, 1143 BGB ausgesprochenen Gedanken kann die Reichskasse dieses Pfandrecht auch dann nicht zum Nachteil des ArmAnw. geltend machen, wenn nicht dieser selbst, sondern nur die Partei die Kostenfestsetzung im eigenen Namen betreibt. Die dem ArmAnw. aus der Reichskasse noch nicht erstatteten Kosten können daher für die Partei festgesetzt werden. Sie gehen dabei eigenen Aufwendungen der Partei vor.†)

Nach dem vollstreckbaren Ur. haben die Kl. $\frac{1}{3}$ und der Bekl. $\frac{2}{3}$ von den Kosten des 1. Rechtszuges zu tragen, während die Kosten des 2. Rechtszuges dem Bekl. allein zur Last fallen. Der Kl. war für beide Rechtszüge das Armenrecht bewilligt. Durch den angefochtenen Beschl. sind die der Kl. von dem Bekl. zu erstattenden Kosten auf 77,42 *R.M.* festgesetzt worden. Hiergegen richtet sich die sofortige Beschwerde des Bekl. Dieser ist der Auffassung, daß er der Kl. überhaupt nichts schulde, da ihre Ansprüche gem. § 5 ArmAnwG. mit der Erstattung der Gebühren und Auslagen ihres ArmAnw. in 1. Rechtszuge durch die Reichskasse in Höhe von 114,09 *R.M.* auf diese übergegangen seien.

Die sofortige Beschwerde ist nach §§ 104 Abs. 3, 567 Abs. 2 ZPO. zulässig, aber nur zum Teil begründet.

Die Ausgleichung der Kosten des 1. Rechtszuges ist gem. § 106 ZPO. zunächst so durchzuführen, als ob kein Armenrecht bewilligt und aus der Reichskasse dem ArmAnw. nichts gezahlt worden wäre. Die Kosten des 1. Rechtszuges sind daher, wie folgt, auszugleichen: Kosten der Kl. 181,48 *R.M.*, Kosten des Bekl. 152,48 *R.M.*, zusammen 333,96 *R.M.* Hiervon trägt der Bekl. $\frac{2}{3}$ mit 222,64 *R.M.* Seine eigenen Kosten betragen 152,48 *R.M.* Er hat mithin zu erstatten 70,16 *R.M.*

Die Auffassung des Bekl., dieser Betrag sei in voller Höhe auf die Reichskasse gem. § 5 ArmAnwG. übergegangen, ist unrichtig, soweit die Gebühren und Auslagen des ArmAnw. der Kl. im 1. Rechtszuge durch Zahlung aus der Reichskasse noch nicht getilgt sind. Nach § 5 ArmAnwG.

geht, soweit dem Kl. wegen seiner Gebühren und Auslagen ein Anspruch gegen einen ersatzpflichtigen Gegner zusteht, dieser Anspruch mit der Erstattung auf die Staatskasse über. Der auf die Staatskasse übergehende Anspruch ist also der Anspruch des Kl. aus § 124 ZPO. Nach dieser Vorschrift hat der ArmAnw. das Recht, seine Gebühren und Auslagen von dem in die Prozeßkosten verurteilten Gegner beizutreiben. Bei diesem Recht handelt es sich nicht um ein dem Anwalt von vornherein gegenüber dem Gegner bestehendes Forderungsrecht, sondern um eine Beitreibung kraft eigenen Rechts, die als Pfandrecht betrachtet werden muß (Stein-Jonas zu § 124, I). Die arme Partei verliert durch das Recht des ArmAnw. aus § 124 ZPO. ihren Erstattungsanspruch gegen den unterlegenen Gegner nicht. Ihr Anspruch wird nur zugunsten des ArmAnw. mit einem Pfandrecht belastet. Die Reichskasse wird mit der Erstattung der ArmAnwGebühren und Auslagen Rechtsnachfolgerin des ArmAnw. Das bedeutet, daß insoweit ein Wechsel in der Person des Pfandgläubigers stattfindet, während der Erstattungsanspruch der armen Partei als solcher unberührt bleibt. Die Reichskasse kann das auf sie übergegangene Recht nicht zum Nachteil des ArmAnw. geltend machen. Denn die sonstigen einen Rechtsübergang kraft Gesetzes anordnenden Vorschriften, die bestimmen, daß der Übergang nicht zum Nachteile des ursprünglichen Berechtigten geltend gemacht werden kann (so §§ 268, 426, 774, 1143 BGB.), enthalten einen allgemeinen, auch auf § 5 ArmAnwG. anwendbaren Grundsatz. Weiter ergibt sich dies aus der einem Bürger ähnlichen Stellung der Reichskasse (vgl. RGZ. 126, 178 ff. = JW. 1930, 266).

Das Recht des ArmAnw. auf Erstattung der von der Reichskasse noch nicht gezahlten Gebühren und Auslagen darf aber auch dann nicht beeinträchtigt werden, wenn er von seinem Recht aus § 124 ZPO. keinen Gebrauch macht, sondern die arme Partei, wie im vorliegenden Falle, mit Zustimmung ihres Anwalts die Kostenfestsetzung auf ihren Namen betreibt. Es fehlt an einer inneren Berechtigung dafür, die Staatskasse in dem einen Falle günstiger zu stellen als in dem anderen. Das Recht des ArmAnw. geht daher auf jeden Fall dem der Staatskasse vor (so auch RG.: JW. 1935, 2292).

Für die Kl. sind daher die ihrem ArmAnw. im 1. Rechtszuge noch zustehenden Gebühren und Auslagen festzusetzen. Insoweit konnte die sofortige Beschwerde keinen Erfolg haben.

Dagegen kann die Kl. nicht die Festsetzung ihrer eigenen Aufwendungen verlangen. Denn der Anspruch des ArmAnw. aus § 124 ZPO. und damit auch der der Reichskasse als Rechtsnachfolgerin des ArmAnw. (§ 5 ArmAnwG.) geht dem Anspruch der armen Partei auf Ersatz ihrer eigenen Aufwendungen vor. Dies ergibt sich aus § 124 Abs. 2 ZPO. Danach ist eine Einrede aus der Person der armen Partei nur insoweit zulässig, als die Aufrechnung — besser: Berechnung — von Kosten verlangt wird, die nach der in demselben Rechtsstreit erlassenen Entsch. von der armen Partei zu erstatten sind. Andere Einreden aus der Person der armen Partei sind also nicht zulässig. Der unterlegene Gegner kann mithin gegenüber dem auf die Reichskasse übergegangenen Anspruch des ArmAnw. nicht geltend machen, daß er der armen Partei Aufwendungen zu erstatten habe. Der auf die Reichskasse durch die Zahlung der 114,09 *R.M.* an den Kl. X. gem. § 5 ArmAnwG. übergegangene Anspruch ist daher bis zu dieser Höhe vor den eigenen Aufwendungen der Kl. zu befriedigen. Dies gilt nicht nur für die Aufwendungen der Kl. im 1. Rechtszuge, sondern auch für die im 2. Rechtszuge. Eine Teilung des Kostenersatzanspruches nach Rechtszügen ist nicht zulässig. Die Kl. muß sich ihre eigenen Aufwendungen auf das Drittel der Kosten des 1. Rechtszuges anrechnen lassen, das sie selbst zu tragen hat. Für die Kl. sind daher lediglich die Gebühren und Auslagen des Kl. X. festzusetzen, soweit sie durch Zahlung aus der Reichskasse noch nicht getilgt sind.

Diese betragen: im 1. Rechtszuge 171,18 *R.M.*, abzüglich aus der Reichskasse gezahlter 114,09 *R.M.*, bleibt 57,09 *R.M.* Im 2. Rechtszuge an Auslagen 1,40 *R.M.* Hinzu kommen als Gebühr für den Kostenfestsetzungsantrag nebst

Umsatzsteuer 1,83 *RM.*, zusammen 60,32 *RM.* Dieser Betrag war für die Kl. festzusetzen.

(OLG. Naumburg, 6. (Kosten-) ZivSen., Beschl. v. 9. April 1936, 6 W 286/35.)

Anmerkung: Ich vermag dieser Entsch. nicht zuzustimmen.

1. Die Frage der Rechtsnatur des Beitreibungsrechts aus § 124. Die herrschende Ansicht nimmt allerdings ein Pfandrecht an der Erstattungsforderung der armen Partei an. Doch hat das Gesetz dem ArmAnw. kein irgendwie geartetes Recht an der Erstattungsforderung seiner Partei, sondern ein unmittelbares Recht gegen die unterliegende Partei gleichwertig neben dem Recht seiner eigenen Partei gewährt (Näheres zu vgl. bei Gaedeke, Das Beitreibungsrecht des ArmAnw., Schriftenreihe der ZW. Heft 3 S. 9).

2. Selbst wenn man von einem Pfandrecht des ArmAnw. ausgeht, so überträgt sich dieses niemals auf die Reichskasse. Der Auffassung, daß diese durch Erstattung der Kosten an den ArmAnw. ihrerseits — als Rechtsnachfolgerin — ein Pfandrecht an der Erstattungsforderung der armen Partei erwirbt, bin ich bisher noch nicht begegnet. Sie dürfte auch schwerlich mit § 5 ArmAnwG. vereinbar sein. Denn diese Bestimmung schafft einen Forderungsübergang auf die Reichskasse, indem sie den Anspruch des ArmAnw. a) gegen die eigene Partei, b) gegen die Gegenpartei kraft Gesetzes auf die Reichskasse übergehen läßt. Diese wird natürlich nicht in dem einen Falle Gläubigerin einer obligatorischen Forderung, in dem anderen Falle Gläubigerin eines Pfandrechts. Beide Male ist vielmehr ein regelrechter „Anspruch“ im Sinne des bürgerlichen Rechts auf sie übergegangen. OLG. N. irrt also, wenn es einen Übergang des Beitreibungsrechts annimmt. Davon steht in § 5 ArmAnwG. nichts. Nicht diese Rechtsposition, sondern der auf Grund dieses Rechts dem ArmAnw. zustehende Erstattungsbetrag, also die daraus erwachsende Forderung, ist Gegenstand des Übergangs auf die Reichskasse. Diese, nicht das Beitreibungsrecht, das — zumal als Pfandrecht — für sich allein überhaupt nicht übergehen könnte, erwirbt die Reichskasse als neue Gläubigerin. Diese rechtliche Struktur kann nicht besser veranschaulicht werden als bei der Kostenausgleichung nach § 106 ZPO. Erst die Saldofeststellung entscheidet, ob ein „Anspruch“ i. S. des § 5 ArmAnwG., d. h. eine Forderung des ArmAnw. an die Gegenpartei, vorhanden ist, die auf die Reichskasse übergehen kann (wenn man von dem Anspruch an die eigene Partei einmal absteht).

Deshalb ist es auch mindestens ungenau und allzuleicht irreführend, zu sagen, daß die Reichskasse mit der Erstattung bereits Rechtsnachfolgerin des ArmAnw. wird. Denn ergibt sich z. B. kein Saldo für ihn, dann erwirbt die Reichskasse trotz Erstattung keine Forderung, jedenfalls nicht gegen die unterliegende Gegenpartei.

3. Schon vorstehende Erwägungen ergeben, daß zunächst die Kostenausgleichung ungeachtet irgendwelcher Ansprüche des ArmAnw. oder der Reichskasse durchgeführt werden muß. Es müssen also sämtliche an sich als erstattungsfähig anzuerkennenden Kosten in die Ausgleichung eingeworfen werden. Umstritten werden kann dann erst der so errechnete Saldo. Jedes Verfahren, das vorher bereits die Rechte der verschiedenen Beteiligten berücksichtigen und die Kostenfestsetzung danach gestalten will, muß naturnotwendig zu falschen Ergebnissen führen.

Deshalb ist mir unverständlich, daß obige Entsch. einen Teil der dem Kl. erwachsenen Kosten, nämlich seine eigenen Aufwendungen, von der Berücksichtigung bei der Kostenfestsetzung überhaupt ausschließt. Ein derartiges Verfahren gibt es nicht. Die Nichtberücksichtigung kann stets nur wegen Nichterstattungsunfähigkeit, nicht aber aus irgendwelchen anderen Gründen erfolgen. Noch unverständlicher ist die Begründung, die OLG. Naumburg gibt, nämlich ein Zurückgreifen auf § 124 Abs. 2 ZPO., eine Bestimmung, die gegenüber Einreden der unterlegenen Partei dem ArmAnw. Schutz gewähren soll und vor allem dazu da ist, den für ihn bereits

festgesetzten Erstattungsantrag gegen eine Aufrechnung mit Forderungen an seine eigene Partei zu sichern. Wie diese Vorschrift aber dem Kostenfestsetzungsbegehren der armen Partei entgegengehalten werden und zur Ausschaltung einzelner Kostenpositionen führen kann, ist nicht ersichtlich.

Die von OLG. Naumburg angestellten Erwägungen über eine Rangordnung der Beteiligten haben somit erst dann Platz, wenn ein Saldo festgestellt ist und es sich nunmehr fragt, wem dieser Saldo gebührt. Dafür ist dann allerdings die oben zitierte Entsch. des RG.: ZW. 1935, 2292 von Bedeutung, in welcher dargelegt ist, daß nicht nur bei der Festsetzung auf den Namen des ArmAnw., sondern auch auf den Namen der armen Partei das Recht des ArmAnw. wegen des bisher ungedeckten Teils seiner Gebühren in jedem Falle dem Recht der Reichskasse vorgeht.

Der festgestellte Saldo gebührt somit in Höhe des ungedeckten Teils der ArmAnwGebühren diesem. Aber auch der Überschuß gebührt keineswegs, wie OLG. Naumburg annimmt, nunmehr ohne weiteres der Reichskasse. Vielmehr bedarf es jetzt zunächst der Feststellung, welchen Saldo eine Festsetzung aus § 124 für den ArmAnw. ergeben hätte. Denn nur bis zu dieser Höhe kann überhaupt — immer natürlich abzüglich des ungedeckten Gebührenteils des Anwalts — ein Forderungsübergang auf die Reichskasse gegen die unterliegende Partei erfolgen und demgemäß der der Reichskasse an dem Saldo der armen Partei zufallende Anteil ermittelt werden. Es muß also der Urundsbeamte bei der Kostenausgleichung eine — interne — Zwischenberechnung in vorstehendem Sinne anstellen und nächst dem ArmAnw. die Reichskasse in Höhe des so errechneten Betrages als nächststrangige Gläubigerin des Saldos auführen. Sofern dann noch ein Betrag übrigbleibt, gebührt er der armen Partei selbst. Bei richtiger Berechnung ergibt sich dann, daß etwaige eigene Aufwendungen der armen Partei tatsächlich ihr als Gläubigerin zu erstatten sind, keinesfalls der Reichskasse zugute kommen.

Dieses Ergebnis ist naturnotwendig. Denn andernfalls würde die Reichskasse sich über den Anspruch des ArmAnw. aus § 124 hinaus auch aus Forderungen der armen Partei selbst bezahlt machen. Einen derartigen Rückgriffsanspruch kennt aber das Gesetz nicht (so auch bereits meine Ausführungen in dem erwähnten Heft 3 der Schriftenreihe S. 51).

4. Gegen diese Grundsätze verstößt obige Entsch. Die von ihr vorgenommene Kostenausgleichung schwebt daher vollkommen in der Luft und hat zur Folge, daß bisher die Grundlage für die Feststellung, ob und in welcher Höhe die Reichskasse Gläubigerin geworden ist und ob und in welcher Höhe sie an dem zu errechnenden Saldo beteiligt ist, ob und in welcher Höhe also die drei Beteiligten — Partei, Anwalt, Reichskasse — zum Zuge kommen, fehlt.

Eine vergleichende Gegenüberstellung der Kostenausgleichung, wie sie hier hätte erfolgen müssen, mit der tatsächlich erfolgten, ist leider deshalb nicht möglich, weil die einzelnen Kostenpositionen aus der Entsch. nicht ersichtlich sind. Folglich läßt sich zur Zeit nur feststellen, daß das Ergebnis falsch sein muß, nicht aber, wie es richtig lauten würde.

RGK. Dr. Gaedeke, Berlin.

56. § 125 ZPO. Nachzahlungsanordnungen grundsätzlich nur bei Besserung der Vermögenslage.

Die Beschw. gegen die Anordnung der Nachzahlung der insgesamt etwa 380 *RM.* betragenden Kosten mußte Erfolg haben.

Nach ständiger Rspr. des Senats (vgl. Entsch. v. 9. Jan. 1935: ZW. 1935, 794) ist bei richtiger Handhabung der Armenrechtsvorschriften für eine Anordnung der Nachzahlung der in Folge der Armenrechtsbewilligung gestundeten Beträge nur dann Raum, wenn die wirtschaftlichen Verhältnisse der armen Partei sich gebessert haben und nunmehr eine vollständige oder teilweise, auch nur in Raten zu bewirkende Nachzahlung der gestundeten Gerichts- und Anwaltskosten ohne Gefährdung des notwendigen Lebensunterhalts des Schuldners und seiner Fa-

milie möglich ist. Ausnahmen können im allgemeinen nur dann zugelassen werden, wenn schon bei der Armenrechtsbewilligung bekannt ist, daß ein teilweises Zahlungsvermögen besteht, dieses aber so gering ist, daß weder Bewilligung des Armenrechts zu einem Bruchteil noch hinsichtlich bestimmter einzelner Gebühren in Frage kommt. Diesen Fällen kann, da ein Armenrecht unter Ratensbewilligung nach ständiger Rspr. des Senats (vgl. Entsch. v. 6. April 1935: JW. 1935, 1704²¹; ferner G a e d e l e, Ratensarmenrecht, 1936, 701) unzulässig ist, das Gericht nur so gerecht werden, daß es das Armenrecht voll bewilligt und damit der Partei die Durchführung ihrer Rechte ermöglicht, nach Beendigung des Prozesses aber dann im Rahmen der bereits als aufbringbar festgestellten Raten die Nachzahlung in entsprechenden Teilzahlungen anordnet. Solche ratenweise Nachzahlungsanordnung ist zulässig (Entsch. des Sen. v. 6. Febr. 1935: JW. 1935, 794²²).

Nur eine solche Nachzahlungsanordnung geringfügiger Raten wäre auch hier in Frage gekommen. Denn daß sonst für eine Nachzahlung der ganzen Kosten irgendwelcher Anlaß und eine genügende Grundlage gegeben wäre, ist nicht ersichtlich. Eine Besserung der Vermögenslage der Kl. ist nicht eingetreten, ein Grund für die getroffene Nachzahlungsanordnung vom VG. auch nicht angegeben.

Tatsächlich sind aber auch die Vermögensverhältnisse der Kl. so, daß sie z. B. auch nicht einmal geringe Raten aufbringen kann, ohne ihren notwendigen Unterhalt zu gefährden. Ihr Nettoeinkommen als Verkäuferin beträgt 185 *R.M.*, dazu ab 1. Juni 1936 für Untervermietung noch 30 *R.M.* Die Miete für die von ihr und der bei ihr wohnenden Mutter benutzte Dreizimmerwohnung beträgt monatlich 89 *R.M.* Von dem für den Lebensunterhalt verbleibenden Rest von 126 *R.M.* ist angemessener Kleidungsaufwand — die Kl. ist Verkäuferin in einem Herrenkonfektionsgeschäft — und der Unterhalt für ihre 59jährige Mutter zu bestreiten, schließlich sind auch noch etwa 700 *R.M.* Krankenhauskosten für ihren verstorbenen Vater in monatlichen Raten von 5 *R.M.* abzuzahlen.

Bei dieser Sachlage konnte von einer Abzahlung der gesamten Kosten ohnehin unter keinen Umständen die Rede sein. Der Senat vermochte aber auch keinen hinreichenden Anlaß zu ersehen, die Kl. z. B. noch mit weiteren Ratenzahlungen, die zu einer Beeinträchtigung ihres notwendigen Lebensunterhalts führen müßten, zu belasten.

(OG., 20. ZivSen., Beschl. v. 6. Juni 1936, 20 W 2928/36.)

Zivilprozessordnung

57. § 3 ZPO.; §§ 2033, 2040 BGB. Auch bei der Klage eines Dritten gegen ein sich weigerndes Mitglied einer Erbengemeinschaft auf Erteilung der Lösungsbewilligung bzgl. einer für die Erbengemeinschaft eingetragene Hypothek ist der volle Betrag der Hypothek, ähnlich wie nach der neuesten Rspr. bei der Klage eines Miterben gegen einen Dritten auf Leistung an alle Miterben (JW. 1936, 648¹¹), als Streitwert festzusetzen, nicht nur der Anteil der sich weigernden Miterben an der Hypothek.

Der Bekl. ist neben vier anderen Personen in ungeteilter Erbengemeinschaft Miterbe einer Witwe Ida X. Diese hatte der Kl. eine ihr zustehende Restkaufgeldforderung von 3500 *R.M.*, die durch Eintragung einer Hypothek dinglich gesichert war, abgetreten, jedoch war die Umschreibung der Hypothek im Grundbuch und die Abgabe der dazu erforderlichen Erklärung unterblieben. Die Kl. hat nun von den Miterben der Witwe X. die Nachholung dieser Rechtshandlungen verlangt. Während die übrigen vier Miterben die Umschreibung der Hypothek auf sie bewilligt haben, hat sich der Bekl. dessen geweigert. Die Kl. hat deshalb mit der Klage beantragt: ihn zu verurteilen, in die Umschreibung der Hypothek zu willigen.

Demgemäß ist erkannt worden. Der Streitwert für diesen Rechtsstreit ist durch den angefochtenen Beschluß entsprechend dem Betrage der Hypothek auf 3500 *R.M.* festgesetzt worden. Dagegen richtet sich die Beschw. der Reichskasse. Diese ist der

Auffassung, der Streitwert werde durch die Größe des Erbanteils des Bekl. bestimmt, betrage also lediglich 700 *R.M.*

Die nach § 18 O.G. zulässige Beschw. ist nicht begründet. Gegenstand des Streites der Parteien war die gesamte von der Kl. in Anspruch genommene Hypothek, nicht der Anteil des Bekl. an ihr. Denn über seinen Anteil an der Hypothek konnte der Bekl. nicht verfügen (§ 2033 Abs. 2 BGB.). Ohne die Bewilligung des Bekl. konnte die Hypothek im Grundbuch nicht umgeschrieben werden. Wäre die Kl. in ihrem Rechtsstreit gegen den Bekl. unterlegen, so hätte sie die Umschreibung der Hypothek trotz der Bewilligungen der übrigen vier Miterben nicht, auch nicht zum Teil, erlangen können. Das Interesse der Kl. an der Verurteilung des Bekl. entsprach daher dem vollen Wert der Hypothek. Der Wert des Streitgegenstandes bemißt sich aber allein nach dem Interesse der Klagepartei, nicht nach dem des Bekl., das sich allerdings nur auf seinen Anteil an der Hypothek beschränkte.

(OG. Raumburg, 6. (Kosten-) ZivSen., Beschl. v. 15. Mai 1936, 6 W 124/36.)

*

58. §§ 67, 70 ZPO. Streithilfe. Zustellung der Beitrittserklärung. Rechtliches Interesse am Obstieg. Abwendung der Versäumnisfolgen für die Partei durch Erscheinen des Streitgehilfen.)

Der Kl. nimmt den Bekl. aus einem erlittenen Jagdunfall auf Schadenersatz in Anspruch. Die Nebenintervenientin hat dem Bekl. den Versicherungsschutz entzogen. Die Prozeßbevollmächtigte des Bekl. haben mit Schriftsatz v. 6. März 1936 erklärt, das Mandat des Bekl. niederzulegen und sich für die Nebenintervenientin zu bestellen. Sie haben diesen Schriftsatz, der die Beitrittserklärung der Nebenintervenientin enthält, dem Prozeßbevollmächtigten des Kl. von Anwalt zu Anwalt zugestellt. Im Verhandlungstermin ist für den Bekl. niemand aufgetreten. Die Nebenintervenientin hat durch ihren Prozeßbevollmächtigten den Antrag auf Zulassung ihres Beitritts, ferner den Antrag auf Klageabweisung gestellt. Das VG. hat durch Zwischenurteil den Beitritt der Nebenintervenientin zugelassen und gleichzeitig durch Beschluß den Antrag des Kl. auf Versäumnisurteil zurückgewiesen.

Die gegen beide Entsch. eingelegte sofortige Beschw. blieb erfolglos.

1. Die Nebenintervention ist zulässig.

Zunächst hat die Nebenintervenientin die formellen Voraussetzungen des § 70 ZPO. erfüllt. Der Kl. rügt zwar die Unterlassung der Zustellung des Beitritts an den Bekl. Es ist nun richtig, daß die Zustellung des den Beitritt aussprechenden Schriftsatzes grundsätzlich an beide Parteien erfolgen muß, so daß im vorliegenden Falle an sich der Schriftsatz auch dem Bekl. zuzustellen war. Es ist aber seitens der Nebenintervenientin mit Recht darauf hingewiesen worden, daß im Verhältnis zum Kl. der Bekl. und die Nebenintervenientin durch dieselben Prozeßbevollmächtigten vertreten waren, da die Mandatsniederlegung hinsichtlich des Bekl. dem Kl. gegenüber gem. § 87 ZPO. erst durch die Anzeige von der Bestellung eines anderen Anwaltes rechtliche Wirksamkeit erlangt. Sind demnach der Bekl. und die Nebenintervenientin durch denselben Anwalt vertreten, so wäre es in der Tat reiner Formalismus, eine Zustellung des Anwalts an sich selbst zu verlangen (Baumbach, Anm. 2 zu § 70 ZPO.). Abgesehen davon ist aber folgendes auszuführen: Sinn der Zustellungspflicht ist offensichtlich der, die Partei in die Lage zu versetzen, zum Beitritt des Nebenintervenienten Stellung zu nehmen und ihre eigene Prozeßführung danach einzurichten. Durch die Unterlassung der Zustellung erscheint also nur die Partei beschwert, der nicht zugestellt worden ist. Der Senat vertritt deshalb die Auffassung, daß der Gegner der Partei, an die nicht zugestellt worden ist, diese Nichtzustellung nicht rügen kann (vgl. Baumbach, A. 2 zu § 70 ZPO. und Sydow-Busch, Anm. 1 zu § 70 ZPO.). Im vorliegenden Falle kann sich hiernach der Kl. auf den Mangel der Zu-

stellung an den Bekl. nicht berufen. Er kann dies aber auch deshalb nicht, weil die Zustellung des den Beitritt enthaltenden Schriftsatzes v. 6. März 1936 zulässigerweise im Beschwerdebereich nachgeholt worden ist. Ausweislich der überreichten Urkunden ist der Schriftsatz v. 6. März 1936 am 23. April 1936 dem Bekl. persönlich, am 25. April 1936 sodann „von Anwalt zu Anwalt“ den Prozeßbevollmächtigten des Bekl. zugestellt worden. Bedenken aus § 70 ZPO. können hiernach nicht mehr erhoben werden.

Wie das LG. mit Recht weiter ausgeführt hat, liegen aber auch die Voraussetzungen des § 66 ZPO. vor. Das rechtliche Interesse der Nebenintervenientin am Obliegen des Bekl. besteht zweifelsohne, da die Tatsache der Entziehung des Versicherungsschutzes nicht die Beförderung ausschließt, daß diese Entziehung zu Unrecht erfolgt sein und daß der Bekl. im Falle des Unterliegens im Rechtsstreite Rücksicht gegen die Nebenintervenientin nehmen könne (Baumbach, A. 2 zu § 66 ZPO.).

Es kann aber auch nicht die Rede davon sein, die Nebenintervenientin sei deshalb unzulässig, weil die Nebenintervenientin sich mit ihrem Vorbringen in betontem Gegensatz zum Vorbringen des Bekl. gesetzt habe (§ 67 ZPO.).

Ein Gegensatz zwischen dem Bekl. und der Nebenintervenientin hat nur außerhalb des Prozesses, insbes. offenbar darin bestanden, daß der Bekl. gegen den Willen der Nebenintervenientin die Zuständigkeit des LG. in M.-Glabbach vereinbart hat. Die Zuständigkeitsfrage steht aber nicht mehr zur Erörterung. Im Rechtsstreite selbst haben der Bekl. und die Nebenintervenientin, letztere teilweise für den ersteren, den Klageanspruch nach Grund und Höhe bestritten. Ein i. S. des § 67 ZPO. erheblicher Widerspruch ist nicht ersichtlich.

2. Zum Versäumnisurteil.

Der Nebenintervenient kann im Rahmen des § 67 ZPO. alle Prozeßhandlungen wirksam vornehmen, insbes. Säumnisfolgen von der von ihm unterstützten Partei abwenden (Baumbach, A. 2, 3 B zu § 67 ZPO.). Zulässigerweise hat die Nebenintervenientin im Verhandlungstermin vom 10. März 1936 ausweislich des Protokolls für den Bekl. den Antrag auf Klageabweisung gestellt und damit die Folgen seiner Säumnis abgewandt.

(LG. Düsseldorf, Beschl. v. 8. Mai 1936, 2 W 80a/36.)

Anmerkung: Der Beschl. ist in allen Punkten zutreffend.

Was zunächst die Zustellung anlangt, so steht jetzt wohl außer Streit, daß die Partei nur Mängel hinsichtlich der an sie gerichteten Zustellung rügen kann, und daß deshalb bei Vertretung des Streitgehilfen und der unterstützten Partei durch einen und denselben Prozeßbevollmächtigten für eine Rüge der unterbliebenen Zustellung an die Hauptpartei überhaupt kein Raum ist (vgl. auch Stein-Jonas¹⁵ § 70 R. 12). Wenn in älteren Entsch. die gegenteilige Ansicht vertreten und vereinzelt sogar die Zustellung des Beitrittsschriftsatzes vom Anwalt an sich selbst verlangt wird (vgl. die Nachw. das.), so sind das typische Beispiele für eine längst überwundene überspitzt-formale Gesetzesanwendung.

Daß ferner der Versicherer, auch wenn er dem Haftpflichtversicherten aus irgendeinem Grunde den Versicherungsschutz entzogen hat, gleichwohl mit Rücksicht auf die nach wie vor bestehende Möglichkeit der Inanspruchnahme durch den Versicherten ein rechtliches Interesse an dessen Obliegen im Rechtsstreit mit dem Beschädigten Dritten hat, bedarf keiner weiteren Darlegung. Ebenso steht außer jedem Zweifel, daß die Befugnis des Streitgehilfen Prozeßhandlungen für die unterstützte Partei vorzunehmen, die Terminwahrung für die säumige Partei mitumfaßt. —

Zu einer grundsätzlichen Bemerkung bietet die Entsch. allerdings Anlaß. Das ist die: das Bestreben des Prozeßbevollmächtigten, seiner Partei zu helfen, sollte niemals dazu führen, so wie hier mit der Beschw. praktisch zwecklose „Taktik“ zu treiben. In einer Zeit, wo der Prozeß nicht mehr taktisches Gefecht, sondern gemeinsames Bemühen um Bindung des Rechts ist, sollte man es vermeiden, Entsch. wie die

vorliegende zu „extrahieren“ — das ist nicht Prozeß, sondern prozessualer Leerlauf!

MinR. Dr. Jonas, Berlin.

*

59. § 91 ZPO. Erstattungs-fähigkeit der Kosten einer Reise im Flugzeug.

Daß die Vertretung des Kl. im Beweisstermine in Stockholm zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig war, unterliegt keinem Bedenken. Dem angefochtenen Beschlusse ist auch darin beizutreten, daß die Wahrnehmung dieses Termins durch den Berliner Prozeß Bev. erforderlich war (wird ausgeführt).

Was die Höhe der Reisekosten nach Stockholm anlangt, so ist der Senat von der Erwägung ausgegangen, daß die Benutzung des Flugzeugs angesichts der ständig zunehmenden Entwicklung der Luftfahrt heutzutage keinesfalls mehr als eine besonders ungewöhnliche Art der Personenbeförderung bezeichnet werden kann. Der Unterschied der entstandenen Reisekosten ist im vorliegenden Falle nicht übermäßig hoch. Gegenüber den Kosten der Eisenbahnfahrt II. Klasse nach Stockholm und zurück, einschließlich Schlafwagen, zuzüglich Tagegeldern und Abwesenheitsgeldern für drei Tage und Übernachtungsgeld für eine Nacht in Stockholm außerhalb des Schlafwagens, zusammen rund 200 RM, ergibt die Benutzung des Flugzeugs zuzüglich Fahrtkosten in Berlin und Stockholm, sowie für nur einen Tag Abwesenheits- und Tagegeld, zusammen rund 235 RM, Mehrkosten im Betrage von rund 35 RM. Dieser Betrag ist weder im Verhältnis zum Gesamtwerte von 13000 RM, noch auch zu den Erstattungs-fähigen Gesamtkosten des Kl. von rund 940 RM so bedeutend, daß deswegen die an sich notwendige Reise des Prozeß Bev. hätte unterbleiben müssen. Da die Befolge der Partei seine Anwesenheit im Beweisstermine erforderten, seine Berufstätigkeit aber eine längere Abwesenheit als auf einen Tag unmöglich machte, und die dadurch bedingte Verteuerung verhältnismäßig unwesentlich war, so müssen auch diese Mehrkosten als zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig anerkannt und somit festgesetzt werden.

(RG., 20. Zivilsen., Beschl. v. 13. Juni 1936, 20 W 3081/36.)

*

60. §§ 91, 103 ff. ZPO. Bedeutung einer Gebührenverzichtserklärung des Anwalts für den Kostenerstattungsanspruch seiner Partei.

Die Kosten des Prozeßbevollmächtigten der Bekl. sind abgesetzt worden, da sie ihrem Anwalt keine Kosten verschuldet. Denn sie sei ausdrücklich kostenlos vertreten worden. Folglich komme auch eine Erstattung von Anwaltskosten an die Bekl. durch den unterlegenen Kl. nicht in Frage. Diese Begr. greift jedoch nicht durch.

Zwar hängt in jedem Falle der Kostenerstattungsanspruch der obliegenden Partei, soweit es sich um die Kosten ihres Prozeßbevollmächtigten handelt, davon ab, daß überhaupt solche Kosten erwachsen sind und von der obliegenden Partei ihrem Anwalt geschuldet werden. Immerhin ist — sofern es sich nicht um die Vertretung durch einen beigeordneten ArmAnw., der zunächst nur der Reichsstufe gegenüber einen Anspruch hat, handelt — in aller Regel ohne weiteres als selbstverständlich davon auszugehen, daß die Parteien ihrem Anwalt auch die durch seine Tätigkeit erwachsenen Gebühren und Auslagen nach Maßgabe der RMGebD. verschulden. Nur in ganz besonders gelagerten Ausnahmefällen kann ein solcher Anspruch des Anwalts an die Partei verneint werden. Ein derartiger Fall liegt aber hier nicht vor. RM. M. war zunächst der Bekl. als ArmAnw. beigeordnet worden. Diese Beordnung ist dann aber vom LG. wieder aufgehoben und der Bekl. ein anderer ArmAnw. beigeordnet worden. Im Verhandlungstermin ist darauf RM. M. mit der Erklärung erschienen, daß er für die Bekl. aufträte. Er hat mit Rücksicht auf die vom Gericht geäußerte Absicht, der Bekl. das Armenrecht überhaupt zu entziehen, wenn sie in der Lage sei, einen Wahlanwalt zu bezahlen, dienstlich versichert, daß er Gebührenansprüche gegen die Bekl. nicht erheben werde und auch von ihr irgendetwelche Zahlung für den vorl. Rechtsstreit nicht erhalten habe.

Diese Erklärung des Anwalts enthält keinen Verzicht auf seine Gebührenansprüche an die eigene Partei *schlechthin*. Ganz abgesehen davon, daß ein solcher Verzicht schon deshalb kaum beabsichtigt worden sein wird, weil der Anwalt damit gegen seine Standespflichten verstößen haben würde, zeigt die gesamte Sachlage auch, daß die abgegebene Erklärung anders verstanden werden sollte und anders auszulegen ist. Der Anwalt wollte nur die Bedenken des Gerichts ausräumen, die sich aus dessen Annahme ergaben, die Befl. könne einen Wahlanwalt bezahlen, sei mithin nicht als arm anzusehen. Demgemäß erklärte er, daß er eine Zahlung weder erhalten habe noch Gebührenansprüche gegen die Befl. erheben werde. Diese Erklärung war aber ersichtlich zunächst auf die Dauer des Rechtsstreits selbst, vielleicht auch noch auf den Fall des Unterliegens der Befl. beschränkt. Keinesfalls war damit zum Ausdruck gebracht, daß der Anwalt unter allen Umständen und *schlechthin*, also auch für den Fall des Obstiegs seiner Partei, auf seine Gebührenansprüche an diese verzichte. Hierzu hätte für ihn auch keine Veranlassung vorgelegen, weil ein solcher Verzicht in Wahrheit zugunsten der Gegenpartei erklärt worden wäre. Ein solcher Wille kann dem Anwalt indessen nicht unterstellt werden. Rechtlich betrachtet stellt sich mithin die von ihm abgegebene Erklärung nicht anders dar als eine Stundungsbewilligung gegenüber seiner Partei bis zu dem Zeitpunkt, wo über die Kosten entschieden werden würde. Nicht anders hat ersichtlich auch die Rechtsanwaltskammer den Sachverhalt aufgefaßt, bei welcher der Kl. Anzeige erstattet hatte, die aber in ihrem Bescheid an den Kl. ein gegen die Standespflichten verstößendes Verhalten verneint und die Berechtigung des Anwalts anerkannt hat, in derartigen Fällen von der unterliegenden Gegenpartei die Gebühren einzuziehen.

(RG., 20. ZivSen., Beschl. v. 10. Juni 1936, 20 W 3089/36.)

61. § 91 ZPO. Es gehört zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung, daß der VerBefl. schon vor Anberaumung der Berufungsverhandlung einen RA. mit seiner Vertretung in der zweiten Instanz beauftragt. Führt der VerKl. die Ver. alsdann nicht durch, muß er gleichwohl die dem Gegner durch Beauftragung des RA. entstandenen Kosten erstatten.

Die Ehescheidungsklage des Kl. ist abgewiesen worden. Er hat Ver. eingelegt. Die Befl. hat einen Prozeßbevollmächtigten für die VerJust. bestellt. Die Ver. ist als unzulässig verworfen worden, weil der VerKl. den Nachweis rechtzeitiger Bezahlung der Prozeßgebühr nicht erbracht hat.

Der Urkundsbeamte der Geschäftsstelle des LG. hat die Erstattungspflicht für die der Befl. in zweiter Instanz erwachsenen Kosten mit der Begr. verneint, daß diese Kosten zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung nicht notwendig gewesen seien. Er hat die Auffassung vertreten, es habe der Befl. zugemutet werden können, zwecks Vermeidung überflüssiger Kosten mit der Bestellung eines zweitinstanzlichen Vertreters bis zur Terminbestimmung zuzuwarten. Das LG. hat in seiner Entsch. auf die gegen den Beschluß des Urkundsbeamten eingelegte Erinnerung dessen Stellungnahme gebilligt.

Der Senat hält diese Beschränkung des VerBefl. nicht für gerechtfertigt. Eine allgemeine Verpflichtung der einen Partei, durch besonders vorsichtige Prozeßführung zur Schonung der anderen Partei unnötig Kosten zu ersparen, besteht nicht (vgl. Stein-Jonas, ZPO., 15. Aufl., § 91 Anm. VII). Jeder Partei muß das Recht zugestanden werden, in jeder Lage des Prozesses zunächst ihre Verlage zu wahren. Es kann deshalb, wenn die eine Partei ein Rechtsmittel einlegt, der anderen Partei nicht verargt werden, wenn sie mit der Vorbereitung zur Bekämpfung des Rechtsmittels alsbald beginnt und zu diesem Zwecke einen Prozeßbevollmächtigten für die Rechtsmittelinstanz bestellt. Der Rechtsmittelflagge darf in der Regel davon ausgehen, daß der, welcher ein Rechtsmittel einlegt, dieses Rechtsmittel auch durchführt. Im gegebenen Fall hat für die Befl. um so weniger Anlaß bestanden, an der Durchführung der Ver. zu zweifeln, als der VerKl. seinerseits ein Armenrechtsge-
such

nicht eingereicht hat. Mindestens mit dem gleichen Recht, mit dem der Rechtsmittelflagge Kostenersparung vom Gegner erwarten kann, kann der Gegner verlangen, daß der Rechtsmittelflagge die Einlegung eines Rechtsmittels unterläßt, wenn er dies nicht durchführen kann oder will.

(OLG. Karlsruhe, 1. ZivSen., Beschl. v. 30. April 1936, 1 U 68/36.)

*

62. § 91 ZPO. Die Partei, die im ersten Rechtszuge erfolgreich gewesen ist, darf sich gegenüber einem Armenrechtsge- such der Gegenpartei anwaltlicher Hilfe bedienen und kann die dadurch entstehenden Kosten vom unterliegenden Gegner erstattet verlangen, selbst wenn die Sachlage so einfach war, daß sie ihre Erklärungen schriftlich oder zu Protokoll der Geschäftsstelle abgeben konnte.†)

Der RA. A. in K. war der Befl. in ihrem Ehe Streit als ArmAnw. beigeordnet worden. Durch Ur t. v. 24. Mai 1935 sind Klage und Widerklage abgewiesen worden. Gegen dieses Urteil hatte der Kl. durch RA. Dr. B. am 25. Juli 1935 Berufung eingelegt und diese am 17. Aug. 1935 begründet. Gleichzeitig mit der Berufungsbegründung hatte RA. Dr. B. ein Armenrechtsge such für den Kl. eingereicht. Armenrechtsge such und Berufungsbegründung sind der Befl. zu Händen ihres erstinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten, RA. A., zur Gegenerklärung zugestellt worden. Es hat dann ein Schrifts wachsel stattgefunden, der auf seiten der Befl. durch den RA. A. geführt wurde. Durch Beschl. v. 28. Sept. 1935 ist dem Kl. das Armenrecht für den zweiten Rechtszug wegen Ausichts losigkeit der Rechtsverfolgung ver sagt und alsdann durch Beschl. v. 31. Okt. 1935 seine Berufung wegen Nichtzahlung der Prozeßgebühr verworfen worden. In letzterem Beschluß sind die Kosten des Rechtsmittels dem Kl. auferlegt worden. Mit Antrag v. 14. Jan. 1936 hat die Befl. beantragt, die ihr durch ihre Vertretung durch RA. A. im Armenrechts verfahren des zweiten Rechtszuges entstandenen Kosten gegen den unterlegenen Kl. festzusetzen. Durch Beschl. des Urkunds beamten v. 16. Jan. 1936 ist dieser Antrag abgelehnt worden. Auch die Erinnerung der Befl. ist durch den jetzt angefochtenen Beschluß zurückgewiesen worden. In diesem Beschluß ist aus geführt, daß die Befl. im Armenrechtsverfahren die Vertretung durch einen RA. nicht benötigt hätte, und daß es als fest stehende Regel zu gelten habe, daß der anderen Partei keine unnötigen Kosten verursacht werden dürften.

Die zulässige und rechtzeitig eingelegte sofortige Beschw. ist auch sachlich begründet.

Während die unterlegene Partei in aller Regel der ob stiegenden Partei nur die Kosten des Rechtsstreits zu erstatten hat, die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechts verteidigung notwendig waren (§ 91 Abs. 1 ZPO.), bestimmt § 91 Abs. 2 Satz 1 ZPO. ausdrücklich, daß die Gebühren und Auslagen des RA. der ob stiegenden Partei in allen Pro zessen zu erstatten seien. Damit ist ausgesprochen, daß der Gesetzgeber jeder Partei das Recht gibt, sich im Prozeß durch einen RA. vertreten zu lassen, und daß die dadurch entstehen den Kosten ohne Rücksicht darauf, ob die Vertretung durch Anwälte i. S. des § 78 ZPO. geboten war oder nicht, als notwendig i. S. des § 91 Abs. 1 ZPO. anzusehen sind. Die Vertretung im Armenrechtsverfahren von diesem Grundsatz auszunehmen, entbehrt der inneren Berechtigung (vgl. Baum bach, Stein-Jonas, ZPO., Bemerkungen zu § 91). Aus den Gebührenbestimmungen der §§ 23 Ziff. 6 und 29 Ziff. 6 RAGebD. läßt sich Entscheidendes für die abweichende Mei nung der älteren Rspr. (RG.: SeuffArch. 45, 217; JW. 1893, 58; 1896, 410; RG.: OLG. 5, 471; OLG. Celle: OLG. 19, 257; 23, 103) nach Ansicht des Senats nicht entnehmen. Allerdings wird das Armenrecht für jede Instanz besonders bewilligt und gebührenrechtlich wird jede Instanz gesondert behandelt. Das schließt aber nicht aus, daß der Prozeß als Ganzes auch nach Erlaß des ersten Urteils bis zur Rechts kraft dieses Urteils, oder im Falle der Einlegung der Be rufung, des Berufungsurteils, noch rechts hängig ist, und in

mindestens jedem rechtshängigen Prozeß kann sich die in Anspruch genommene Partei in allen Verfahrensarten der Hilfe eines RA. bedienen, wie in § 91 Abs. 2 Satz 1 ZPO. zweifellos frei klargestellt ist. Wollte man der armen Partei als Bevoll. dieses Recht verjagen, so würde damit eine vom Gesetzgeber keinesfalls beabsichtigte Schlechterstellung der armen Partei gegenüber der nichtarmen vorliegen. Es würde ihr auf diese Weise zugemutet werden, sich gegen von sachkundiger Hand gefertigte Schriftsätze ohne sachdienliche Beratung mit schriftlichen oder allenfalls zu Protokoll der Geschäftsstelle abgegebenen Erklärungen verteidigen zu müssen, die naturgemäß in vielen Fällen nicht ausreichen werden. Gerade die Bevoll. hat ein Anrecht darauf, mit allen im Gesetz vorgesehenen Maßnahmen — und dazu gehört in erster Linie die Beratung und Unterstützung durch einen RA. — zu verhindern, daß der im ersten Rechtszug zu ihren Gunsten entschiedene Rechtsstreit in die zweite Instanz gelangt. Es würde eine gerade in heutiger Zeit untragbare Belastung armer Parteien in allen Rechtsangelegenheiten bedeuten, wenn es ihnen verwehrt sein sollte, sich, allerdings auf die Gefahr, im Falle des Unterliegens ihren Anwalt selbst bezahlen zu müssen, anwaltlicher Hilfe zu bedienen und im Falle des Obiegens die dadurch entstandenen Kosten vom unterlegenen Gegner erstattet zu verlangen. Eine solche unterschiedliche Behandlung müßte sich ganz klar aus dem Gesetz ergeben. Das ist nicht der Fall.

Unter Abänderung des angefochtenen Beschlusses und des ihm zugrunde liegenden Beschlusses des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle war dieser daher anzuweisen, dem Kostenfestsetzungsantrag der Bevoll. vorbehaltlich der Prüfung der Höhe der in Ansatz gebrachten Gebühren stattzugeben.

(OLG. Naumburg, 6. (Kosten-) ZivSen., Beschl. v. 13. März 1936, 6 W 58/36.)

Anmerkung: 1. Die Entscheidung lehrt, daß aus prozessualen Gründen § 118a Abs. 4 ZPO. nicht uneingeschränkt gilt.

Gemäß § 118a Abs. 4 ZPO. trägt jede Partei die ihr im Armenrechtsverfahren erwachsenen Kosten selbst (vgl. RG.: JW. 1935, 2586⁴²; OLG. Düsseldorf: JW. 1935, 2909³⁷). Das erscheint als Ausnahme gegenüber § 91 ZPO. Ihre innere Berechtigung leitet sich, wie RG. a. a. D. es ausdrückt, aus der Besonderheit des Armenrechtsverfahrens her. Allerdings kennzeichnet das RG. dort diese Besonderheit nicht näher. Doch gilt es gerade diese näher zu erkennen, um den Geltungsumfang der Bestimmung zu erfassen. Dazu verhilft die obige Entscheidung.

Das Armenrechtsverfahren, so wie es das Gesetz als Normalfall betrachtet, spielt sich vor Beschreitung einer Instanz ab. Daß § 118a ZPO., darum auch sein Abs. 4, gerade auf diesen Fall abstellt, zeigen die Ausführungen von Volkmar: JW. 1933, 2435. § 118a wurde durch die ZPO. von 1933 (als verbesserte Fassung von Vorschriften der 3. NotVO.) in die ZPO. eingefügt, um klarzustellen, „daß die Gerichte nicht, wie bisher oft geschah, über das Gebot des Gesetzes, keine ‚erhebliche Verzögerung‘ eintreten zu lassen, hinweggehend, das Armenrechtsverfahren zu einem monatelang dauernden Vorprozeß ausbauen dürfen“ (Volkmar a. a. D.). Gaedeker: JW. 1934, 1630 (f. a. derf. JW. 1935, 2298 Anm.) beschränkt sich trotz seiner Verufung auf Volkmar a. a. D. § 118a Abs. 4 nicht auf diesen Fall — allerdings im Zuge einer Erwiderung auf Koch ebenda.

Als Vorverfahren ist das Armenrechtsverfahren weder selbst Rechtsstreit noch Teil eines solchen. Es fehlt also Rechtshängigkeit wie Instanzabhängigkeit. Es kommt zu keinem Unterliegen, darum auch zu keiner Kostenentscheidung. Es gibt also weder eine Kostenfolge als prozessuale Folge des Unterliegens (§ 91 ZPO.), noch einen Kostentitel als notwendige (§ 103 ZPO.) Grundlage jeder Kostenersatzung.

Auch das Fehlen der Instanzabhängigkeit ist hier von Belang. Denn das Armenrecht ist für jede Instanz besonders zu bewilligen (§ 119 ZPO.). Beim Armenrechtsverfahren als Vorverfahren vor der höheren Instanz dauert zwar die Rechtshängigkeit an. Denn diese beginnt mit Klagerhebung und endet erst mit einem formell rechtskräftigen Urteil.

Ihre Fortdauer erkennt das OLG. Naumburg richtig. Es geht aber zu weit, wenn es der Instanzabhängigkeit bzw. Instanznichtenabhängigkeit keine Bedeutung beimißt. Die Instanzabhängigkeit wird zwar durch die fortbauende Rechtshängigkeit überdeckt. Ihr Vorliegen oder Nichtvorliegen ist aber gerade für das Armenrechtsverfahren neben der Rechtshängigkeit von Bedeutung, weil § 119 ZPO. für das Armenrechtsverfahren die Instanzzerlegung vornimmt. Darum beschränkt sich das Armenrechtsverfahren als Vorverfahren, wie es das Gesetz als Normalfall ansieht, nicht auf das Verfahren vor der ersten Instanz, sondern es kommt in gleicher Weise als Vorverfahren vor den Rechtsmittelinstanzen in Betracht.

Allerdings wird prozessual die sogenannte Zeit zwischen den Instanzen, d. h. die Zeit zwischen der Zustellung des Endurteils der bisherigen Instanz und der Einlegung eines Rechtsmittels als zur unteren Instanz gehörig gerechnet. Die untere Instanz dauert prozessual also bis zur Einlegung des Rechtsmittels fort (RGZ. [VerZivSen.] 68, 247 ff., 254). Dies schließt aber nicht aus, daß das Armenrechtsverfahren wegen seiner Beziehung zur höheren Instanz und seines Ablaufs vor dieser Vorverfahren zu dieser ist (f. a. RG. a. a. D. 252).

Anders verhält es sich aber mit dem Armenrechtsverfahren, wenn es nicht Vorverfahren ist. Hier wird das Armenrecht mit Rücksicht auf einen schon in bestimmter Instanz anhängigen Rechtsstreit beantragt. Hier findet das Armenrechtsverfahren also ein bereits bestehendes Prozeßrechtsverhältnis und eine bereits beschrittene Instanz vor. Darum wird es von beiden ergriffen und in die aus ihnen resultierende Kostenfolge einbezogen. Hinzu kommt, daß hier Fälle von Armenrechtsverfahren, die besondere Ermittlungen mit besonderen Kosten erforderlich machen, nur solche sind, in denen es sich um das Armenrechtsverlangen des Angreifers handelt, der, statt zunächst das Armenrecht zu beantragen, bereits die Instanz anhängig gemacht hat. Denn sonst erübrigt der bereits begonnene und fortlaufende Prozeß die besonderen Ermittlungen, die besondere Kosten verursachen.

Auch im Fall des obigen Beschlusses ist die Bevoll. bereits prozessual durch die Verufungseinlegung vor Armenrechtsbeantragung beschritten worden. Zugleich unterschiedet dies diesen Fall von den Fällen der beiden eingangs genannten Entscheidungen des RG. und des OLG. Düsseldorf, bei denen der Rechtsstreit noch nicht anhängig war. Darum sind alle drei Entscheidungen miteinander verträglich.

Es zeigt sich also: § 118a Abs. 4 ZPO. bezieht sich auf das Armenrechtsverfahren in dem hier Vorverfahren genannten Sinne. Soweit in dem sich an es anschließenden Prozeß gleichartige Anwaltsgebühren nicht entstehen — sonst konsumieren diese die des Armenrechtsverfahrens (§ 29 Ziff. 6 RAGebD.) —, bleiben die nur im Armenrechtsverfahren erwachsenen Anwaltsgebühren auf der betreffenden Partei laien und können nicht vom Gegner erstattet verlangt werden (RG. und OLG. Düsseldorf a. a. D.). Handelt es sich dagegen um ein Armenrechtsverfahren, das nicht Vorverfahren ist, sondern in ein bereits anhängiges und darum vor einer bestimmten Instanz sich abspielendes Verfahren einbezogen ist, wie oben dargelegt, so gehören seine Kosten zu den Kosten der Instanz. Praktisch wird dies nur deutlich in einem Fall wie dem obigen. Denn sonst wird dies dadurch überdeckt, daß in dieser Instanz des Prozesses selbst Anwaltskosten entstanden sind, die gemäß der bereits erwähnten Vorschrift des § 29 Ziff. 6 RAGebD. die im Armenrechtsverfahren entstandenen konsumieren.

Mag demnach auch die Begründung des obigen Beschlusses durch ihre etwas zu allgemeine Formulierung nicht allen zusammenhängenden Rechnung tragen, so ist es ein Zeichen lebendiger prozessualer Auffassung, den prozessualen Unterschied seines Falles von denen, die das Gesetz dem § 118a Abs. 4 unterstellt, herausgeführt zu haben.

2. Was das OLG. Naumburg zu § 91 ZPO. ausführt, bedarf ebenfalls einer Ergänzung. § 91 Abs. 2 Halbsatz 1 gibt hinsichtlich der Anwaltskosten bereits eine gesetzliche Erläuterung ihrer Notwendigkeit, und zwar dahin, daß sie zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung i. S. von § 91 Abs. 1 ZPO. notwendig gewesen sind. Es ist daher unzulässig, angesichts dieser gesetzlichen Erläuterung, noch zu prüfen, ob

die Sachlage des Einzelfalles die Zuziehung des Anwalts verlangte oder rechtfertigte. Wie Gaedeker: *JW.* 1935, 2298 Anm. zu *DVG.* Darmstadt ebd. richtig ausführt, hat dabei § 91 Abs. 2 Halbsatz 1 *ZPO.* denjenigen Anwalt im Sinn, der als Prozeßbevollmächtigter für die Partei handelnd aufzutreten kann. Kann er das nicht, dann muß, wenn seine Kosten vom unterlegenen Gegner erstattet verlangt werden, die Notwendigkeit seiner Zuziehung gem. § 91 Abs. 1 *ZPO.* geprüft werden. Dabei ist aber jedenfalls die Notwendigkeit seiner Zuziehung dann gegeben, wenn das Gericht selbst (z. B. durch Anfrage oder Aufforderung) zu erkennen gegeben hat, daß es auf eine Äußerung aus irgendwelchen Gründen für seine Entscheidung Wert legt (vgl. Gaedeker a. a. D.). So nahe es zu liegen scheint, diesen Gesichtspunkt hier als den tragenden zu verwenden, so ist er rechtlich doch nicht der ausschlaggebende. Ausschlaggebend ist vielmehr, daß hier der Regelfall des § 91 Abs. 2 Halbsatz 1 *ZPO.* vorliegt. Denn die Bevollmächtigung des vorinstanzlichen (erstinstanzlichen) Anwaltes bleibt wirksam, soweit nicht der Anwaltszwang vor dem Rechtsmittelgericht eingreift oder ein bei diesem Gericht zugelassener Prozeßbevollmächtigter bestellt ist (s. a. Baumbach, *ZPO.* § 176 Anm. 1 C). Letzteres lag noch nicht vor. Ersteres kommt nicht in Frage, da das Armenrechtsverfahren überhaupt nicht und darum auch nicht dem Anwaltszwang vor dem Rechtsmittelgericht unterliegt. — Umgekehrt lag der Fall bei der Entsch. des *DVG.* Darmstadt a. a. D. Dort handelte es sich um einen Rechtsmittelgegenantrag, den infolge des Anwaltszwanges prozessual wirksam nur der bei dieser Instanz zugelassene Anwalt stellen kann.

RM. Dr. P. Bach, Freiburg i. Br.

*

63. §§ 93, 99 *ZPO.*; §§ 328, 333 *BGB.* Ein sofortiges Anerkenntnis i. S. des § 93 *ZPO.* liegt nicht vor, wenn der Bekl. zwar den Kl. befreidigt, dabei aber ausdrücklich die Begründetheit des Anspruchs bestrittet. Einseitige Aufrechnung oder Angebot zum Abschluß eines Aufrechnungsvertrages? Weist der Dritte bei einem Vertrage aus § 328 *BGB.* den Erwerb des ihm zugeordneten Rechtes zurück, so ist im Falle einer gegenüber diesem Recht vorher erklärten Aufrechnung die Rechtslage die gleiche, wie bei nachträglicher Anfechtung einer durch Aufrechnung getilgten Forderung. Die Wirkungen der Aufrechnung fallen fort.

Die Kl. ist eine *DVG.* Der Bekl. ist Gesellschafter von ihr. Er besaß früher ein Gut in A., das seit Februar 1935 seiner Tochter gehört und an den Landwirt B. verpachtet ist. Dieser hatte der Kl. Zuckerrüben geliefert und wies sie an, von dem ihm zustehenden „Rübelgeld“ dem Bekl. 2363,65 *RM* für Pacht zu überweisen. Der Kl. stand bereits damals gegen den Bekl. die mit der Klage geltend gemachte Forderung in Höhe von 1860 *RM* nebst Zinsen zu, die sich aus Tilgungsteilen zusammensetzte, mit denen er seit dem 25. Aug. 1933, dem 15. Dez. 1933 und dem 6. Dez. 1934 im Rückstande war. Sie richtete im Hinblick hierauf folgendes Schreiben v. 4. Okt. 1935 an ihn: „Herr B. hat uns beauftragt, an Sie von seinem Rübelgeld 2363,65 *RM* für Pacht zu überweisen. Da Sie bei uns mit 2005,20 *RM* Nachzahlung für Tilgungsquoten im Rückstande sind, werden wir den Betrag verrechnen und den Rest in Höhe von 358,45 *RM* auf Ihr Konto bei der R.-Bank überweisen.“ Der Bekl. antwortete mit Brief v. 17. Okt. 1935, der u. a. folgende Sätze enthält: „Ich mache Sie darauf aufmerksam, daß die Pachttrate an meine Tochter zu zahlen ist, welche seit Februar dieses Jahres Befristeterin des Gutes ist. Im Namen meiner Tochter ersuche ich um umgehende Zahlung des Betrages auf deren Konto bei der R.-Bank. Da ich an den Schulden der Zuckerfabrik vollkommen unschuldig bin, muß es sich auch die Fabrik gefallen lassen, daß ich die anteiligen Tilgungsbeträge zahle, wenn ich dazu in der Lage bin. Da dies jetzt nicht der Fall ist, muß ich um weitere Stundung bitten.“ Die Kl. machte nun-

mehr ihre Forderung gegen den Bekl. mit der vorl. Kl. geltend, die dem Bekl. am 4. Nov. 1935 zugestellt wurde. Mit Schreiben v. 10. Nov. 1935 rechnete der Bekl. nunmehr gegen den Klageanspruch mit der ihm inzwischen von seiner Tochter abgetretenen Pachtzinsforderung gegen B. gegen den Klageanspruch auf.

Die Kl. hat daraufhin den Rechtsstreit sofort in der Hauptsache für erledigt erklärt.

Jede Partei hat beantragt, der Gegenpartei die Kosten des Rechtsstreits aufzuerlegen.

Der Bekl. hat ausgeführt: Der Klageanspruch sei bereits durch die mit Schreiben v. 4. Okt. 1935 erklärte Aufrechnung der Kl. erloschen gewesen. Er habe auch sonst der Kl. keine Veranlassung zur Klagerhebung gegeben.

Die Kl. hat das bestritten.

Durch das angef. Ur. ist die Kl. verurteilt worden, die Kosten des Rechtsstreits zu tragen. Hiergegen richtet sich ihre sofortige Beschwerde.

Sie ist begründet. Nach § 93 *ZPO.* würden der Kl. die Prozeßkosten zur Last fallen, wenn der Bekl. nicht durch sein Verhalten zur Erhebung der Klage Veranlassung gegeben hätte und wenn er den Anspruch sofort anerkannt hätte. Der Bekl. hat den Anspruch der Kl. überhaupt nicht anerkannt. Er hat zwar mit einer von seiner Tochter an ihn abgetretenen Forderung gegen den Anspruch der Kl. aufgerechnet und hierdurch die Erledigung in der Hauptsache herbeigeführt. Er hat aber ausgeführt, die Klage hätte als von vornherein unbegründet abgewiesen werden müssen, weil der Klageanspruch schon vor Erhebung der Klage, und zwar durch die Aufrechnung der Kl. v. 4. Okt. 1935 untergegangen gewesen sei. Danach liegt kein Anerkenntnis i. S. des § 93 *ZPO.* vor. Befriedigt ein Bekl. den Kl., so kommt § 93 *ZPO.* nur zur Anwendung, wenn er dabei anerkennt, daß der Klageanspruch begründet gewesen sei (*RGZ.* 53, 324 ff.). § 93 *ZPO.* beruht auf dem Grundgedanken, daß aus dem sofortigen Anerkenntnis der Begründetheit des Klageanspruchs der Schluß zu ziehen sei, der Bekl. hätte auch bei außergerichtlicher Aufforderung zur Zahlung den Klageanspruch erfüllt. Dieser Gedanke trifft aber gerade nicht zu, wenn der Bekl. zwar dem Klagebegehren nachkommt, dabei aber den Anspruch bestrittet, wie es hier geschehen ist.

Im übrigen hat der Bekl. aber auch zur Erhebung der Klage Veranlassung gegeben. Er hat kurz vor der Klagerhebung der Kl. in seinem Schreiben v. 17. Okt. 1935 erklärt, sie müsse sich gefallen lassen, daß er zahle, wenn er dazu in der Lage sei, das sei jetzt noch nicht der Fall. Die Kl. konnte von ihm die Bezahlung der rückständigen Tilgungsquoten jederzeit verlangen. Nach dem Schreiben v. 17. Okt. 1935 mußte sie aber annehmen, daß er weder bereit noch in der Lage sei, einer außergerichtlichen Aufforderung zur Zahlung seiner Schulden nachzukommen.

Die Kosten des Rechtsstreits mußten demnach derjenigen Partei auferlegt werden, die unterlegen wäre, wenn sich der Rechtsstreit nicht in der Hauptsache erledigt hätte. Das ist der Bekl. Denn die Klage wäre begründet gewesen, wenn die Erledigung in der Hauptsache nicht eingetreten wäre.

Das Schreiben der Kl. v. 4. Okt. 1935 enthielt noch keine Aufrechnung. Seine Fassung ergibt, daß die Kl. eine einseitige Aufrechnung gar nicht erklären, sondern dem Bekl. das Angebot eines Aufrechnungsvertrages machen wollte. Daß sie bereits in ihren Büchern eine Umbuchung auf den Konten der Beteiligten vornahm, war nur eine vorläufige Maßnahme, die in Erwartung der Zustimmung des Bekl. vorgenommen wurde. Das folgt daraus, daß sie nicht auch bereits den Überschuß auf das Konto des Bekl. bei der R.-Bank überwiesen hat. Die Eintragungen in den Büchern der Kl. waren für sich allein ein rechtlich belangloser Vorgang. Der Bekl. hat den Abschluß des Aufrechnungsvertrages mit seinem Briefe v. 17. Okt. 1935 abgelehnt. Darauf hat die Kl. die Umbuchung wieder rückgängig gemacht. Die Klageforderung bestand also bei Klagerhebung noch.

Wäre das Schreiben der Kl. v. 4. Okt. 1935 als einseitige Aufrechnung zu würdigen, so würde folgendes gelten:

Das durch die Anweisung des Pächters B. an die Kl., an den Bekl. zu zahlen, zwischen beiden begründete Rechtsverhältnis könnte als Vertrag zugunsten des Bekl. betrachtet werden. In diesem Falle würde auch anzunehmen sein, daß aus diesem Vertrage nach dem Parteivillen der Bekl. unmittelbar das Recht erwerben sollte, die Zahlung der 2363,65 RM selbst von der Kl. zu fordern (§ 328 Abs. 2 BGB.). Die Kl. sollte den Pachtzins an den Bekl. als den vermeintlichen Berechtigten zahlen. B. hatte also kein Interesse daran, dem Bekl. nicht unmittelbar eine Forderung auf Zahlung des Pachtzinsesz einzuräumen. Zwischen der Kl. und ihrem Gesellschafter, dem Bekl., bestehen aus dem Gesellschaftsverhältnisse gegenseitige Ansprüche und Rechte. Aus diesen Umständen könnte entnommen werden, daß der Bekl. selbst eine Forderung auf Zahlung des Pachtzinsesz gegen die Kl. erwerben sollte. Dann standen sich also diese Forderung des Bekl. gegen die Kl. und die Forderung der Kl. an den Bekl. am 4. Okt. 1935 fällig und ihrem Gegenstande nach gleichartig gegenüber.

Die Forderung der Kl. ging also durch die Aufrechnung der Kl. unter (§ 387 BGB.). Diese Wirkung der Aufrechnung ist aber dadurch, daß der Bekl. die ihm aus dem zu seinen Gunsten abgeschlossenen Vertrage zugefallenen Rechte nachträglich zurückgewiesen hat, gem. § 333 BGB. wieder weggefallen. Der Bekl. hat in seinem Schreiben v. 17. Okt. 1935 erklärt, die Pacht sei nicht an ihn, sondern an seine Tochter zu zahlen. Danach hat er das Recht auf Zahlung des Pachtzinsesz an ihr zurückgewiesen. Die Zurückweisung hatte zur Folge, daß das Recht als nicht erworben galt (§ 333 BGB.). Dadurch sind die Wirkungen der Aufrechnung v. 4. Okt. 1935 weggefallen, so daß der Klageanspruch rückwirkend wieder aufgelebt ist. Daß die Anfechtung einer durch Aufrechnung untergegangenen Forderung eine solche Wirkung hat, ist anerkannt (Staudinger zu § 390, 1; RGWRom. zu § 390, 1). Dasselbe muß aber auch für die Wirkungen der Zurückweisung gem. § 333 BGB. gelten. Denn der wirtschaftliche Erfolg ist in beiden Fällen derselbe. Die Anfechtung hat zur Folge, daß das angefochtene Rechtsgeschäft als von Anfang an nichtig anzusehen ist, während bei der Zurückweisung gem. § 333 BGB. die Rechte des Dritten aus dem zu seinen Gunsten abgeschlossenen Vertrage als von Anfang an nicht erworben gelten.

Da der Klageanspruch somit erst durch die nach der Klagerhebung mit dem Schreiben v. 10. Nov. 1935 erklärte Aufrechnung des Bekl. untergegangen ist, wäre die Klage begründet gewesen und der Bekl. wäre sonach ohne die Erledigung der Hauptsache unterlegen. Ihm waren daher die Kosten des Rechtsstreits aufzuerlegen.

(OLG. Naumburg, 6. (Kosten-) ZivSen., Beschl. vom 27. Febr. 1936, 6 W 15/36.)

64. § 137 ZPO. Vortrag von Beweisverhandlungen (z. B. eines schriftlichen Gutachtens), die nicht vor dem Prozeßgericht stattgefunden haben, ist keine Tätigkeit innerhalb der Beweisaufnahme mehr.

Der Beschw. ist als Armenanwalt erst beigeordnet worden, nachdem Beweis durch Einholung eines schriftlichen Gutachtens eines ärztlichen Sachverständigen beschlossen und das Gutachten auch bei Gericht eingegangen war. Der Beschw. meint, daß gleichwohl dadurch, daß er das Ergebnis der Beweisaufnahme, d. h. das schriftliche Gutachten vorgetragen habe und dieses vom Gericht verwertet worden sei, er noch in der Beweisaufnahme mitgewirkt habe und für ihn die Beweisgebühr erwachsen sei.

Dieser Auffassung kann nicht beigepflichtet werden. Vielmehr führt das OLG. mit Recht aus, daß mit dem Eingang des schriftlichen Gutachtens des Sachverständigen diese Beweisaufnahme abgeschlossen war. Wenn § 285 Abs. 2 ZPO. für diejenigen Fälle, in denen die Beweisaufnahme nicht vor dem Prozeßgericht erfolgt ist, den Vortrag des Ergebnisses der Beweisaufnahme auf Grund der Beweisverhandlungen durch die Parteien vorschreibt, so liegt darin nur die folge-

richtige Durchführung des Grundsatzes der Mündlichkeit und der Verhandlung: Das Gericht darf, sofern es sich nicht um von Amts wegen zu berücksichtigende und zu prüfende Punkte handelt, nur denjenigen Prozeßstoff verwerten und für seine Entsch. berücksichtigen, der von den Parteien in mündlicher Verhandlung vorgetragen worden ist (die Ausnahme des schriftlichen Verfahrens steht hier nicht zur Erörterung). Alles, was das Gericht für seine Entsch. benutzt, muß daher durch Vortrag in der mündlichen Verhandlung zum Gegenstand der Verhandlung und dadurch zu für das Gericht verwertbarem Prozeßstoff gemacht werden, soweit nicht das Verfahren sich bereits ohnehin unmittelbar vor ihm abgespielt hat.

Wenn das Gericht gem. § 411 ZPO. an Stelle der mündlichen Anhörung des Sachverständigen schriftliche Gutachten anordnet, so tritt damit zwar diese Art der Gutachtererstattung an die Stelle der sonst erforderlichen mündlichen Vernehmung des Sachverständigen. Die Beweisaufnahme ist dann aber nicht vor dem Prozeßgericht erfolgt. Wenn dieses naturgemäß auch von dem bei ihm eingereichten Gutachten bereits Kenntnis erhält, so ist dieses gleichwohl so lange nicht als existent zu betrachten, als es nicht durch Vortrag (oder mindestens Bezugnahme, § 137 ZPO.) in der Verhandlung für das Gericht verwertbar geworden ist (zu vgl. Stein-Jonas 1934 III zu § 411 ZPO.). Gegenstand dieses Vortrages sind aber die Beweisverhandlungen, d. h. das Ergebnis der stattgehabten Beweisaufnahme.

Daraus ergibt sich bereits, daß dieser Vortrag durch die Prozeßbevollmächtigten keine Tätigkeit innerhalb des Beweisverfahrens, keine Vertretung der Partei im Beweisnahmeverfahren mehr darstellt, sondern eine außerhalb dieses Verfahrensabschnitts der Beweisaufnahme liegende Tätigkeit bildet, die begrifflich dessen Beendigung zur Voraussetzung hat, selbst also nicht mehr dazu gehört. Diese Auffassung ergibt sich besonders anschaulich aus der Zeugenvernehmung durch den ersuchten Richter. Mit der Beendigung der Vernehmung ist die Beweisaufnahme beendet. Gleichwohl bedarf es zur Benutzbarkeit dieser Zeugenaussage gem. § 285 Abs. 2 ZPO. ihres Vortrages in der mündlichen Verhandlung. Die damit entwickelte Tätigkeit der Sachwalter der Parteien betrifft also die Verwertbarkeit dieser Aussagen für den Prozeß, nicht jedoch die Vertretung der Parteien noch innerhalb der Beweisaufnahme.

Folglich ist der Beschw. als Armenanwalt erst nach Abschluß der Beweisaufnahme beigeordnet worden. Für eine Vertretung der armen Partei in der Beweisaufnahme war somit kein Raum mehr.

(RG., 20. ZivSen., Beschl. v. 16. Mai 1936, 20 W 2566/36.)

65. Der Anwalt ist höchstens beruflich, nicht aber prozeßrechtlich verpflichtet, bei der vereinfachten Zustellung aus § 212a ZPO. mitzuwirken. Zur Frage des Verschuldens des Anwaltes bei der Mitwirkung.

Der Bekl. hat gegen das ihm am 22. Jan. 1936 zugestellte Urteil der 8. ZK. des OLG. in S. v. 10. Jan. 1936 am 24. Febr. 1936, also nach Ablauf der Berufungsfrist Berufung eingelegt. Die Ausfertigung des das Armenrecht gewährenden und den Anwalt beordnenden Beschlusses war bereits am 21. Febr. 1936 in das Abholungsstück des Anwaltes auf dem OLG. gelegt worden. Von dort hat sie die Abholungsbeauftragte des Anwaltes am 22. Febr. 1936 — einem Sonntagabend — mittags gegen 1 Uhr, wie auch sonst von ihr üblich, entnommen und sie, da die Kanzlei des Anwaltes in- zwischen und am Sonntagabend geschlossen war, über den Sonntag mit nach Hause genommen. Der Anwalt selbst hat das Schriftstück, wie er pflichtgemäß erklärt hat, erst am 24. Febr. 1936 — Montags — erhalten und demgemäß die Empfangsbescheinigung mit dem Datum des 24. Febr. 1936 ausgestellt. Die Zustellung an ihn war hiernach erst am 24. Febr. 1936 erfolgt; denn die Zustellung an einen Anwalt, die im Wege des § 212a ZPO. geschieht, ist erst dann beendet und damit erst erfolgt, wenn der Anwalt Kenntnis von der Übergabe des Schriftstückes erhält (RGZ. 98, 241; 109,

341 und ebenso Stein=Jonas, ZPD., §§ 212a I, 198 II 1), und diese Kenntnis hat der Anwalt, wie sich aus seiner Erklärung ergibt, hier erst mit der Übergabe des Schriftstücks an ihn selbst erlangt. Er hat dann alsbald noch am 24. Febr. 1936 Berufung eingelegt und gleichzeitig den Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen Versäumung der Berufungsfrist gestellt. Die Versäumung der Frist ist hier nach durch einen für die Partei unabwehrbaren Zufall i. S. des § 233 Abs. 1 ZPD. — ihre Mittellosigkeit und die erst nach Ablauf der Frist erfolgte Zustellung des Armenrechtsbeschlusses — verursacht worden. Die Verzögerung der Zustellung statt vielleicht schon am 21. Febr. 1936 oder wenigstens doch noch am 22. Febr. 1936 erst am 24. Febr. 1936 kann der Partei nicht als ein von ihr zu vertretendes Verschulden zur Last gelegt werden. Allerdings muß die Partei ein prozessrechtliches Verschulden des von ihr bevollmächtigten Anwaltes grundsätzlich gegen sich selbst gelten lassen. Ein solches Verschulden des Anwaltes ist hier jedoch zu verneinen. Der Anwalt ist, wenn auch zwar allgemein beruflich, doch überhaupt nicht prozessrechtlich verpflichtet, bei der vereinfachten Zustellung aus § 212a (198) ZPD. mitzuwirken (Stein=Jonas, ZPD., § 198 II 3; RGZ. 98, 241); eine Verzögerung dabei durch ihn oder sein Kanzleipersonal kann daher von dem hier nicht vorl. Falle wirklich schuldhafter Saumseligkeit vielleicht abgesehen — nicht eine prozessrechtliche Handlung oder Unterlassung enthalten, für die er schlechthin einzutreten hätte und die darum dann auch der Partei zugerechnet werden müßte. Dem frist- und formgerecht nach §§ 234, 236 ZPD. gestellten Wiedereinsetzungsantrage des Bf. war daher stattzugeben, und zwar gem. § 238 Abs. 1 und 2 i. Verb. m. § 519 b ZPD. statthafterweise schon alsbald durch Beschl. (RGZ. 125, 68 = JW. 1929, 3153 und 1930, 546).

(OLG. Naumburg, Beschl. v. 2. März 1936, 7 U 49/36.)

*

66. §§ 244, 249 ZPD. Der Beschluß, der das vom Prozeßbevollmächtigten des Verkl. eingereichte Armenrechtsgesuch ablehnt, ist der Partei selbst zuzustellen, wenn der Prozeßbevollmächtigte nach der Beschlußfassung weggefallen ist.

Das vom Anwalt des Bf., Verkl. vor Ablauf der Frist des § 519 Abs. 6 ZPD. eingereichte Armenrechtsgesuch wurde vom OLG. durch Beschl. v. 30. Nov. 1935 abgelehnt und es wurde dieser Beschluß, da der Anwalt durch Urk. des OLG. n. 3. Dez. 1935 aus der Rechtsanwaltschaft ausgeschlossen wurde, dem Bf. selbst am 27. Dez. 1935 zugestellt. Auf Antrag der Kl. wurde dem Bf. eine Frist von 5 Tagen bestimmt, diese Verfügung ließ die Kl. dem Bf. selbst am 21. Jan. 1936 zustellen. Bis 6. März 1936 hat der Bf. nicht nachgewiesen, daß er die Prozeßgebühr bezahlt hat. Die Berufung wurde am 9. März 1936 als unzulässig verworfen.

Der Beschl. v. 30. Nov. 1935 durfte an den Bf. unmittelbar zugestellt werden, ohne daß zuvor das Verfahren gem. § 244 Abs. 2 ZPD. aufgenommen wurde. Entsprechend § 249 Abs. 2 ZPD. muß ein im Zeitpunkt der Unterbrechung des Verfahrens bereits gefaßter Beschluß trotz der Unterbrechung durch Zustellung wirksam gemacht werden können. Dies gilt auch dann, wenn man sich der mehrfach vertretenen Auffassung anschließen wollte, daß während der Unterbrechung des Hauptverfahrens auch über ein Armenrechtsgesuch nicht entschieden werden soll (vgl. OLG. Kiel v. 13. April 1915: DWRspr. 30, 367; OLG. Hamburg v. 23. Jan. 1917: DWRspr. 35, 60). Es wäre sinnwidrig, anzunehmen, daß eine Entsch. über das Armenrecht erst zugestellt werden kann, wenn vorher die Partei gem. § 244 Abs. 2 ZPD. zur Bestellung eines anderen Anwaltes aufgefordert worden ist, denn die Partei macht gerade geltend, daß sie zur Bestellung eines Anwaltes außerstande sei. Zur Bestellung eines Anwaltes aufzufordern in der Voraussetz., daß diese Bestellung doch nicht erfolgen werde, und dann erst nach Ablauf der zu bestimmenden Frist zuzustellen, wäre reiner Formalismus. Die Unterbrechung des Verfahrens hinderte also die Zustellung des

Beschl. v. 30. Nov. 1935 nicht, und zwar mußte nach dem allgemeinen aus § 210a ZPD. ersichtlichen Grundsatz nach Wegfall des seitherigen Bevollmächtigten die Zustellung an die Partei selbst vorgenommen werden. Inzwischen ist das Verfahren gem. § 244 Abs. 2 ZPD. als aufgenommen anzusehen, nachdem der Bf. der Verfügung des Vorsitzenden v. 29. Jan. 1936, bis 5. Febr. 1936 einen neuen Anwalt zu bestellen, nicht nachgekommen ist. Nach § 249 Abs. 1 ZPD. begann im Anschluß daran die durch die Verfügung des Vorsitzenden vorher gesetzte Frist von neuem zu laufen. Sie lief mit dem 5. März 1936 ab. Da der Bf. bis dahin nicht nachgewiesen hat, daß er die von ihm geforderte Prozeßgebühr bezahlt hat, gilt die Berufung nach § 519 Abs. 6 ZPD. als nicht in der gesetzlichen Form begründet.

(OLG. Stuttgart, 1. ZivSen., Beschl. v. 9. März 1936, 1 U 30/35.)

Deutsches Gerichtskostengesetz

67. § 20 Ziff. 2 DGRG.; § 13 Ziff. 4 RAGebO. Bezugnahme der Parteien auf ihre im Armenrechtsverfahren abgegebenen Erklärungen keine Beweisaufnahme.

Die Vorinstanzen haben mit Recht die Beweis- und weitere Verhandlungsgebühr abgesetzt. Denn eine Beweisaufnahme hat nicht stattgefunden. Wenn es in dem Sitzungsprotokoll heißt: „Die Erklärungen der Parteien aus dem Armenrechtsverfahren lagen vor und wurden von den Parteien genehmigt“, und wenn demgemäß im Urteil des OLG. festgestellt ist, daß die Parteien bei ihrer persönlichen Anwesenheit in der Verhandlung die Richtigkeit ihrer im Armenrechtsverfahren abgegebenen Erklärungen „bestätigt“ haben, so hat das OLG. aus diesen Feststellungen mit Recht hergeleitet, daß nur eine Wiederholung der von den Parteien im Termin abzugebenden Erklärungen vermieden und durch eine Bezugnahme auf die früheren Erklärungen ersetzt werden sollte.

Dabei handelt es sich keineswegs, wie der Beschwerf. annimmt, um einen Fall der Verwertung von Protokollen aus dem Armenrechtsverfahren, so daß die Bezugnahme auf die Entsch. des Senats v. 1. Febr. 1936: JW. 1936, 743²³ hier fehl geht. Vielmehr steht die von den Parteien im Verhandlungstermin erklärte Bezugnahme auf von ihnen im Armenrechtsverfahren zu Protokoll gemachte Angaben Erklärungen der Parteien in der mündlichen Verhandlung gleich. Hierzu hat der Senat bereits in seiner späteren Entsch. vom 25. April 1936, 20 Wa 51/36: JW. 1936, 1923⁴⁸ Stellung genommen und dabei zugleich den Standpunkt der früheren Entsch. dahin eingeschränkt, daß selbst eine Bezugnahme der Parteivertreter auf Parteierklärungen im Armenrechtsverfahren, soweit es sich um Ehefachen handelt, regelmäßig höchstens einer persönlichen Anhörung der Parteien nach § 619 ZPD. gleichgesetzt werden könnte. Daß die eigenen Erklärungen der persönlich erschienenen Parteien verfahrensrechtlich nicht anders gewertet werden können, bedarf keiner Ausführung.

(RG., 20. ZivSen., Beschl. v. 13. Mai 1936, 20 W 2512/36.)

*

68. § 29 Abs. 2 DGRG. Die Erklärung, daß die Hauptsache erledigt sei, ist der Klagerücknahme nicht gleichzustellen.

Nach § 29 Abs. 2 GRG. ermäßigt sich die Prozeßgebühr auf ein Viertel, wenn die Klage nach Best. des Termins, jedoch vor Stellung eines Sachantrages in der mündlichen Verhandlung zurückgenommen wird. Dieser Fall liegt nicht vor. Die Erklärung, daß die Hauptsache erledigt sei, ist der Klagerücknahme nicht gleichzustellen. Der Senat folgt im Ergebnisse insoweit mit dem OLG. den Ausführungen Baumbachs, 5. Aufl., Anm. 2 zu § 29 GRG. und der Rspr. des RG. (JW. 1933, 1734⁶; 1934, 2499²⁵) und lehnt die abweichenden Ansichten des Schrifttums (Rittmann=Wenz, 15. Auflage, Anm. 2 zu Nr. 29) und der Rspr. ab; insbes. kann er dem OLG. Stettin (JW. 1932, 120²⁰) nicht beitreten. Daß die Er-

klärung, der Hauptanspruch sei erledigt, verfahrensrechtlich der Zurücknahme der Klage (§ 271 ZPO.) nicht gleichzuachten ist, bedarf keiner Ausführung. Ein ausreichender Grund, diese Erklärung gleichwohl i. S. des § 29 Abs. 2 GRG. der Klagerücknahme gleichzustellen und damit die Geltung dieser Vorschr. über ihren Wortlaut hinaus auszudehnen, liegt nicht vor. Der Gedanke, daß die gerichtliche Mühewaltung in beiden Fällen in gleicher Weise vermindert werde, versagt, weil bei der Erledigungserklärung — anders als bei der Klagerücknahme (§ 271 Abs. 3 ZPO.) — die Entsch. über die Kosten oft dieselbe Mühe machen wird, wie die Entsch. über die Hauptsache. Richtig ist, daß der Begriff der Klagerücknahme i. S. des § 29 Abs. 1 GRG. mit dem verfahrensrechtlichen Begriff der Klagerücknahme nicht voll übereinstimmt. Denn vor Best. des Termins zur mündlichen Verhandlung kann verfahrensrechtlich eine Klage nicht erhoben und deshalb auch nicht zurückgenommen werden, während § 29 Abs. 1 GRG. eine Klagerücknahme vor Best. des Termins im Auge hat; auch genügt zur Klagerücknahme i. S. des § 29 Abs. 1 GRG. die Erklärung gegenüber dem Gericht ohne Zustimmung gem. § 271 Abs. 2 ZPO. Das erklärt sich daraus, daß die Prozeßgebühr nach § 20 Nr. 1 GRG. bereits mit der Einreichung der Klage erwächst, nicht erst mit ihrer Erhebung. Das OLG. Stettin will daraus schließen, daß auch i. S. des § 29 Abs. 2 GRG. der Begriff der „Zurücknahme der Klage“ nicht demjenigen in § 271 ZPO. entspreche. Es kann hier dahingestellt bleiben, ob das in der oder jener Beziehung zutrifft, insbes., ob die Zurücknahme der Klage i. S. des § 29 Abs. 2 GRG. selbst dann ohne die Form des § 271 Abs. 2 ZPO. erfolgen kann, wenn die Klage mit der Terminsbestimmung bereits zugestellt ist. Daß auch die Erklärung, die Hauptsache sei erledigt, der Zurücknahme der Klage i. S. des § 29 Abs. 2 GRG. gleichzustellen sei, läßt sich daraus nicht schließen.

(OLG. Hamburg, 1. ZivSen., Beschl. v. 27. März 1936, 1 W 64/36.)

69. § 90 DGRG.; §§ 10, 11 RKostD. Das Reich genießt in den Verfahren der streitigen Gerichtsbarkeit vor allen deutschen ordentlichen Gerichten ebenso wie in der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht nur Gebühren-, sondern auch Auslagenfreiheit.

Der Vell., der Wehrmachtssiskus des Deutschen Reichs, dessen Ver. kostenpflichtig zurückgewiesen worden ist, ist durch Gerichtskostenrechnung des RG. wegen der in der Ver. entstandenen Schreibgebühren in Höhe von 5,50 RM zuzüglich 0,08 RM Porto als Schuldner aus §§ 77, 79 DGRG. in Anspruch genommen worden. Hiergegen wendet sich die Erinnerung des Vell. zu Recht unter Hinweis darauf, daß die Wehrkreisverwaltung eine Reichsdienststelle sei und daß das Reich Auslagenfreiheit genieße.

Der Senat hat bereits in seiner grunds. Entsch. 20 Wa 212/35 v. 26. Okt. 1935 zu der Frage der Auslagenfreiheit des Reichs in gerichtlichen Verfahren Stellung genommen und dazu folgendes ausgeführt: Abgesehen von § 90 Abs. 1 DGRG., der dem Reich in Verfahren vor den Landesgerichten Gebührenfreiheit gewährt, sei seine Freiheit von Kosten überhaupt, d. h. von Gebühren und Auslagen im Verfahren vor dem RG. bisher aus dem Grundsatz hergeleitet worden, daß Zahlungen aus einer Reichskasse in eine andere Reichskasse nicht stattzufinden hätten (RArbG.: DRB. 1934, 170). Dieser Rechtszustand, der bisher nur für Kosten in Verfahren vor dem RG. gegolten habe, habe indes eine Änderung durch die nunmehr erfolgte Überleitung der Rechtspflege auf das Reich (vgl. Ges. v. 16. Febr. 1934 [RGBl. I, 91]; Ges. v. 5. Dez. 1934 [RGBl. I, 1214]; vgl. auch Ges. v. 30. Jan. 1934 [RGBl. I, 75]; V.D. v. 2. Febr. 1934 [RGBl. I, 81]) erfahren. Seitdem seien alle deutschen ordentlichen Gerichte solche des Reichs und dementsprechend die Einnahmen und Ausgaben für die Landesjustizverwaltung auf Rechnung des Reichs übergegangen (vgl. § 2 Ges. v. 24. Jan. 1935 [RGBl. 68]; § 1 V.D. v. 20. März 1935 [RGBl. I, 406]; auch W. v. 26. März 1935 [DZ. 481]).

Auf Grund dieser Erwägungen hat der Senat damals bereits unter Hinweis auf die allgemeine Vfg. des RM. vom

22. März 1935 (DZ. 551 II 2a), wonach Auslagen nicht zu erheben sind, wenn sie vom Reich zu zahlen wären, festgestellt, daß dieser Grundsatz nunmehr für die Kosten im Verfahren vor allen deutschen ordentlichen Gerichten gilt. Daran ist auch durch die neue Fassung des § 90 DGRG. durch die Nov. v. 27. März 1936 (RGBl. I, 251) nichts geändert worden. Diese Novelle hat die Best. über Gebührenfreiheit in der streitigen Gerichtsbarkeit mit den entsprechenden Best. der RKostD. v. 25. Nov. 1935 (RGBl. I, 1371, § 10 Abs. 1) in Einklang gebracht. Allerdings ist die Anpassung an die Vorschr. der RKostD. insofern nicht reiflos erfolgt, als hinsichtlich der Auslagenfreiheit die diesbezügliche ausdrückliche Best. in § 11 Abs. 2 daselbst, daß die Gebührenfreiheit, soweit nicht ein anderes bestimmt ist, nicht von der Verpflichtung zur Zahlung der Auslagen befreit, in das deutsche Gerichtskostengesetz nicht übernommen worden ist. Daraus kann aber gleichwohl nicht der Schluß gezogen werden, daß die Behandlung der Auslagenfreiheit im Gebiet der streitigen Gerichtsbarkeit nach dem Willen des Gesetzes eine andere sein soll als auf dem Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Das DGRG. hat auch bisher schon keine ausdrückliche Best. darüber enthalten, in welchen Fällen Auslagenfreiheit gewährt werde. Fest stand nur, daß die Gebührenfreiheit nicht auch die Befreiung von Auslagen bedeutete. Immerhin ist es ein von der Rspr. allseits stets anerkannter Verwaltungsgrundsatz gewesen, daß Zahlungen von einer Reichskasse in die andere tunlichst zu vermeiden seien, so daß Auslagen von einer Reichskasse nicht erhoben wurden, wenn sie von einer anderen Reichskasse zu zahlen waren. Dieser Grundsatz gilt, obwohl er auch in die RKostD. nicht ausdrücklich aufgenommen worden ist, gleichwohl auch für deren Anwendungsgebiet unverändert weiter (Jonas-Melzheimer, RKostD., II 3 zu § 11; Lindemann, RKostD., 1 zu § 11; Rusche, RKostD., 2 zu § 11). An dem Fortbestehen dieses allgemeinen Grundsatzes, der im übrigen durch die bereits erwähnte AllgemVfg. v. 22. März 1935 noch ausdrücklich unterstrichen worden ist, hat sich somit auch für das Anwendungsgebiet des DGRG. durch die Neufassung der einschlägigen Best. des § 90 DGRG. nichts geändert (zu vgl. auch Baumhach, RKostG. 1936, 2 a B zu § 90 DGRG.). Der Kostenanfall für gerichtliche Schreibauslagen gegenüber der Vell. ist mithin nicht begründet und mußte aufgehoben werden.

(RG., 20. ZivSen., Beschl. v. 17. Juni 1936, 20 Wa 86/36.)

Landgerichte: Zivilsachen

Altona

70. §§ 380, 390 ZPO. In sinngemäßer Anwendung der Vorschr. in §§ 380, 390 ZPO. ist es zulässig, gegen einen Zeugen eine Ordnungsstrafe zu verhängen, der die Blutgruppenuntersuchung verweigert.

Es ist die vornehmste Pflicht eines jeden Volksgenossen, die Gerichte bei der schwierigen Aufgabe der Wahrheitsermittlung zu unterstützen. Dies gilt nach nationalsozialistischer Auffassung ganz besonders dann, wenn es sich darum handelt, die Abstammungsverhältnisse einer Person klarzustellen. Die Vergabe von ein paar Tropfen Blut ist ein so geringes Opfer, daß sie von jedem, der als Erzeuger eines Kindes in Frage kommt, weil er mit dessen Mutter geschlechtlich verkehrt hat — mag er in einem von diesem angestregten Unterhaltsrechtsstreit nun selbst Partei oder bloß Zeuge sein —, ohne weiteres erwartet werden kann.

Wenn ein Zeuge sich grundlos weigert, dieser selbstverständlichen Pflicht zu genügen, oder gar aus ihrer Erfüllung ein Geschäft zu machen sucht, kann es nach dem Willen des nationalsozialistischen Staates den Gerichten als den beruflichen Organen der Rechtspflege nicht zugemutet werden, eine solche gemeinschaftswidrige Einstellung untätig mit anzusehen und zu dulden, daß im völkischen Interesse wichtige Feststellungen durch den Eigennutz einzelner vereitelt werden. Aus der Aufgabe, solche Feststellungen zu treffen, erwachsen den Gerichten vielmehr von selbst auch die Mittel, die von den Beteiligten gegen bereiteten Widerstände zu brechen.

Wie der Zeuge durch das Gericht nach § 380 ZPO. zum Erscheinen und nach § 390 ZPO. sogar zur Eidesleistung gezwungen werden kann, wenn er hierzu nach dem Gesetz verpflichtet ist, so muß dies in sinngemäßer Anwendung dieser Vorschr. auch auf die ungeschriebene, aber nicht geringere Pflicht des möglichen Erzeugers zur Bluthergabe zutreffen.

Die Voraussetzungen für die Verhängung einer Ordnungsstrafe gegen den Zeugen X., der für die ihm aufgegebenen Bluthergabe die Vorauszahlung einer Entschädigung von 30 *R.M.* verlangt, wären danach gegeben. Gleichwohl hat das Gericht von ihrer sofortigen Verhängung noch einmal abgesehen, um dem Zeugen unter Hinweis auf die Folgen einer Pflichtverletzung zuvor eine letzte Gelegenheit zu geben, seiner Pflicht als Volksgenosse nachzukommen.

(LG. Altona, Beschl. v. 2. Juli 1936, 5 S 281/35.)

Güstrow

71. ArmAnwG. Erstattung der Kosten des Vertreters des ArmAnw. für die Wahrnehmung des auswärtigen Beweistermins. †)

In dem Rechtsstreite fand (auswärtig) eine umfangreiche Beweisaufnahme durch den beauftragten Richter statt. Im Interesse der Kl. war es notwendig, daß sie in diesem Beweistermin vertreten war. Ihr ArmAnw. war jedoch an diesem Tage behindert und beauftragte, da sein Antrag auf Terminverlegung abgelehnt wurde, den ihm nach § 25 RAO. nicht als Vertreter substituieren Referendar P. mit der Vertretung der Kl. Hierfür vereinbarte er mit ihm außer den baren Reisekosten den Betrag von 19 *R.M.*, der dem R. an Tage- und Abwesenheitsgeldern aus der Staatskasse zugestanden haben würde. Der Urkundsbeamte hat nur die Reisekosten des Ref. als erstattungsfähige Auslagen zugebilligt.

Die Abhebung der 19 *R.M.* ist jedoch nicht gerechtfertigt.

Jeder R. hat seine Dienste grundsätzlich in Person zu leisten. Das schließt jedoch nicht aus, daß er sich im Falle seiner Behinderung vertreten läßt. Es geht nicht an, ihn als ArmAnw. anders zu behandeln. Ist er danach aber behindert, einen Termin wahrzunehmen, dessen Wahrnehmung geboten erscheint, so müssen ihm die ihm dadurch erwachsenden Kosten, daß er einen Vertreter beauftragt, bis zur Höhe der Kosten, die ihm selber durch die Wahrnehmung des Termins erwachsen sein würden, soweit erforderlich, in gleicher Weise als die Auslagen nach dem Gesetz über die Erstattung von Rechtsanwaltsgebühren in Armensachen aus der Staatskasse erstattet werden, wie er sie im Falle gebührepflichtiger Parteivertretung nach der RAGebD. von seiner Partei bzw. seine Partei sie im Falle ihres Obfigens von der Gegenpartei zu fordern berechtigt sein würde.

In der Rspr. herrscht Streit über die Erstattungsfähigkeit der Vertretungskosten aller nicht nach § 25 RAO. substituierten Vertreter. Die RAGebD. und RAO. ergeben nichts darüber. Die Nichtschnur dafür läßt sich daher nur dem allgemeinen bürgerlichen Recht entnehmen. Denn es muß als Parteiwille unterstellt werden, daß der R., soweit er selbst behindert ist und es angängig erscheint, einen Dritten, etwa einen Rechtsbeistand oder Ref., vertraglich gegen Entgelt — denn anders wird die Bestellung eines Vertreters regelmäßig nicht möglich sein, zumal dann nicht, wenn es sich um einen so umfangreichen Rechtsstreit wie den vorliegenden handelt — mit der Wahrnehmung der Rechte seiner Partei beauftragt.

Nun folgt die Rspr. allerdings der Auffassung, daß dem ArmAnw. nach dem ArmAnwG. Gebühren aus der Reichskasse nicht zustehen, falls er sich durch einen Referendar oder Bürovorsteher vertreten läßt. Aber ganz abgesehen davon, daß diese Auffassung in der Literatur bestritten ist (siehe a. a. O.), handelt es sich hier um Gebühren nur insoweit, als es sich um die Person des Vertreters handelt, dagegen um Auslagen, soweit es sich um die Person des ArmAnw. handelt. Und dies allein entscheidet. Der Auffassung, daß nur der tatsächliche Aufwand des Vertreters an Reisekosten (Fahrt, Übernachtungen, Verzehr) erstattungsfähig sei, hat das Gericht sich nicht anschließen können, da andernfalls die vermeidbare und weit höhere Kosten verursachende Bestellung eines anderen ArmAnw. für die Ter-

minsvertretung erforderlich oder die Nichtvertretung der armen Partei in dem für sie wichtigen Beweistermin die wohl regelmäßige Folge sein würde. Vor allem aber sind dem ArmAnw. seine Auslagen nicht nur nach Maßgabe der RAGebD., sondern — wenn auch nicht ausdrücklich gesagt — auch nach Maßgabe der sie ergänzenden Vorschr. zu erstatten. Damit aber findet wiederum das allgemeine bürgerliche Recht als Richtschnur für die Erstattungsfähigkeit ergänzende Anwendung. Die Kosten der Vertretung sind folglich dem ArmAnw. zu erstatten, soweit sie angemessen sind, jedoch nicht zu einem höheren Betrage, als der ArmAnw. selbst bei eigener Terminvertretung aus der Staatskasse Ersatz hätte verlangen können. Das sind hier 19 *R.M.* (9 *R.M.* Tagegeld und 10 *R.M.* Abwesenheitsgeld). Dieser Betrag erscheint bei der gegebenen Sachlage als Entgelt für die Tätigkeit des Vertreters auch durchaus angemessen.

(LG. Güstrow, Beschl. v. 20. April 1936, 2 R 71/34.)

Anmerkung: Die Entsch. versucht unter dem an sich richtigen und allein in Frage kommenden Gesichtspunkt der *U s l a g e n* des ArmAnw. die Lösung zu finden. Sie überfieht dabei aber einen wichtigen Gesichtspunkt: daß nämlich Auslagen des ArmAnw. von der Reichskasse nur in gleichem Umfange zu erstatten sind wie von einem erstattungspflichtigen Gegner (JW. 1935, 801³⁹). Es ist also zu prüfen, ob bei der Kostenvertretung unter den Parteien außer den *w i r k l i c h e n* Reisekosten für einen Vertreter, der nicht Anwalt ist und dem Anwalt nicht gleichsteht, auch noch irgendwelche *v e r e i n b a r t e n* Kosten zu erstatten sind. Diese Frage wird aber regelmäßig ohne weiteres zu verneinen sein. Denn *G e b ü h r e n* kommen nicht in Frage, allenfalls eine gewisse Entschädigung des Vertreters für Zeitverfallnis. Diese kann indes niemals durch den ArmAnw. mit Wirkung gegen die Reichskasse bestimmt oder gar durch eine Vereinbarung mit dem Vertreter festgelegt werden. Erst recht nicht darf sie ins Verhältnis zu dem Streitwert gesetzt und bei höherem Streitwert reichlicher bemessen werden. Selbstverständlich ist der ArmAnw. auch nicht befugt, diejenigen gesetzlichen Auslagen, die für ihn erwachsen wären, aber tatsächlich nicht erwachsen sind, nun auf dem Umwege über eine Vereinbarung mit dem Substituten der Reichskasse gleichwohl in Rechnung zu stellen.

Es ist schließlich auch nicht zu ersehen, welches Bedürfnis vorliegen sollte, einen beliebigen Substituten eines ArmAnw. besonders zu privilegieren. In wichtigeren Fällen muß der ArmAnw. selbst fahren oder kann, wenn verhindert, einen anderen Anwalt substituieren. Nicht einmal die diesem Anwaltssubstituten etwa zugesagte Vergütung, sei es auch nur in Höhe der für den ArmAnw. selbst sonst erwachsenen Auslagen, darf aber der Reichskasse in Rechnung gestellt werden. Vielmehr kann der ArmAnw. nur die dem Substituten nach den Sätzen des ArmAnwG. zustehenden gekürzten Gebühren bis zur Höchstgrenze der sonst für ihn entstandenen gesetzlichen Auslagen der Reichskasse gegenüber als eigene Auslagen geltend machen (so die hierfür grundlegende Entsch. des RG. v. 11. März 1933: JW. 1933, 1604⁵).

Um so weniger Anlaß besteht, bei Behinderung des ArmAnw., der sich keinen Anwalt, sondern einen beliebigen Dritten (sei es auch Referendar) substituiert, zu Lasten der Reichskasse großzügiger zu verfahren. Mehr als was der ArmAnw. diesem Substituten an *w i r k l i c h* entstandenen Aufwendungen ersetzen muß, stellt auch seinen eigenen notwendigen Aufwand nicht dar (so auch RG. v. 24. April 1934: JW. 1934, 913).

Will man sehr weit gehen, dann könnte allenfalls noch eine gewisse Entschädigung für Zeitaufwand im Einzelfalle zugebilligt werden.

Was LG. Güstrow dagegen tut, ist nichts anderes, als die Reichskasse mit fingierten Auslagen des ArmAnw. zu belasten und die Höhe solcher Belastung in das Ermessen des Anwalts zu stellen. Das ist natürlich nicht angängig.

Die ArmAnw. werden daher gut tun, sich nicht auf die von obiger Entsch. vertretenen Grundsätze einzustellen, wenn sie nicht aus eigener Tasche die Vertretungskosten zahlen wollen.

ROK. Dr. G a e d e l e, Berlin.

Reichsarbeitsgericht

Berichtet von Rechtsanwält Dr. W. Doppermann, Dresden

72. § 5 ArbGG. Unterschied zwischen Beschäftigten, arbeitnehmerähnlichen Personen und selbständigen Unternehmern.

Der Kl. ist auf dem Schlachthof der Stadt Bremen als Kopffschlächter zugelassen. Die Zulassung erfolgt nach den Best. über die Regelung des Kopffschlächterwesens auf dem stadtbremischen Schlachthof, die von der Deputation für den Schlachthof festgelegt worden sind. Neben dem Kl. sind 23 weitere Kopffschlächter am Schlachthof tätig. Die Kopffschlächter haben sämtliches für die gewerblichen Schlachtungen bestimmte Vieh zu schlachten und alle damit verbundenen Arbeiten auszuführen. Ausgenommen hiervon sind diejenigen Schlachttiere, welche durch die Innungsmitglieder selbst oder deren Gesellen oder Lehrlinge geschlachtet werden. Die auf dem Schlachthof zugelassenen Kopffschlächter bilden Schlachtgruppen, an deren Spitze jedesmal ein Obmann steht. Dieser ist für sach- und fachgemäße Ausführungen der Arbeiten verantwortlich. Er wird von der betr. Gruppe gewählt und vom Schlachthofdirektor bestätigt. Der Kl. ist Obmann einer solchen Gruppe. Er hat für den befl. Schlachtermeister auf dem Schlachthof ein Kalb geschlachtet und fordert dafür die tarifliche Gebühr.

Die Zuständigkeit des ArbGG. setzt voraus, daß der Kl. Beschäftigter des Befl. i. S. des § 5 Abs. 1 Satz 1 ArbGG. i. d. Fass. der Bef. v. 10. April 1934 (RStl. I, 319) war oder doch im Verhältnis zu ihm eine arbeitnehmerähnliche Stellung i. S. des Satzes 2 daselbst einnahm. Das ArbGG. hat beides verneint.

Seine Ausführungen verkennen den Unterschied zwischen einem „Beschäftigten“, einer arbeitnehmerähnlichen Person und einem selbständigen Unternehmer im eigentlichen Sinne. Einwandfrei ist die Annahme, daß der Kl. und die übrigen auf dem Schlachthof zugelassenen Kopffschlächter keine „Beschäftigte“ (Arbeitnehmer) i. S. des § 5 Abs. 1 Satz 1 ArbGG. seien, daß sie nämlich nicht als persönlich und wirtschaftlich von einem Schlachtermeister abhängige Dienstverpflichtete innerhalb des Rahmens eines privatrechtlichen Dienstvertrages nach dessen Best. eine unselbständige Tätigkeit für den Dienstherrn auszuüben haben. Damit ist aber noch nicht die Frage beantwortet, ob die Kopffschlächter auf dem stadtbremischen Schlachthof nicht i. S. des § 5 Abs. 1 Satz 2 ArbGG. als Personen zu gelten haben, die zwar nach bürgerlichem und Gewerberecht an sich selbständig sind, wirtschaftlich gesehen aber in einem dem Arbeitsverhältnis gleichartigen Verhältnis zu bestimmten Unternehmern stehen, weil sie in deren Auftrag und für deren Rechnung Arbeit leisten und wirtschaftlich unselbständig sind (vgl. Dersch-Volkmar, ArbGG., 5. Aufl., § 5 Anm. 6). Das BG. verkennet die Bedeutung dieser Gesetzesbestimmung, wenn es betont, daß der Kopffschlächter nicht in die Gefolgschaft des Schlachtermeisters eintrete, daß er seine Arbeit verrichte, ohne in nähere persönliche oder wirtschaftliche Beziehungen zu dem Schlachtermeister zu treten. Läge ein Eintritt in die Gefolgschaft eines Schlachtermeisters vor, so würde dies persönliche und wirtschaftliche Abhängigkeit bedeuten, also der Kopffschlächter „Beschäftigter“ i. S. des § 5 Abs. 1 Satz 1 ArbGG. sein. Arbeitnehmerähnliche Personen i. S. des § 5 Abs. 1 Satz 2 ArbGG. jedoch sind persönlich selbständig, aber wirtschaftlich unselbständig, wie durch die Neufassung des Paragraphen klargestellt ist (vgl. Dersch-Volkmar a. a. O. Anm. 6 d). Da die Kopffschlächter nicht in einem persönlichen Arbeitnehmerverhältnis zu einem bestimmten Meister stehen, kann nur in Frage kommen, ob sie selbständige Unternehmer oder arbeitnehmerähnliche Personen sind. Ist letzteres anzunehmen, so sind nach § 2 Nr. 1 ArbGG. für den vorl. Streit die ArbGG. zuständig.

Nach den Feststellungen des BG. kann zunächst keine Rede davon sein, daß die Kopffschlächter sich dem Unternehmertum schon so genähert hätten, daß ihre Arbeit und deren Organisation als ein Betrieb, ein Unternehmen, angesprochen werden

müßte. Läge dieses Merkmal vor, dann könnten sie allerdings nicht mehr als arbeitnehmerähnliche Personen angesehen werden (ArbGG. 6, 231). Es fehlt aber bei ihnen, denn sie tragen kein Unternehmerrisiko im eigentlichen Sinne, das von der richtigen Verwendung der Arbeitskraft und Arbeitszeit, der Ausgestaltung des Betriebes und der gesamten Geschäftsführung abhängig ist. Sie leisten die Arbeit von Schlachtergesellen. Keiner ist dem anderen übergeordnet. Sie werden nach den maßgeblichen Best. der Deputation für den Schlachthof zugelassen und erhalten darüber einen Ausweis. Sie unterstehen der Hausordnung des Schlachthofs und haben auf Aufforderung des Schlachthofdirektors in Tätigkeit zu treten. Sie bilden Schlachtgruppen, an deren Spitze jedesmal ein Obmann steht, der von der Gruppe gewählt und vom Schlachthofdirektor bestätigt wird. Dieser Obmann ist für sach- und fachgemäße Ausführung der Arbeiten verantwortlich. Sie haben sämtliches für die gewerblichen Schlachtungen bestimmtes Vieh zu schlachten und alle damit verbundenen Arbeiten auszuführen. Ausgenommen hiervon sind diejenigen Schlachttiere, die durch die Innungsmitglieder selbst oder deren Gesellen oder Lehrlinge geschlachtet werden. Alle Schlachtungen, die den Obmännern von den Meistern oder anderen Auftraggebern übertragen werden, haben sie nach der Reihe der Anmeldungen zur Schlachtung durch die Kopffschlächter ausführen zu lassen. Sie haben genau Buch zu führen und sind dafür verantwortlich, daß die Kopffschlächter die ihnen übertragenen Schlachtungen nach Handwerksbrauch und nach den Vorschr. der Schlachtordnung ausführen. Sie haben dafür zu sorgen, daß das Fleisch der geschlachteten Tiere mit dem ganzen Zubehör an den betr. Eigentümer abgeliefert wird. Alle Mitglieder der Schlachtgruppen haben die fraglichen Best. durch Namensschrift anzuerkennen. Die Lohnsätze für Schlachtungen und Nebenarbeiten werden von den Vertretern der Kopffschlächter und der Fleischerinnung festgesetzt. Die einzelnen Kopffschlächter schließen sich zu einer Gruppe zusammen, wählen ihren Obmann und bieten sich nunmehr den Meistern zur Ausführung der Schlachtung im Schlachthof an. Sie erhalten Lohn nach den bestimmten Sätzen für jedes Tier, das von ihnen geschlachtet wird. Der Lohn kommt in eine gemeinschaftliche Kasse und wird unter die Gruppenmitglieder gleichmäßig verteilt. Sie müssen alle Schlachtungen vornehmen und dürfen keinen Metzgermeister zurückweisen. Darin tritt deutlich die wirtschaftliche Abhängigkeit ihrer Stellung zutage. Sie leisten ihre Arbeit im Auftrag und für Rechnung bestimmter anderer Personen, nämlich der Metzgermeister, die im Schlachthof schlachten lassen, leisten also die Arbeit regelmäßig für einen bestimmten Kreis von Auftraggebern, die zu dem Zwecke stetig den Schlachthof aufsuchen. Daß sie daneben auch für andere Auftraggeber „Privatarbeiten“ (Hauschlachtungen) vornehmen dürfen und dies vor allem im Winter auch tun, ist hier ohne Bedeutung, denn in der Hauptsache müssen sie den Metzgermeistern zur Verfügung stehen, und um eine Tätigkeit für einen solchen im Schlachthof und die sich daraus ergebenden Rechtsfolgen handelt es sich hier. Eine Mischung von selbständiger und arbeitnehmerähnlicher Tätigkeit in einer Person ist durchaus möglich (Dersch-Volkmar a. a. O. Anm. 6 d) und dann ist, soweit ersteres in Frage kommt, die arbeitsgerichtliche Zuständigkeit (§§ 2, 5 ArbGG.) nicht gegeben. Nach der ganzen Organisation der Kopffschlächter in der Stadt Bremen und dem festgestellten Sachverhalt besteht die Haupttätigkeit des Kl. zweifellos nicht in solchen Privatarbeiten, sondern in der Tätigkeit für die Schlachtermeister. Worin sein Unternehmerrisiko bestehen soll, ist nicht ersichtlich; das Schlachtvieh wird nicht von ihm gekauft und das Fleisch nicht von ihm verkauft, sondern von dem Metzgermeister, für dessen Rechnung er die Schlachtung gegen bestimmte „Lohnsätze“ ausführt. Er und die übrigen Kopffschlächter stehen somit zu den Metzgermeistern als ihren Auftraggebern wirtschaftlich in einem ähnlichen Verhältnis wie Gesellen zu ihren Meistern, also wie Arbeitnehmer zu Arbeitgeber, und das Maß ihrer wirtschaftlichen Abhängigkeit kommt dem eines „Beschäftigten“ nahe. Danach sind die stadtbremischen Kopffschlächter im Verhältnis zu den Metzgermeistern als arbeitnehmerähnliche Personen anzusehen. Daß sie sich zu Gruppen zusammenschließen und u. U. auch Insterleute für die

Arbeiten im Innern der geschlachteten Tiere heranziehen, daß sie auch eigenes Handwerkzeug benutzen, verschlägt nichts, denn ähnliches kommt auch bei Beschäftigten im eigentlichen Sinne vor (vgl. den sog. Gruppenarbeitsvertrag und Justleute). Endlich ist ohne Bedeutung, daß den Kopfschlachtern im Schlachthof gegen Vergütung ein eigenes Zimmer eingeräumt worden ist.

Aus dem Gesagten folgt, daß die Zuständigkeit des ArbG. von den Vorderrichtern zu Unrecht verneint worden ist.

(R ArbG., Ur t. v. 8. Jan. 1936, RAG 235/35. — Bremen.)

*

73. § 11 ArbGG.; §§ 176, 212a ZPO. Zustellungen gemäß § 212a ZPO. können nur an den von der Arbeitsfront (oder vom Gerichtsvorsitzenden) zur Prozessvertretung vor dem Arbeitsgericht ermächtigten Rechtsanwalt erfolgen, nicht auch an seinen Sozias.†)

Das BG. hat die Rechtzeitigkeit der Berufung des Bf. mit Recht bejaht. Vertreter des Bf. vor dem ArbG. war der von der Arbeitsfront nach § 11 ArbGG. hierzu ermächtigte N. B. Das gemäß § 212a ZPO. ausgestellte Empfangsbekanntnis, das auf seiner Anschriftseite ihn als Absender nennt, hat jedoch nicht er, sondern der mit ihm vertraglich zur gemeinsamen Ausübung der Rechtsanwaltsgeschäfte verbundene N. Dr. M. unterzeichnet, allerdings nicht für sich allein, sondern zugleich für ihn. Das Empfangsbekanntnis ist für die Rechtswirksamkeit der Zustellung wesentlich. Das Art. des ArbG. ist daher nur dann rechtswirksam zugestellt worden, wenn N. B. bei der Entgegennahme der Zustellung vom N. Dr. M. mit Wirkung nach außen vertreten werden konnte. Das ist aber nach § 25 Abs. 2 RVO. zu verneinen. Mangels einer Anordnung der Landesjustizverwaltung, die den N. Dr. M. zum Stellvertreter bestellte, hätte er danach die Vertretung des N. B. nur übernehmen können, wenn er bei demselben in Frage kommenden Gericht zugelassen wäre. Bei dem ArbG., dessen Urteil zugestellt wurde, war jedoch für den Rechtsstreit der Partei kraft der von der Arbeitsfront erteilten Ermächtigung nach § 11 ArbGG. nur N. B. und nicht auch N. Dr. M. zugelassen. Die Berufungsfrist war also bei Einlegung der Berufung mangels ordnungsmäßiger Urteilszustellung noch nicht in Lauf gesetzt, so daß die Rechtzeitigkeit der Berufung keinem Bedenken begegnet.

(R ArbG., Ur t. v. 7. März 1936, RAG 263/35. — Köln.)

Anmerkung: Das Urteil ist zutreffend, in der Begründung aber wohl nicht ganz klar.

Die nach § 11 ArbGG. von der Deutschen Arbeitsfront oder vom Gerichtsvorsitzenden erteilte Ermächtigung zur Prozessvertretung vor dem ArbG. gilt immer nur für einen bestimmten Fall und für einen bestimmten Anwalt. Eine allgemeine Ermächtigung, die in ihrer Wirkung einer „Zulassung“ des betreffenden Anwalts bei dem ArbG. gleichkäme, gibt es nicht. Ebensovienig ist die Übertragung der Ermächtigung auf einen andern Anwalt durch Nachvollmacht möglich; vielmehr muß der Nachvollmächtigte besonders ermächtigt werden (vgl. Derfch-Volkmar zu § 11 ArbGG., Anm. 6d [5. Aufl., S. 174]).

Im vorl. Fall war nur N. B. zur Vertretung des Bf. bei dem ArbG. ermächtigt, nicht auch sein Sozias Dr. M., und die vom Bf. erteilte Prozessvollmacht war deshalb, mochte sie auch vielleicht auf beide Sozias lauten, nur für N. B. wirksam. Da nun nach § 176 ZPO. Zustellungen im abhängigen Rechtsstreit an den für die Instanz bestellten Prozessbevollmächtigten erfolgen müssen, und da ferner bei der Zustellung nach § 212a ZPO. eine Ersatzzustellung nicht möglich ist, so war hier die Zustellung des Urteils ohne rechtliche Wirkung, weil sie nicht an den alleinigen Prozessbevollmächtigten N. B. geschah, sondern an seinen Sozias N. Dr. M.

Mißverständlich ist die Darlegung des Urteils, daß die Zustellung wirksam gewesen wäre, wenn N. B. bei deren Entgegennahme vom N. Dr. M. mit Wirkung nach außen hätte vertreten werden können, daß dies aber nach § 25 Abs. 2

RVO. (jetzt § 29) zu verneinen sei, weil eine Anordnung der Justizverwaltung, die den N. Dr. M. zum Vertreter bestellte, nicht vorgelegen habe, dieser demnach die Vertretung nur hätte übernehmen können, wenn er beim gleichen Gericht zugelassen wäre. Das ist nicht entscheidend. Auch der durch die Landesjustizverwaltung (jetzt den Reichsjustizminister) bestellte Vertreter eines N. ist als solcher nicht berechtigt, für den von ihm vertretenen N. auf Grund der diesem erteilten Ermächtigung vor dem ArbG. aufzutreten. Er bedarf vielmehr ebenso wie ein Nachbevollmächtigter einer besonderen auf seinen Namen lautenden Ermächtigung.

Die bei den Arbeitsgerichten tätigen Anwälte werden diesen Rechtszustand besonders beachten müssen, um gegebenenfalls erhebliche Nachteile zu vermeiden. Im vorl. Fall wäre die Zustellung wirksam gewesen, wenn von vornherein die Ermächtigung für beide Sozias nachgesucht und erteilt worden wäre. Daß dies zulässig und gebräuchlich ist, geht aus dem Rundschreiben Nr. 14/1935 des Reichsgeschäftsführers des BNSD. vom 12. Febr. 1935 (Deutsches Recht 1935, 101; vgl. den Hinweis JW. 1935, 917) hervor. Ob der Mangel auch durch nachträgliche Erteilung der Ermächtigung an den N. Dr. M. hätte geheilt werden können, erscheint mir zweifelhaft; eine entsprechende Anwendung der Vorschrift des § 89 ZPO. läßt sich wohl nicht ohne weiteres rechtfertigen.

N. Dr. W. Doppermann, Dresden.

*

74. §§ 64 Abs. 1, 69 Abs. 3 ArbGG.; §§ 319, 321 ZPO. Die relative Berufungs- oder Revisionsfähigkeit kann nicht durch nachträgliche Ergänzung des Urteils ausgesprochen werden.

Eine Ergänzung des einmal erlassenen BU. dahin, daß die Rev. zugelassen werde, ist nicht angängig. Wohl kann eine Berichtigung gem. § 319 ZPO. erfolgen (R ArbG. 1, 263 [265] = JW. 1928, 1951); eine Berichtigung setzt aber voraus, daß das Gericht die Zulässigkeit der Rev. bei Erlass des Urteils beschlossen hatte, dieser Beschluß aber versehentlich nicht zum Ausdruck gekommen ist. So liegt die Sache hier nicht. Hier ist das Gericht erst durch Parteiantrag veranlaßt worden, eine selbständige Entscheidung in anderer Besetzung nachträglich zu geben, die vorher bei Erlass des Urteils noch nicht beschlossen worden war. Es handelt sich also um eine Ergänzung des Urteils. Die Voraussetzungen des § 321 ZPO. aber liegen nicht vor. Es handelt sich bei der Zulässigkeit der Rev. nicht um einen Haupt- oder Nebenanspruch der Partei, der übergangen wäre, sondern um eine von Amts wegen zu treffende Bestimmung über die Ausdehnung des an sich beendeten Rechtszuges. Eine solche nachträgliche Ergänzung würde in die mit Erlass des Urteils eingetretene Rechtskraft eingreifen, ohne daß im Verfahrensrecht eine gesetzliche Grundlage hierfür vorhanden wäre. § 69 ArbGG. betont denn auch ausdrücklich, daß die Zulassung „im Urteil“ zu erfolgen habe. Es ist bereits in R ArbG. 1, 266 darauf hingewiesen, daß nach der Begründung zum Entwurf des ArbGG. bezweckt war, die Partei unmittelbar aus dem Urteil klar erkennen zu lassen, ob es mit einem Rechtsmittel anfechtbar ist oder nicht.

Das RG. hat bei der entsprechenden Vorschrift der RechtspflegeRVO. v. 14. Juni 1932 Teil 1 Kap. II Art. 1 (RGBl. I, 285) bis in die neueste Zeit stets in gleichem Sinne entschieden (vgl. RGZ. 141, 308 = JW. 1933, 1768^o; JW. 1935, 2814^o, 3464^o).

(R ArbG., Ur t. v. 29. Febr. 1936, RAG 3/36. — Bielefeld.)

*

75. § 232 ZPO. In der Unterlassung der Vormerkung einer Frist oder entsprechender Anweisungen an das Büro liegt ein der Partei zuzurechnendes Verschulden des Prozessbevollmächtigten.

Das ArbG. hat mit Ur t. v. 6. Febr. 1936 die Klage des Beschw. auf Zahlung von Gehaltsrückständen abgewiesen. Das Urteil ist seinem Prozessbevollmächtigten am 17. Febr. 1936 zugestellt worden. Das ArbG. hat die verspätet eingelegte

Ver. des Beschw. unter Ablehnung des Antrags auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand durch Beschl. als unzulässig verworfen. Das ArbG. hat die plötzliche Erkrankung des Prozeßbevollmächtigten des Beschw., die es diesem, wie er behauptet, unmöglich gemacht habe, selbst die Einhaltung der Berufungsfrist zu überwachen oder seinen Vertreter damit zu beauftragen, nicht als unabwendbaren Zufall i. S. des § 233 ZPO. angesehen. Der Beschw. meint, das ArbG. habe zu Unrecht angenommen, daß die Versäumung der Frist auf einer ihm zuzurechnenden Außerachtlassung der Sorgfaltspflicht seines Prozeßbevollmächtigten beruhe. Dem ArbG. ist indessen beizutreten. Der Prozeßbevollmächtigte des Beschw. trägt selbst vor, daß ihm der Auftrag zur Einlegung der Ver. rechtzeitig zugegangen sei. Bei Anwendung der ihm obliegenden und gebotenen Sorgfalt hätte er daher — ungeachtet der späteren Erkrankung — dafür sorgen können und müssen, daß mindestens im Zeitpunkt des Eingangs des Auftrags zur Berufungseinlegung der Ablauf der Frist vorgemerkt worden wäre. Daß er auch daran gehindert worden wäre, behauptet er selbst nicht. In der Unterlassung der Vormerkung der Frist oder entsprechender Anweisungen an sein Büro liegt ein nach § 232 ZPO. dem Beschw. zuzurechnendes Verschulden des Prozeßbevollmächtigten, das nach dem erfahrungsmäßigen Verlauf der Dinge für die Fristversäumung ursächlich geworden ist. Es kann hiernach dahinsiehen, ob die Erkrankung des Prozeßbevollmächtigten am 28. Febr. 1936 so plötzlich und so heftig aufgetreten ist, daß ihm in diesem Zeitpunkt ein Hinweis an seinen Vertreter oder eine entsprechende Anweisung an das Büro nicht mehr möglich gewesen wäre.

(R. ArbG., Beschl. v. 25. April 1936, RAG B 29/36. — Berlin.)

*

76. § 274 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Die Zulässigkeit des Rechtswegs ist nach dem Klagevorbringen ohne Rücksicht auf die Verteidigung des Bekl. zu beurteilen. Wird ste verneint, so ist auf Erörterung der Sache nicht weiter einzugehen.

Die Kl. sind in der Vorkriegszeit teils als Schaffner, teils als Fahrer der Städtischen Straßenbahn von der beklagten Stadtgemeinde eingestellt worden.

Die Kl. behaupten, bei ihrer Einstellung sei ihnen vom damaligen Oberbürgermeister zugesichert worden, daß sie nach zehnjähriger einwandfreier Dienstzeit in das Beamtenverhältnis übernommen werden würden. Sie begehren die Feststellung, daß die Bekl. ihnen ab 1. Jan. 1933 Gehalt, Urlaub, Gnabengehalt, Ruhegehalt, Wittwen- und Waisengeld sowie Unfallfürsorge gemäß Besoldungsstufe 9 der Ortsatzung für die Anstellung und Versorgung der städtischen Dauerangestellten der Bekl. zu gewähren hat.

Die Bekl. hat eingewandt, der Rechtsweg sei unzulässig.

Das ArbG. hat aus diesem Grunde abgewiesen. Hilfsweise hat es ausgeführt, daß der Klageanspruch unbegründet sei.

Auf Sprungrevision der Kl. ist zurückverwiesen worden.

Das ArbG. hat die Klage wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs abgewiesen. Es hat Hilfsweise auch die sachliche Berechtigung der Klage geprüft und sie verneint. Das war unzulässig, denn der Richter hat zwar die Zulässigkeit des Rechtswegs von Amts wegen zu prüfen, verneint er sie, so darf er sich auf eine Erörterung der Sache selbst nicht mehr einlassen (RGZ. 45, 381; 112, 64 und Art. des RG. VII 905/23 v. 8. Juli 1924). Dabei ist es unerheblich, ob die Verhandlung auf die Einrede aus § 274 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. beschränkt war oder nicht. Für das ArbG. kommen in einem solchen Falle nur die Ausführungen in Betracht, die sich auf die Frage der Zulässigkeit des Rechtswegs beziehen.

Die Zulässigkeit des Rechtswegs ist zu Unrecht verneint. Die Frage, ob der Rechtsweg zulässig ist, ist nach dem tatsächlichen Klagevorbringen ohne Rücksicht auf die Verteidigung des Bekl. zu beantworten. Die Klagebehauptungen, ihre Richtigkeit und Erweislichkeit vorausgesetzt, sind insoweit maßgebend. Eine Ausnahme gilt, wenn eine Rechtsfreitigkeit, die z. B. der Klageerhebung dem Rechtsweg zugänglich war, im Laufe des Rechts-

streits dem Rechtsweg durch Inkrafttreten eines neuen Rechtssatzes entzogen wird (RGZ. 146, 244 = JW. 1935, 1489⁷). Diese Ausnahme trifft aber hier nicht zu. Es kommt also auf die Klagebehauptungen an. Zutreffend nimmt nun zwar das ArbG. an, daß die Ernennung zum Beamten nicht erzwingen werden kann, weil es sich dabei um einen Hoheitsakt handeln würde, der nur der Verwaltungsbehörde zusteht (vgl. RGZ. 146, 369 = JW. 1935, 1619⁴), und daß die Kl. auch keinen Schadenersatzanspruch wegen unterlassener Überführung in das Beamtenverhältnis geltend machen können. Einen solchen Anspruch verfolgen die Kl. aber gar nicht; sie haben erklärt, keinen Beamtenanspruch und keinen Schadenersatzanspruch wegen unterlassener Überführung in das Beamtenverhältnis geltend machen zu wollen. Sie haben hervorgehoben, daß zwischen ihnen und der Bekl. ein privatrechtliches Arbeitsvertragsverhältnis begründet und daß ihnen im Rahmen des Arbeitsvertrages zugesichert worden sei, nach zehnjähriger Dienstzeit als Beamte mit entsprechenden Bezügen angestellt zu werden, daß dieser Anspruch zwar nicht erzwingbar, die Zusicherung aber nach Treu und Glauben im Verkehr dahin aufzufassen sei, daß ihnen bei Nichtverleihung der Beamteneigenschaft die Bezüge zukommen sollten, wie sie Dauerangestellte bezögen, und zwar in der gleichen Höhe wie die entsprechenden Beamten. Sie vertreten also die Auffassung, daß der privatrechtliche Vertrag durch die Zusicherung den Inhalt bekommen habe, daß sie nach zehn Jahren als Dauerangestellte wie Beamte versorgt sein sollten, falls ihre Ernennung zu Beamten ausbleiben sollte. Dem entspricht auch ihre Klagebitte. Damit wird nach dem Gesamtaufbau der Klage, der insoweit maßgebend ist (RGZ. 118, 110; 117, 293 und 403 = JW. 1927, 2213²² und 2301¹¹ m. Anm.; RGZ. 125, 399) ein bürgerlich-rechtlicher Anspruch geltend gemacht, für den nach § 13 GVG. der Rechtsweg offensteht.

(R. ArbG., Art. v. 4. April 1936, RAG 243/35. — M.-Gladbach.)

*

77. §§ 519, 418, 286 ZPO. Allgemeine Bezugnahme auf früheres Vorbringen genügt nicht zur Berufungsbegründung. — Die Beweislast der öffentlichen Urkunde kann nur durch den Nachweis der Unrichtigkeit ihres Inhalts widerlegt werden.

Gegen das am 23. Aug. 1935 zugestellte Urteil des ArbG. legte der Bekl. mit Schriftsatz v. 30. Aug., der am selben Tage bei Gericht einlief, Berufung ein, zu deren „vorläufiger Begründung“ er sich „auf die in erster Instanz gemachten Ausführungen bezog“, „bestritt, sich einer unerlaubten oder sittenwidrigen Handlung schuldig gemacht zu haben, und die Nachprüfung seines Verhaltens durch das Berufungsgericht verlangte“. Mit Schriftsatz v. 13. Sept. 1935 begründete der Anwalt des Bekl. die Berufung eingehend. Nach dem Eingangsstempel des BG. ist der Schriftsatz aber erst am 14. Sept. bei Gericht eingegangen. Die Berufung wurde deshalb als unzulässig verworfen, obwohl der Bekl. behauptete, daß der Schriftsatz noch am 13. Sept. mittags auf das Gericht gebracht worden sei, wenn auch der jugendliche Überbringer des Schriftsatzes dies nach Wochen nicht mehr mit aller Bestimmtheit versichern könne.

Die Berufung ist verworfen; die Rev. war erfolglos.

Das BG. ist zutreffend davon ausgegangen, daß die vorläufige Begründung der Berufung in dem Schriftsatz vom 30. Aug. 1935 den Erfordernissen des § 519 Abs. 3 Nr. 2 ZPO. nicht genügte. Der Schriftsatz enthielt lediglich das Bestreiten des gesetzlichen Tatbestandes, ohne im einzelnen die Gründe zu bezeichnen, aus denen das Urteil angefochten wurde. Das Gesetz verlangt den ins einzelne gehenden und begründeten Hinweis auf die für fehlerhaft gehaltenen Ausführungen des angefochtenen Urteils und will so zur Beschränkung des Verfahrens es dem Gericht und dem BerBekl. ermöglichen, in der weiteren Rechtsverfolgung sich raschestens auf die Gründe einzustellen, aus denen sich der BerBekl. durch das Urteil beschränkt glaubt (RGZ. 146, 254 = JW. 1935, 1577^{17b}). Der Vortrag neuer tatsächlicher oder rechtlicher Gesichtspunkte gehört keineswegs zum Wesen der Berufung und wird deswegen im § 519 Abs. 3 Nr. 2 im zweiten Halbsatz gesondert für

sch erwähnt, im ersten Halbsatz dagegen „die bestimmte Bezeichnung der im einzelnen anzuführenden Gründe der Ansetzung“ verlangt und damit die Unzulänglichkeit der allgemeinen Bezugnahme auf das frühere Vorbringen ausgesprochen. Etwas anderes ist das nackte Bestreiten der un-erlaubten oder sittenwidrigen Handlung im Schriftsatz vom 30. Aug. 1935 nicht gewesen und ist es auch durch die selbstverständliche Bitte des Verkl. um Nachprüfung seines Verhaltens nicht geworden. Das ArbG. hat dazu mit Recht schon auf ARrbG. 14, 312 = JW. 1935, 819 hingewiesen. Besonders ist noch auf RGZ. 145, 131 = JW. 1934, 3058⁷ zu verweisen, wonach die bloße Bezugnahme auf das Vorbringen des ersten Rechtszugs auch dann nicht genügt, wenn der Streitstoff einfach liegt und nur eine einzige Rechtsfrage zu entscheiden ist, was bei der gegebenen Sachlage übrigens nicht einmal zutrifft.

Das BG. hat sich weiter ohne Rechtsirrtum auf den Standpunkt gestellt, daß der Vekl. die Unrichtigkeit des Eingangsstempels auf dem Schriftsatz v. 13. Sept. 1935 hätte beweisen müssen. Die Rev. trug dagegen vor, daß durch eidestattliche Versicherungen des Anwalts und seiner Angestellten glaubhaft gemacht worden sei und in der mündlichen Verhandlung diese Personen als Zeugen dafür benannt worden seien, daß der Schriftsatz noch am 13. Sept. bei Gericht eingereicht worden sei. Die eidestattlichen Versicherungen und damit das behauptete Beweisangebot, das übrigens der unberichtigt gebliebene Tatbestand des Kl. nicht erwähnt, beschränkten sich aber auf die Feststellung, daß der Schriftsatz am Morgen des 13. Sept. diktiert und nach der in dem Büro bestehenden Anordnung alsbald in Maschinenschrift übertragen worden sei. Daraus zog der Vekl. den Wahrscheinlichkeitschluß, daß der Schriftsatz auch nach der Gepflogenheit des Büros noch am selben Tage zu Gericht gebracht worden ist. Wenn das Gericht dagegen dem gerichtlichen Eingangsstempel mehr Beweis kraft beimäß und ein bei Gericht unterlaufenes Versehen demnach für weniger wahrscheinlich hielt, als ein Versehen im Büro des Anwalts, so ist nicht einzusehen, inwiefern das Gericht dabei den Grundsatz freier Beweiswürdigung verletzt haben sollte. Der Eingangsstempel ist eine öffentliche Urkunde i. S. des § 418 ZPO. Die gesetzliche Vermutung des § 418 ist nicht widerlegt, solange die Möglichkeit besteht, daß der Inhalt der Bescheinigung richtig ist (RGZ. 131, 284 [288] = JW. 1931, 1806¹⁵). Durch den gewöhnlichen Geschäftsgang im Büro des Anwalts wird die Beweis kraft der Urkunde nicht widerlegt.

(ARrbG., Ur. v. 5. Febr. 1936, RAG 255/35. — Magdeburg.)

Landesarbeitsgerichte

Berlin

78. §§ 91, 104 ZPO. Zur Frage der Erstattungsfähigkeit von Telegrammkosten.†)

Die Gerichtspraxis lehrt, daß die Parteien nicht wollen, daß ihr Bevollmächtigter ohne ihre ausdrückliche Befragung den Rechtsstreit durch Vergleich beendet. Darum pflegen auch die Prozeßbevollmächtigten einen Vergleich ohne solche Befragung nicht abzuschließen oder behalten sich gegebenenfalls den Widerruf des Vergleichs vor. In gleicher Weise pflegen sich die Prozeßvertreter aus § 116 ZPO. zu verhalten. Daher ist in der Regel den Umständen nach eine Beschränkung der Bevollmächtigung des Prozeßvertreters dahin anzunehmen, daß er zur Beilegung des Rechtsstreits durch Vergleich nicht befugt ist. Das gilt insbes. für die Fälle, in denen die Partei in erster Instanz obgesiegt hat und in zweiter Instanz ein Ausgleich unter der ihr zugesprochenen Summe in Frage kommt. So liegt der Fall aber hier. Wenn daher Kl. Dr. F. auf die Verfügung des Gerichts v. 17. Jan. 1936, welche die Aufforderung enthielt, sich bevollmächtigen zu lassen, gegebenenfalls einen Vergleich abzuschließen, sich mit seiner Partei telegraphmäßig verständigt hat, ob und in welchem Umfange er zum Vergleich berechtigt sein soll, so erscheint dieser Telegrammwechsel zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung nötig.

In Rücksicht auf die vorher geschilderte Übung vermochte er sich ungeachtet der Vorschrift des § 81 ZPO. zum Ausgleich nicht für berechtigt halten; bevor er die Ansicht des Gerichts über eine Vergleichsaufsicht kannte, war er auch dem ganzen Sachverhalt nach nicht verpflichtet, sich schon alsbald, nachdem der Rechtsstreit in die Berufung gediehen war, mit der Partei wegen eines Ausgleichs in Verbindung zu setzen. Die in Rechnung gestellten 8,55 RM Telegrammkosten erscheinen daher erstattungsfähig.

(ArbG. Berlin, Beschl. v. 3. April 1936, 101 Sa 1185/35.)

Anmerkung: Zum Verständnis des Tatbestandes ist folgendes zu ergänzen. Dem Berliner Prozeßbevollmächtigten des in Düsseldorf wohnenden Kl. war die Verfügung des Gerichts mit der Aufforderung, sich zum Vergleichsabschluss ermächtigen zu lassen, zwei Tage vor dem Verhandlungstermin in den Abendstunden zugegangen. In dieser Verfügung hieß es: „In Rücksicht darauf, daß der Kl. auswärts wohnt, wird davon abgesehen, das persönliche Erscheinen zum Termin anzuordnen. Wir bitten aber, sich bevollmächtigen zu lassen, gegebenenfalls einen Vergleich abzuschließen.“

Durch die Versicherung des Anwalts nach § 104 Abs. 2 ZPO. war an sich nur die tatsächliche Aufwendung der Telegrammkosten außer Zweifel gestellt. Die Prüfung, ob die Aufwendung zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig war (§ 91 ZPO.), bleibt auch dieser Versicherung gegenüber zulässig, ist aber, wie bei Stein-Jonas zu § 104 II 2 Note 8b mit Recht hervorgehoben wird, nur am Platze bei Aufwendungen, die den Rahmen des üblichen übersteigen. Im vorliegenden Falle hätte der Urkundsbeamte ohne weiteres die Notwendigkeit der Telegrammkosten anerkennen müssen. Im Erstattungsantrag hatte der Anwalt auf die Sachlage hingewiesen, wonach es nicht mehr möglich gewesen war, auf brieflichem Wege der Aufforderung des Gerichts zu entsprechen.

Das ArbG. hat sich die Mühe genommen, ausführlich darzulegen, aus welchen Gründen es ihm sachdienlich erschienen war, an den Prozeßbevollmächtigten des Kl. die erwähnte Aufforderung ergehen zu lassen. Diese Darlegung ist vollkommen zutreffend. Aber es hätte ihrer wohl nicht bedurft. Für die Frage, ob die Telegrammkosten eine notwendige Aufwendung darstellten, war allein die Tatsache entscheidend, daß ohne sie der Prozeßbevollmächtigte nicht mehr in der Lage gewesen wäre, jener Aufforderung rechtzeitig nachzukommen. Der Urkundsbeamte hätte sich dessen auch dann bescheiden müssen, wenn die Aufforderung etwa unzweckmäßig gewesen wäre. Das Gericht hatte jedenfalls keine Veranlassung, sie nachträglich zu rechtfertigen.

RA. Dr. W. Doppermann, Dresden.

Arbeitsgerichte

Berlin

79. § 13 Nr. 4 RA GebD. Durch eine auf Grund des § 272b ZPO. (§ 56 ArbGG.) getroffene Unordnung des Gerichts erwacht für den Kl. die Beweisgebühr. § 24 GG. steht nicht entgegen.

Die Frage, ob die Beweisgebühr nach § 13 Nr. 4 RA GebD. bereits durch eine bloß vorbereitende Zeugenladung des Gerichtsvorsitzenden gem. § 272b ZPO. entsteht, ist streitig, aber mit der herrschenden Meinung zu bejahen. Die Vertretung des Kl. in einem Beweisaufnahmeverfahren ist anders zu beurteilen als die Entstehung einer Beweisgebühr für das Gericht. Für das Gericht entsteht erst eine wesentliche Arbeit, wenn das Gericht einen entsprechenden Beschluß faßt und nach außen hin kundgibt. Anders ist es bei den Bevollmächtigten. Diese müssen sich bei einer vorbereitenden Maßnahme nach § 272b ZPO. darauf einrichten, daß das Gericht im nächsten Termin einen entsprechenden Beweisbeschluß faßt und die erschienenen Zeugen schon vernimmt. In der Mehrzahl der Fälle wird auch die

vom Vorsitzenden in Aussicht genommene Beweisaufnahme nachher zur Durchführung kommen. Die Anwälte, denen von der vorbereitenden Zeugenladung Mitteilung zu machen ist, müssen daher sofort nach Eingang der Mitteilung mit ihren Parteien Rücksprache nehmen und zu ermitteln versuchen, ob diese eventuell Gegenzeugen angeben können oder Bedenken wegen der Glaubwürdigkeit oder Interessiertheit der in Aussicht genommenen Zeugen haben. Es liegt auch im Sinne der Beschleunigungsvorschriften, wenn die Anwälte diese Maßnahmen beschleunigt ergreifen und zum Termin eventuell schon Gegenzeugen stellen oder sonstige Maßnahmen bereits getroffen haben. Für sie entsteht also wesentliche Arbeit schon von dem Zeitpunkt ab, in dem sie hinsichtlich der kommenden Beweisaufnahme zunächst außerhalb des Gerichtsverfahrens zur Vorbereitung tätig sein müssen, nicht erst dann, wenn auf Anordnung des Gerichts die Beweisaufnahme angefangen hat. Die Worte „Vertretung im Beweisaufnahmeverfahren“ müssen aber ausbehnd im Sinne auch einer Tätigkeit bezüglich einer geplanten Beweisaufnahme ausgelegt werden. Wegen dieser verschiedenen Verhältnisse beim Gericht und bei den Anwälten der Parteien kann aus der Tatsache, daß § 24 GKG. erklärt, vorbereitende Maßnahmen gem. § 272 ZPO. fielen nicht unter Anordnung einer Beweisaufnahme, nichts zumeunsten der Anwälte gefolgert werden. Ebenso Willenbücher zu § 13 RAwbG. Anm. 14.

(ArbG. Berlin, Kammer 6, Beschl. v. 9. Mai 1936, 6 Ca 314/315/36.)

Reichsfinanzhof

Berichtet von den Senatspräsidenten Arlt und Bodenstein
und den Reichsfinanzräten Ott und Sölk

[× Wird in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Reichsfinanzhofs abgedruckt]

80. §§ 176, 202, 163 RAwbG. In dem Verlangen nach Auskunft über Geschäfte, die ein Bankier unter Gebrauch eines „Decknamens“ ausgeführt hat, kann das Verlangen nach Selbstbezeichnung wegen einer Zuwiderhandlung gegen § 163 RAwbG. liegen. Eine solche Auskunft kann daher nach § 176 RAwbG. verweigert, und sie kann nicht nach § 202 RAwbG. erzwungen werden.†)

Die Beschw., die in Form einer OBG. ein Bankgeschäft betreiben, befaßen sich u. a. damit, ihren Kunden bei der Anlegung von Geldern in Hypotheken auf Grundstücken behilflich zu sein. Dies geschieht auch in der Weise, daß die Beschw. die Hypothek im Grundbuch auf ihren Namen oder auf den Namen ihrer Bankfirma eintragen lassen und diese bald darauf an den wahren Geldgeber abtreten, wozu es bei Briefhypotheken nur der Abtretungserklärung in schriftlicher Form und der Übergabe des Hypothekenbriefs, nicht aber der Eintragung im Grundbuch bedarf (§§ 1154, 1155 BGB.). Das FinA. nimmt auf Grund von Wahrnehmungen, die bei der Buch- und Betriebsprüfung der Bankfirma gemacht wurden, an, daß ihm unbekannt gebliebene Personen, für die die Hypothekenbestellung durch die Beschw. in der geschilderten Weise vermittelt wurde, Einkommen- und Vermögensteuer hinterzogen haben. Es hat daher mit Schreiben v. 24. Sept. 1934 an die Bankfirma eine Aufforderung folgenden Inhalts ergehen lassen:

„Im Nachgang zu den vom Steuerfahndungsdienst des FinA. W. in Ihren Geschäftsräumen durchgeführten Ermittlungen ersuche ich Sie, mir sofort ein vollständiges Verzeichnis sämtlicher Hypotheken vorzulegen, die am 1. Jan. 1929 auf Ihren Namen bzw. auf den Namen Ihrer Geschäftsinhaber (Miteinhaber) in die Grundbücher der zuständigen AG. eingetragen waren. Weiter sind in das Verzeichnis sämtliche Hypotheken aufzunehmen, die seit 1. Jan. 1929 bis zum Tag der Zustellung dieses Ersuchens auf Ihren Namen oder auf den Namen Ihrer Geschäftsinhaber (Miteinhaber) in die Grund-

bücher eingetragen worden sind (auch Umschreibungen u. ä.). Das Verzeichnis soll folgende Angaben enthalten:

1. Tag der Eintragung der Hypothek im Grundbuch.
2. Betrag der Hypothek.
3. Firma bzw. Name des im Grundbuch eingetragenen Eigentümers des belasteten Grundstücks.
4. Firma bzw. Name und genaue Anschrift des Hypothekenschuldners.
5. Genaue Bezeichnung des belasteten Grundstücks.
6. Bemerkungen.

In die Spalte ‚Bemerkungen‘ ist in den Fällen, in denen der Name Ihrer Firma bzw. Ihres Geschäftsinhabers (Miteinhabers) nur als Deckname für den tatsächlichen Geldgeber (Gläubiger) gebraucht worden ist, die Firma bzw. der Name des tatsächlichen Geldgebers (Gläubigers) mit der genauen Anschrift einzutragen.“

Die Firma legte daraufhin am 10. Okt. 1934 ein Verzeichnis vor, das auf weitere Aufforderung des FinA. vom 13. Okt. 1934 ergänzt wurde. In dem Schreiben v. 13. Okt. 1934 war auch noch die Angabe der Eintragung des Tages der Hypothek im Grundbuch und in den Fällen, in denen die Hypotheken abgetreten worden sind, die Angabe des Abtretungstages verlangt worden. Da das FinA. auch durch die ergänzten Verzeichnisse sein Ersuchen v. 24. Sept. 1934 nicht vollständig für erfüllt hielt, forderte es die geschäftsführenden Gesellschafter der Firma mit Bfg. v. 13. Nov. 1934 unter Rückgabe der Verzeichnisse und Androhung einer Geldstrafe von 100 RM, ersatzweise einer Haftstrafe von 10 Tagen gegen jeden der Gesellschafter gem. § 202 RAwbG. auf, bis zum 19. Nov. 1934 vollständige Verzeichnisse einzureichen.

Die hiergegen eingelegte Beschw. wurde vom FinA. als unbegründet zurückgewiesen.

Die RBeschw. gegen die Beschwerdeentscheidung des FinA. ist zulässig.

Zwar läßt weder das Ersuchen v. 24. Sept. noch die Zwangsandrohung v. 13. Nov. 1934 — entgegen der Annahme der Vorinstanz — erkennen, auf welche gesetzliche Vorschrift sich die Forderung nach Auskunft stützt, insbes. ob die Auskunft im Steuerermittlungsverfahren oder im Steueraufsichtsverfahren verlangt wird. Nach der Mpr. des RFG. (RFG. 33, 248, 266 = Mrozeks Kartei, RAwbG. 1931, § 201 Abs. 3 Rechtspruch 7, vgl. auch Art. IV A 292/32 v. 13. Sept. 1933 [RStBl. 1933, 965] = Mrozeks Kartei a. a. D., Rechtspruch 11) muß bei einem Auskunftsersuchen, das im Steueraufsichtsverfahren ergeht, durch Angabe des § 201 RAwbG. oder der sonst einschlägigen Gesetzesvorschrift darauf hingewiesen werden, daß es sich um ein Ersuchen im Steueraufsichtsverfahren handelt. Über den Mangel kann aber im vorl. Fall hinweggesehen werden, weil die Beschw. aus den sonstigen mit dem FinA. geführten Verhandlungen (vgl. insbes. die Verhandlung v. 26. Sept. 1934) entnehmen konnten, und wie sich aus ihrem Beschwerdebringen ergibt, auch entnehmen haben, daß es sich um die Aufdeckung unbekannter Steuerfälle handelt, um derentwillen das FinA. auf Grund des § 201 i. Verb. m. § 175 RAwbG. grundsätzlich Auskunft von dritten Personen zu fordern berechtigt ist (vgl. Gutachten VID 1/32 v. 10. März 1932 = RFG. 30, 233 [RStBl. 324] = JW. 1932, 2829). Aus diesem Grund kommt auch nicht in Frage, daß das Vorgehen des FinA. im Strafverfahren erfolgt ist. Das nach dem Bericht des FinA. v. 30. Nov. 1934 unter II gegen den einen der beiden Beschw. eingeleitete Strafverfahren hat Hinterziehungen der Einkommen- und Vermögensteuer durch diesen zum Gegenstand, während es sich hier um mögliche Steuerhinterziehungen dritter Personen handelt.

Die RBeschw. mußte Erfolg haben.

Das FinA. verlangt von den Beschw. u. a., daß in dem Verzeichnis auch die Fälle näher bezeichnet werden, in denen der Name der Firma der Beschw. oder der Name der Geschäftsinhaber nur als „Deckname“ für den tatsächlichen Geldgeber (Gläubiger) gebraucht worden ist. Hierin kann, worauf auch die RBeschw. hinweist, das Verlangen nach Selbstbezeichnung wegen einer Zuwiderhandlung gegen § 163 RAwbG. bzw. wegen Beteiligung an einer solchen Zuwider-

handlung liegen, die nach §§ 407, 408 ABG.D., u. U. auch als Beihilfe zur Steuerhinterziehung nach § 396 ABG.D. strafbar ist. Nach § 176 ABG.D. kann der Befragte die Auskunft auf Fragen verweigern, deren Beantwortung ihm selbst oder einem Angehörigen die Gefahr einer Strafverfolgung zuziehen würde. Kann aber auf eine Frage die Auskunft verweigert werden, dann kann die Auskunft auch nicht mit den Zwangsmitteln des § 202 erzwungen werden. Die Zwangsandrohung des FinA. ist also jedenfalls dann und für jene Fälle unwirksam, in denen die Beschw.F. Gefahr laufen, durch die Erteilung der Auskunft in eine strafrechtliche Verfolgung verwickelt zu werden; die finanzamtliche Zwangsverordnung kann also insoweit nicht aufrechterhalten werden.

Die Beschw.F. erklären, daß sie Angaben darüber, welche Hypotheken für sie seit dem 1. Jan. 1929 im Grundbuch eingetragen worden seien und an welchen Tagen dies geschehen sei, in einer Reihe von Fällen nur nach Einsichtnahme im Grundbuch machen könnten. Dieses Vorbringen ist nicht neu; es wird schon im Schreiben v. 8. Okt. 1934 von den Beschw.F. auf die Schwierigkeiten der Auskunftbeschaffung hingewiesen; die Schwierigkeiten wären wohl noch näher dargelegt worden, wenn dem Vertreter der Beschw.F. Gelegenheit zu einer mündlichen Aussprache über die Angelegenheit bei der Vorinstanz gegeben worden wäre. In der Beschwerdeentscheidung wird zugegeben, daß bei einem geringen Teil der offenstehenden Hypothekeneintragungen in der Tat die Feststellung der geforderten Eintragungstage ohne Rückfrage bei den GBÄ. nicht habe getroffen werden können. Nach § 175 Abs. 1 Satz 3 ABG.D. hat der Auskunftspflichtige, soweit er nicht aus dem Gedächtnis Auskunft geben kann, Schriftstücke und Geschäftsbücher, die ihm zur Verfügung stehen, einzusehen. Danach kann vom Auskunftspflichtigen nicht verlangt werden, daß er seinerseits erst Nachforschungen anstellt oder Auskünfte bei dritten Personen einholt (Urt. des RFG. VI A 86/33 v. 27. Febr. 1935 = RStBl. 1935, 596 = Wrozek's Kartei, ABG.D. 1931, § 201 Abs. 1, Rechtspruch 6). Ein solches nicht zumutbares Verlangen wäre aber gegeben, wenn die Beschw.F. erst durch Nachfrage bei den GBÄ. sich die Unterlagen für ihre Auskunft beschaffen müßten. Die Vorinstanz hätte daher, anstatt die Zwangsverordnung unbeschränkt aufrechtzuerhalten, diese auf diejenigen Fälle beschränken sollen, in denen den Beschw.F. die Auskunfterteilung ohne Inanspruchnahme der GBÄ. möglich ist.

Danach muß die Beschwerdeentscheidung aufgehoben werden. Die Sache geht an die Vorinstanz zurück, damit sie die Berechtigung der angefochtenen Zwangsverordnung unter Beachtung der vorstehenden Gesichtspunkte neuerlich prüft und sodann abermals über die Beschw. entscheidet.

(RFG., 4. Sen., Urt. v. 5. Febr. 1936, IV A 38/35.)

Anmerkung: 1. Die FinA. sind im Interesse der Durchführung des Grundgesetzes der Steuergleichheit verpflichtet, für eine gleichmäßige steuerliche Erfassung aller StPfl. Sorge zu tragen. In dieses Gebiet gehört vornehmlich der Kampf gegen die Steuerflüchter.

Durch eine großzügige Schulung seitens der Reichsfinanzverwaltung wird für eine gerechte Durchführung der Steuererlasse Sorge getragen werden. Infolgedessen steht zu erwarten, daß das Steueraufsichtsverfahren der FinA. eine größere Bedeutung gewinnen wird, und daß anknüpfend hieran auch die FinA. in größerem Umfang als bisher von Dritter Auskünfte einholen werden. Die Erfahrung lehrt, daß solche Inanspruchnahmen Dritter durch die FinA. oft als unbillig und drückend empfunden werden. Gleichwohl ist festzustellen, daß den FinA. durch die ABG.D. erhebliche Rechte in die Hand gegeben sind, denen entsprechende Finanzpflichten nicht nur der StPfl., sondern auch dritter Personen gegenüberstehen.

In dieses Gebiet fällt die zur Besprechung stehende Entscheidung.

2. Gemäß § 175 ABG.D. sind Dritte, mit Ausnahme der nahen Angehörigen i. S. des StAnpG., verpflichtet, dem FinA. über Tatsachen Auskunft zu geben, die für die Ausübung der Steueraufsicht oder in einem Steuerermittlungsverfahren für

die Feststellung von Steueransprüchen von Bedeutung sind. Die Auskunft ist wahrheitsgemäß nach bestem Wissen und Gewissen zu erteilen. Wer nicht aus dem Gedächtnis Auskunft geben kann, hat Schriftstücke und Geschäftsbücher, die ihm zur Verfügung stehen, einzusehen und, soweit nötig, Aufzeichnungen daraus zu entnehmen. Die Auskunft ist nach Form und Inhalt so zu erteilen, wie es das FinA. nach dem Gesetz und den Ausführungsbestimmungen vorschreibt.

Voraussetzung der steuerlichen Auskunftspflicht ist also lediglich das Vorliegen eines Steuerermittlungsverfahrens oder die Ausübung einer Steueraufsichtstätigkeit.

Der Grund des steuerrechtlichen Auskunftsanspruchs ist hiernach also ein verhältnismäßig einfacher.

Jedoch dürfen auf Grund des § 201 ABG.D. nicht etwa die Ermittlungen gewissermaßen ins Blaue hinein angestellt werden. So dürfen nicht von einer Bank die Angabe sämtlicher Konteninhaber verlangt werden. Vielmehr müssen bereits auf anderem Wege bestimmte Tatsachen festgestellt sein, die auf die Möglichkeit unrechtmäßiger Steuerverkürzung schließen lassen.

Die Auskunftspflicht des § 175 ABG.D. erstreckt sich im übrigen nur auf Tatsachen.

Soweit die StPfl. nicht aus dem Gedächtnis Auskunft geben können, müssen sie Schriftstücke und Geschäftsbücher, die ihnen zur Verfügung stehen, einsehen. Sie sind jedoch nach ständiger Rspr. des RFG. nicht verpflichtet, erst Nachforschungen anzustellen oder Auskünfte bei dritten Personen einzuholen.

Innerhalb des Ermessensrahmens des § 175 ABG.D. können hiernach also die FinA. den Inhalt der zu erteilenden Auskünfte bestimmen.

Solche Anordnungen, die auf § 202 ABG.D. zu stützen sind, können nicht nur mit der Beschw., sondern auch mit der RBeschw. an den RFG. angegriffen werden (§§ 303, 305 ABG.D.).

3. Im vorl. Falle war also hiernach die Bank verpflichtet, im Steueraufsichtsverfahren dem FinA. sämtliche Namen der Hypothekengläubiger mitzuteilen, die sie aus ihren Schriftstücken und Geschäftsbüchern ermitteln konnte. Die Bank war nicht verpflichtet, Nachfrage bei den GBÄ. zu halten. Insoweit war das Verlangen des FinA. auf Auskunftserteilung gesetzlich nicht gerechtfertigt.

4. Steuerrechtlich interessanter ist die Frage nach der Anwendbarkeit des § 176 ABG.D. Hiernach können Dritte die Auskunft auf Fragen verweigern, deren Beantwortung ihnen selbst oder ihren Angehörigen die Gefahr einer Strafverfolgung zuziehen würde. Das Gesetz verlangt keine Glaubhaftmachung. Es bedarf auch seitens des Befragten keines Hinweises auf § 176 ABG.D. Es genügt, wenn aus den Umständen entnommen werden kann, daß die Auskunft aus den Gesichtspunkten des § 176 ABG.D. verweigert wird. Im übrigen ist es selbstverständliche Anstandsspflicht der Behörde, die Befragten, sobald die Umstände hierzu Veranlassung geben, auf das Auskunftsverweigerungsrecht des § 176 ABG.D. hinzuweisen.

Die Möglichkeit, daß die Bank bei Auskunftserteilung über die Frage, in welchen Fällen bzgl. der tatsächlichen Geldgeber ein „Deckname“ gebraucht worden sei, sich der Gefahr einer Strafverfolgung aussetzt, liegt nahe, zumal ja gem. § 163 ABG.D. Buchungen auf einen falschen oder erdichteten Namen verboten und gem. § 407 ABG.D. zu bestrafen sind.

Da § 176 ABG.D. ein Auskunftsverweigerungsrecht gibt, darf das FinA. entsprechende Auskünfte des StPfl. gegen dessen Willen überhaupt nicht verlangen. Freilich wird das FinA. bei Abfassung des Auskunftserfahrens nicht immer feststellen können, ob die Anwendbarkeit des § 176 ABG.D. gegeben ist. Dann muß der StPfl. darauf hinweisen und das FinA. insoweit seine Anordnungen aus § 202 ABG.D. entsprechend abändern.

5. In den Gründen weist der RFG. noch weiter darauf hin, daß die Schwierigkeiten der Auskunftbeschaffung seitens der Bank wohl noch näher dargelegt worden wären, wenn dem Vertreter der Bank Gelegenheit zu einer mündlichen Aussprache über die Angelegenheit bei der Vorinstanz gegeben worden wäre.

Dieser verfahrensrechtliche Hinweis ist insofern von Bedeutung, als er erkennen läßt, daß auch der höchste steuerliche Gerichtshof mündlichen Aussprachen in Steuerjahren große Bedeutung beimißt. Die Erfahrung lehrt auch hier, daß mündliche Erörterungen sehr häufig schneller und sicherer zum Ziele führen, zumal die Kompliziertheit des Steuerrechts beiderseitige Mißverständnisse oft nicht ausschließt.

RA. Dr. Dr. Regow, Rüstlin.

*

× 81. § 6 Abs. 1 Nr. 2; §§ 29, 30, 58 Abs. 2c, 3 Nr. 1 EinkStG.

1. Auch die auf Eröffnung eines Gewerbebetriebs gerichtete vorbereitende Tätigkeit ist bereits Gewerbebetrieb.

2. Die Veräußerung eines solchen im Aufbau begriffenen, noch nicht eröffneten Gewerbebetriebs ist eine Betriebsveräußerung i. S. des § 30 EinkStG. 1925 (§ 16 EinkStG. 1934).

3. Der Barwert eines in Raten zahlbaren Kaufpreises ist nicht nach der Hoffmannschen Formel, sondern nach der Rentenformel, d. h. unter Berücksichtigung von Zinsen und Zinsszinsen zu ermitteln (vgl. auch RFG. 31, 21).

4. Der Unterschiedsbetrag zwischen der Summe der Kaufpreistraten und deren Barwert stellt steuerpflichtige Zinsen dar (vgl. auch RFG. 31, 21).

5. Ist das Gesamteinkommen niedriger als der darin enthaltene Veräußerungsgewinn, so ist die Steuer nach dem begünstigten Tarif des § 58 Abs. 2c EinkStG. 1925 von dem niedrigeren Einkommen zu berechnen. f)

I. Der Beschw. war an der Gewerkschaft B. anscheinend zu $\frac{1}{3}$ beteiligt. Die übrigen Anteile befanden sich im Besitze von zwei anderen Personen. Laut Verträgen v. 29. Juni 1930 übertrugen die Beteiligten ihre Anteile auf die H. Holding AktG. in B. Der Beschw. erhielt dafür das gesamte Inventar, Maschinen, Vorräte und die sonstigen der Gewerkschaft gehörigen Gegenstände. Andererseits hatte er die Schulden der Gewerkschaft zu übernehmen. Dadurch sollte der Beschw. auch wegen seiner Darlehnsforderungen an die Gewerkschaft abgefunden sein. Der Beschw. war bei Abschluß des Vertrages davon ausgegangen, daß er aus der Abwicklung der übernommenen Aktiven und Passiven einen Betrag lösen werde, der ihm einen Gewinn lassen werde. Statt dessen erlitt er nach seiner Darstellung eine erhebliche Einbuße. Diese will er von seinem Einkommen abgezogen wissen. Die Vorbehörden haben dem nicht stattgegeben.

Die RBeschw. ist zu diesem Punkt nicht begründet.

Der Beschw. ist der Ansicht, es läge ein Fall des § 30 Abs. 4 EinkStG. 1925 vor. Das trifft nicht zu, selbst wenn die Gewerkschaft ihren Betrieb aufgegeben hätte. § 30 Abs. 4 käme nur dann in Betracht, wenn der Beschw. einen ihm gehörigen gewerblichen Betrieb eingestellt hätte. Der Gewerbebetrieb der Gewerkschaft stellt keinen Gewerbebetrieb des Beschw. dar. Dieser war an der ein Gewerbe betreibenden Gewerkschaft lediglich als Gesellschafter, d. h. mit einer Kapitaleinlage, beteiligt.

Die Beurteilung des Falles hat auf Grund des § 30 Abs. 3 EinkStG. 1925 zu erfolgen. Es handelt sich um die Veräußerung einer wesentlichen Beteiligung i. S. dieser Vorschr. Verluste aus Veräußerungsgeschäften dieser Art sind nach der Rspr. des Senats nicht abzugsfähig (VI A 884/28 v. 28. Nov. 1928 = JW. 1929, 1417; StW. 1929 Nr. 170 = RStW. 1929, 85). Dasselbe würde gelten, wenn keine Veräußerung, sondern eine Liquidation der Gewerkschaft vorläge, wie Beschw. und FinGer., allerdings ohne Begr. und im Gegensatz zu dem Aktieninhalt, annehmen; denn der Fall der Veräußerung einer wesentlichen Beteiligung ist nach der Rspr. ebenso wie derjenige der Liquidation

zu behandeln (Entsch. des RFG. VI A 18/34, v. 19. Juni 1935: StW. 1935 Nr. 479). Gegenüber dem Einwand des Beschw., daß es unmöglich angehe, den Gewinn zu versteuern, wenn im Falle des Verlustes dessen Abzug ausgeschlossen sei, genügt es, auf § 17 Abs. 5 EinkStG. 1934 zu verweisen, wonach Gewinne aus der Veräußerung wesentlicher Beteiligungen steuerpflichtig sind, Verluste daraus aber bei der Ermittlung des Einkommens nicht ausgeglichen werden dürfen.

II. Der Beschw. hat im Steuerabschnitt 1931 seinen noch im Aufbau begriffenen Gewerbebetrieb veräußert. Streittig ist, ob der dabei erzielte Gewinn steuerpflichtig ist oder nicht.

Der Beschw. hatte im Okt. 1930 ein Wiesengelände mit dem Recht der „alleintigen Ausbeute der auftretenden Quellen und vorkommenden Mineralien“ auf die Dauer von 30 Jahren gepachtet. Seine Absicht ging dahin, das Kohlenäurevorkommen dieses Geländes gewerblich auszunutzen. Der Fabrikationsbetrieb sollte in einem ebenfalls auf 30 Jahre gepachteten ehemaligen Molkereigebäude eingerichtet werden; der Beschw. war vertraglich berechtigt, die durch den neuen Betrieb erforderlichen Veränderungen vorzunehmen, Anbauten zu errichten u. dgl. In Verfolg seiner Pläne hatte der Beschw. ferner bereits drei für den künftigen Gewerbebetrieb erforderliche Kessel beschafft und die Lieferung einer Kohlenäureverflüssigungs- und Abfüllanlage mit einer Maschinenfabrik abgeschlossen. Außerdem wurde ein Meister beschäftigt, dem anscheinend wesentliche Aufgaben bei der Einrichtung des technischen Betriebs oblagen.

Im März 1931, bevor das Unternehmen seinen Betrieb aufgenommen hatte, übertrug der Beschw. alle Rechte aus dem Pachtvertrag an die AktG. für Kohlenäure-Industrie in B., und an die Firma Kohlenäurewerk K. GmbH. in B. Diese Firmen traten außerdem in den vom Beschw. geschlossenen Vertrag über die Lieferung der Verflüssigungs- und Abfüllanlage ein und übernahmen die bereits beschafften drei Kessel. Endlich übertrug der Beschw. den Erwerberrn alle Rechte aus dem notariellen Kaufangebot, das der Eigentümer kurz vorher dem Beschw. hinsichtlich des Wiesengeländes und des Gebäudes gemacht hatte. Der Beschw. verpflichtete sich den erwähnten Firmen gegenüber, für die Dauer von 15 Jahren Herstellung, Verkauf und Vertrieb gasförmiger, flüssiger oder fester Kohlenäure und Mineralwasser zu unterlassen.

Als Entgelt erhielt der Beschw. eine Gesamtvergütung von 104 822 RM. Sie war in Höhe von 72 822 RM am 25. Mai 1931 fällig; der Rest war vereinbarungsgemäß in vierteljährlichen Raten von 2000 RM ab 30. Juni 1931 bis zum 31. März 1935 zu entrichten.

Die Vorbehörden haben hiervon für Aufwendungen des Beschw. während der Aufbauzeit 20 848,86 RM in Abzug gebracht. Das FinGer. hat danach 83 973,14 RM als Veräußerungsgewinn angesehen. Es hat den Veräußerungserlös mit Rücksicht darauf, daß der Teilbetrag von 32 000 RM für das Wettbewerbsverbot in Raten zu zahlen war, auf 103 141,32 RM den Veräußerungsgewinn demgemäß auf 82 292,46 RM ermäßigt und diesen Betrag nach Kürzung des Freibetrags von 10 000 RM der Besteuerung zugrunde gelegt.

Der Beschw. bestreitet die Steuerpflicht dieses Betrages. Nach dem klaren Wortlaut des § 30 Abs. 1 EinkStG. sei nur der Gewinn aus der Veräußerung eines bereits in Tätigkeit befindlichen Betriebes steuerpflichtig.

Die RBeschw. ist nicht begründet.

Es ist richtig, daß nach der Rspr. des Sen. — z. B. VI A 1609/32 v. 25. April 1934 — (StW. 1934 Nr. 364) unter einem Gewerbebetrieb eine mit der Absicht der Gewinnerzielung unternommene, selbständige berufsmäßige Tätigkeit zu verstehen ist, die sich als Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr darstellt. Hiernach könnte allerdings zweifelhaft sein, ob man die vorbereitende, auf die Eröffnung eines Unternehmens abzielende — und ebenso die dem Zwecke der Liquidation eines Betriebes dienende — Tätigkeit als Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr im eigentlichen Sinne ansprechen kann. Gleichwohl ist die Ansicht des Beschw., daß diese vorbereitende bzw. abwickelnde Tätigkeit nicht zum Gewerbe-

betrieb gehöre, nicht zutreffend. Die eingangs erwähnte Begriffsbestimmung hat Bedeutung im wesentlichen für die Frage der Abgrenzung gewerblicher Einkünfte von anderen Einkunftsarten. Dagegen läßt sich aus ihr nichts Ausschlaggebendes dafür entnehmen, ob auch die Vorbereitungs-handlungen und die Abwicklungsgeschäfte zu Beginn bzw. am Ende eines Gewerbebetriebs zu diesem gehören. Daß auch die Geschäftsabwicklung noch zum gewerblichen Betrieb gehört, hat der Sen. neuerdings in dem Urteil v. 8. Aug. 1934, VI A 2024/32 (StW. 1934 Nr. 601) ausdrücklich bestätigt. „Bis zur Beendigung der Abwicklung muß in ähnlicher Weise, wie dies der Senat für den Fall der Liquidation einer D.G.B. ausgesprochen hat (vgl. R.F.H. 35, 354 = StW. 1934 Nr. 215), der Gewerbebetrieb (des Einzelkaufmanns) einkommensteuerrechtlich als fortbestehend behandelt werden. Die während der Abwicklung erzielten Einkünfte sind noch laufende gewerbliche Einnahmen.“ Entsprechendes muß aber auch für die vorbereitende Tätigkeit des Kaufmanns bis zum Zeitpunkt der eigentlichen Betriebsaufnahme gelten. Wie Liquidation noch Gewerbebetrieb ist, so ist die auf Eröffnung eines Betriebs abzielende Vorbereitungstätigkeit schon Gewerbebetrieb. Der Gewerbebetrieb beginnt sonach bereits mit der ersten Vorbereitungs-handlung und endigt erst mit der letzten Abwicklungshandlung. Daher sind auch die Einnahmen und Ausgaben während der Aufbauzeit betrieblicher Natur. Es ist insbes. schon für diese Zeit auch der Gewinnbegriff maßgebend. Das kann für den Kaufmann sehr bedeutsam sein. Tritt beispielsweise während dieser Zeit eine Entwertung der erstellten Anlagen ein, stürzt der neu errichtete Bau ganz oder teilweise ein, fällt er einem Brand oder einem sonstigen Ereignis höherer Gewalt zum Opfer, so wirkt sich dieser Schaden steuerlich für den Kaufmann aus. Wollte man der Ansicht des Beschw. folgen, so wäre das nicht möglich; es müßte vielmehr angenommen werden, daß insoweit steuerlich nicht abzugsfähige Vermögensveränderungen vorliegen. Das würde wieder mit der Verkehrsauffassung noch mit Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung in Einklang stehen.

Ist hiernach davon auszugehen, daß ein gewerblicher Betrieb auch schon während der Zeit des Aufbaues der betrieblichen Grundlagen vorliegt, so ist auch die Veräußerung eines solchen Betriebes ein Betriebsvorfall mit der Folge, daß die für die Ermittlung und Besteuerung des Veräußerungsgewinnes geltenden Vorschriften anzuwenden sind. Wenn der Beschw. hiergegen geltend macht, es widerspreche Treu und Glauben, daß der Gewinn zur Steuer herangezogen werde, während ein Verlust aus diesem Geschäft nicht zum Abzug zugelassen worden wäre, so ist das schon deswegen unrichtig, weil ein Veräußerungsverlust ebenso zu behandeln ist wie ein gewöhnlicher gewerblicher Verlust.

Es war sonach zutreffend, daß das FinGer. einen Veräußerungsgewinn angenommen hat. Fraglich könnte sein, ob er dem Unterschied zwischen dem erzielten Erlös und der Summe der bis dahin erfolgten Aufwendungen des Beschw. im vorl. Falle ohne weiteres gleichgesetzt werden durfte. Das würde bedeuten, daß das Ergebnis des Betriebes bis zum Zeitpunkt der Veräußerung genau gleich Null gewesen wäre. Der Gedanke ist nicht von der Hand zu weisen, daß dieses Ergebnis negativ und deshalb der Veräußerungsgewinn entsprechend höher war als vom FinGer. angenommen. Die Frage kann aber auf sich beruhen bleiben, da sie hier ohne praktische Auswirkung ist.

Das FinGer. hat den Barwert des in Raten zu zahlenden Teilbetrags von 32 000 *R.M.* für die Konfurrenzenhaftungsverpflichtung nach der sog. Hoffmannschen Formel berechnet. Richtig hätte die Rentenformel angewandt werden müssen. Die Grundsätze des Ur. v. 10. Febr. 1932, VI A 1323/30 (R.F.H. 31, 21 = StW. 1932 Nr. 927 = RStBl. 1932, 628) gelten auch hier. Bei Berücksichtigung von Zinseszinsen nach einem Satz von 5,5% beträgt der Barwert des eben genannten Kaufpreisteiles nur 28 550 *R.M.* Damit ermäßigt sich der Veräußerungserlös auf 101 372 *R.M.* und der Veräußerungsgewinn auf 80 523 *R.M.*

Andererseits hat das FinGer. zugunsten des Beschw. übersehen, daß in Anwendung der Grundsätze des vorerwähnten Urteils (R.F.H. 31, 21) der abgezinstе Betrag von 3450 *R.M.* auf die Dauer der Ratenzahlung zu verteilen ist und daher mit

$\frac{3}{10} = 647$ *R.M.* auf den hier streitigen Steuerabschnitt 1931 entfällt.

Schließlich ist die Steuerberechnung des FinGer. zu beanstanden. Der Beschw. hat noch 636 *R.M.* Einkünfte aus Vermietung bezogen und andererseits 9001 *R.M.* Schulzinsen gezahlt. Die tarifmäßige Steuer ist nach Ansicht des FinGer. aus 636—9241 *R.M.* auf 0 *R.M.*, die Steuer nach § 58 Abs. 2 c in Höhe von 20% aus 72 292 *R.M.* auf 14 458 *R.M.* zu berechnen. Das ist nicht richtig. Das FinGer. hätte der Besteuerung nach § 58 Abs. 2 c nur den Betrag von 63 687 *R.M.* zugrunde legen dürfen. §§ 30, 32, 58 Abs. 2 c wollen lediglich Vergünstigungen für den Pflchtigen schaffen. Das Verfahren des FinGer. stellt eine Benachteiligung des Pflchtigen dar, da es der Besteuerung, wenn auch zu einem begünstigten Tarif, mehr als das vorhandene Einkommen unterwirft. Ist das Gesamteinkommen niedriger als der Veräußerungsgewinn, so erfordern Sinn und Zweck der angezogenen Vorschr., daß die Steuer zu dem begünstigten Tarif des § 58 Abs. 2 c nach dem niedrigeren Einkommen berechnet wird.

(R.F.H., 6. Sen., Ur. v. 19. Febr. 1936, VI A 806/34.)

Anmerkung: 1. Dem (von Becker: StW. 1936, 529/30 besprochenen) Urteil ist ohne weiteres zuzustimmen, soweit es (Leitsatz 1 und 2) die auf Eröffnung eines Gewerbebetriebes gerichtete vorbereitende Tätigkeit bereits zum Gewerbebetrieb rechnet und deshalb auch die Veräußerung eines solchen erst in der Entstehung begriffenen Betriebes als Betriebsveräußerung behandelt. Nachdem die Rspr. des R.F.H. zu § 16 EinkStG. 1925 das Vorliegen abziehbarer Werbungskosten längst grundsätzlich auch für jene Fälle anerkannt hat, wo Aufwendungen für eine erst in Aussicht genommene Erwerbstätigkeit gemacht wurden, ohne daß bereits im gleichen Steuerabschnitt Einnahmen erzielt wurden (vgl. z. B. StW. 1927 Nr. 59), gab es kaum eine andere Lösung. Sie ist auch im Hinblick auf die bereits in StW. 1934 Nr. 601 ausgesprochene Einbeziehung der Geschäftsa b w i c k l u n g in den Gewerbebetrieb durchaus befriedigend.

2. Was das Urteil in seinem Leitsatz 5 hinsichtlich der Technik der Anwendung des § 58 ausspricht, ist zwar ebenfalls zweifelsfrei richtig. Aber es ist nicht etwa hier erstmals, sondern bereits mit ausführlicher Begr. ebenso in R.F.H. 28, 310 ausgesprochen. Zuerst hatte der Senat diesen Grundsatz für § 59 (Sonderregelung für die außerordentlichen Waldnutzungen) aufgestellt im Urteil StW. 1931 Nr. 311 und ihn dann mit Recht in dem erwähnten Urteil R.F.H. 28, 310 auf das Gebiet des § 58 übertragen.

3. Zu dem die Leitsätze 3 und 4 betreffenden Teil des Urteils scheinen mir weitere Ausführungen nicht veranlaßt.

M. Dr. F ü r n r o h r, München.

*

×82. §10 Abs. 1, §13 KörperStG. 1925; §§6, 7 Abs. 2, §13 EinkStG. 1925; §1 StAnpG.; §6 Satz 1 KörperStG. 1934; §2 Abs. 3, 4, §5 Abs. 1 EinkStG. 1934; §19 der 1. DurchfV.D. z. KörperStG. 1934; §1 StAnpG. Der Grundsatz, daß das Einkommen von buchführungspflichtigen Erwerbsgesellschaften, aus welcher Einkommensart es auch herrühren mag, steuerlich so zu behandeln und zu ermitteln ist, als ob es gewerbliches wäre (vgl. R.F.H. 23, 91), gilt auch unter der Herrschaft des §1 StAnpG. †)

FinA. und FinGer. haben einer Grundstücks-GmbH. unter Ver. auf §1 StAnpG. die Abschreibung des Grundstücksfontos auf den gemeinen Wert versagt, weil Einzelpersonen, die Grundstückseigentümer sind, eine solche Abschreibung nicht gestattet sei und weil die Staatsführung die Auflösung volkswirtschaftlich nicht gerechtfertigter Kapitalgesellschaften anstrebe.

Die R.Beschw. der Gesellschaft ist für begründet erklärt.

Nach der Rspr. des R.F.H. zum KörperStG. 1925 ist das Einkommen der zur kaufmännischen Buchführung verpflichteten Erwerbsgesellschaften, aus welcher Einkommensart es auch herrühren mag, so zu behandeln und zu ermitteln, als ob es ge-

werbliches wäre (vgl. Art. v. 19. Okt. 1927, I A 3/27; RStBl. 1928, 6; StW. 1927 Nr. 677; RfH. 23, 91). Das FinGer. hat diesen Grundsatz auch gekannt, es hat aber seine Anwendung im vorl. Fall versagt, weil er mit der nationalsozialistischen Wirtschaftsauffassung, die nach § 1 StAnpG. bei der Auslegung der Steuergesetze heranzuziehen sei, nicht im Einklang stehe. Dem kann nicht beigetreten werden. Allerdings ist einer der Grundsätze der nationalsozialistischen Steuerpolitik auf den Umbau der Steuern zum Zwecke der Heraushebung des Werts der Persönlichkeit und der persönlichen Verantwortung in der Wirtschaft gerichtet (vgl. Reinhardt, Der erste Abschnitt der nationalsozialistischen Steuerreform: RStBl. 1934, 1229 ff.). Der nationalsozialistische Gesetzgeber hat sich jedoch zur Durchführung dieses Grundsatzes darauf beschränkt, die hiernach erwünschte Abkehr von anonymen Gesellschaftsformen handelsrechtlich und steuerrechtlich zu erleichtern. Er hat dagegen im allgemeinen davon abgesehen, die Umwandlung von Kapitalgesellschaften in Einzelunternehmen oder Personalgesellschaften etwa durch handelsrechtliche oder steuerrechtliche Vorschr. zu erzwingen. Der sich hieraus ergebenden Grundauffassung des Gesetzgebers muß auch bei der Auslegung der Steuergesetze Rechnung getragen werden. Es kann daher nicht anerkannt werden, daß in Anwendung des § 1 StAnpG. etwa die für Kapitalgesellschaften vorgesehenen Steuerbegünstigungen im Einzelfall deshalb versagt werden müßten, weil sich nach nationalsozialistischer Wirtschaftsauffassung für den Betrieb des betreffenden Unternehmens die Form der Kapitalgesellschaft nicht eigne. In vorl. Fall handelt es sich nicht einmal um die Anwendung oder Nichtanwendung einer steuerlichen Vergünstigung. Wenn das EinkStG. 1925 vorschreibt (§ 7 Abs. 2 a. a. D.), daß die Einkommensermittlung bei den Einkünften der in § 6 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 a. a. D. bezeichneten Art nach dem Gewinn, bei den Einkünften der in § 6 Abs. 1 Nr. 4—8 a. a. D. bezeichneten Art aber nach dem Überschuß der Einnahmen über die Ausgaben zu erfolgen hat, so sollen hierdurch nicht etwa die Bezahler der erstgenannten Einkünfte vor den Beziehern der letztgenannten Einkünfte steuerlich bevorzugt werden. Die Einkommensermittlung nach dem Gewinn bringt vielmehr gegenüber der nach dem Überschuß der Einnahmen über die Ausgaben nicht nur steuerliche Vorteile, sondern auch steuerliche Nachteile mit sich. Welche im Einzelfall — auf die Dauer gesehen — überwiegen, läßt sich nicht mit Sicherheit vorausbestimmen. Für die Einführung der beiden verschiedenen Arten der Einkommensermittlung je nach der Art des Einkommens müssen daher andere Gründe maßgebend gewesen sein. Es waren in der Hauptsache Zweckmäßigkeitsgründe, die bei den Einkünften der in § 6 Abs. 1 Nr. 1—3 EinkStG. 1925 bezeichneten Art die Anknüpfung an den bei diesen nach Übung oder Herkommen aufzustellenden Bestandsvergleich nahegelegt haben. Im wesentlichen die gleichen Zweckmäßigkeitsgründe haben den RfH. veranlaßt, auszusprechen, daß der Absicht des Gesetzgebers entsprechend bei den buchführungspflichtigen Erwerbsgesellschaften alle Einkünfte wie gewerbliche zu behandeln und zu ermitteln sind. Diese Zweckmäßigkeitsgründe sind durch den Wechsel der Wirtschaftsauffassung im nationalsozialistischen Staat nicht berührt worden. Sie bestehen unverändert weiter, und es muß daher auch der von ihnen getragene Grundsatz unter der Herrschaft des § 1 StAnpG. unverändert weiter gelten. Ein Beweis hierfür ist, daß der bezeichnete Grundsatz auch für das neue Körperschaftsteuerrecht in der 1. Durchf. VO. z. KorpStG. 1934 (§ 19) ausdrücklich vorgeschrieben ist.

(RfH., 1. Sen., Urte. v. 21. April 1936, I A 54/36.)

Anmerkung: Die Entsch. bietet einen interessanten Beitrag zu der Frage der Grenzen der Auslegung steuerlicher Gesetze.

Gem. § 1 StAnpG. ist oberster Auslegungsgrundsatz bekanntlich die nationalsozialistische Weltanschauung. Das StAnpG. läßt aber lediglich eine Auslegung der Steuergesetze zu, nicht jedoch eine Abänderung.

Das FinGer., dessen Entsch. durch den RfH. aufgehoben wurde, stellte sich auf den Standpunkt, es sei nach nationalsozialistischer Wirtschaftsauffassung anzustreben, daß bei den Unternehmungsformen die Einzelpersönlichkeit in Erscheinung trete und die anonyme Form der Kapitalgesellschaft auf das

sachlich gebotene Maß zurückgeführt werde. Soweit volkswirtschaftlich die Form der Kapitalgesellschaft nicht angebracht sei, sei der Wille der Staatsführung auf die Umwandlung oder Auflösung der Kapitalgesellschaften gerichtet. Für die Errichtung einer Grundstücks-GmbH. bestehe kein Bedürfnis. Wenn die Beteiligten gleichwohl die Rechtsform der GmbH. wählten, so geschähe dies, weil sie ihre persönliche unbeschränkte Haftung für die Verbindlichkeiten auszuschließen wünschten und steuerliche Vorteile zu erreichen hofften. Diese Bestrebungen verdienten nicht den Schutz der Behörden. Es sei daher steuerlich nicht zu verantworten, wenn wirtschaftspolitisch nicht gerechtfertigte Grundstücks-Gesellschaften m. b. H. sich steuerliche Vorteile vor persönlichen Grundstückseigentümern verschafften.

Der RfH. hat dieser weitgehenden, mit wirtschaftspolitischen Gesichtspunkten fundierten Auslegung nicht beitreten können. In der Tat wäre auch die steuerliche Rechtsunsicherheit ins Angemessene gewachsen, wenn entgegen dem klaren Wortlaut der Steuergesetze diese für Einzelfälle verlassen werden, in denen infolge der zufälligen Gestaltung der Steuerrechtslage der StPfl. hier oder da einen steuerlichen Vorteil im Augenblick erlangt.

Mit Recht betont der RfH., daß der nationalsozialistische Gesetzgeber seinen Grundsatz der Bekämpfung von Kapitalgesellschaften mittels des Umbaus von Steuern zum Zweck der Heraushebung des Wertes der Persönlichkeit und der persönlichen Verantwortung in der Wirtschaft noch nicht vollständig durchgeführt hat, sondern sich bisher gewisse Beschränkungen auferlegt hat.

Der Umfang dieser Beschränkungen kommt ja auf dem Gebiete des Handelsrechts deutlich durch das Gesetz über die Umwandlung von Kapitalgesellschaften v. 5. Juli 1934 und auf dem Gebiete des Steuerrechts durch das Gesetz über die Steuererleichterungen bei der Umwandlung und Auflösung von Kapitalgesellschaften v. 5. Juli 1934 zum Ausdruck.

Hätte der Gesetzgeber steuerlich-wirtschaftspolitisch nicht gerechtfertigte Rechtsformen des Handelsrechts nicht mehr anerkennen wollen, so hätte dies deutlich zum Ausdruck gebracht werden müssen.

Hinzu kommt, daß der nach dem Tatbestande des Urteils durch die Grundstücks-GmbH. infolge der Abschreibung des Grundstückskontos auf den gemeinen Wert erfolgte steuerliche Vorteil allen StPfl. zusteht, die ihren Gewinn nach dem Grundsatz ordnungsmäßiger Buchführung zu ermitteln haben, soweit dieser den Ansatz niedrigerer Werte gestattet.

Verschiedenheiten in der steuerlichen Gewinnerfassung werden für Einzelfälle solange bestehen, als das Einkommensteuerrecht bzgl. der Gewinnermittlung auf der einen Seite an der Methode des Bestandsvergleichs und auf der anderen Seite an der Methode der Ermittlung der Überschüsse der Einnahmen über die Ausgaben festhält (vgl. hierzu auch §§ 4 ff. EinkStG. 1934).

Within kann der Gesichtspunkt, daß in einzelnen Fällen eine an sich zulässige steuerliche Gewinnermittlungsmethode gegenüber der anderen Gewinnermittlungsmethode Vorteile oder Nachteile bringt, zu einer abweichenden steuerrechtlichen Betrachtungsweise nicht verwendet werden. Andererseits bestätigt die Erfahrung der Praxis die Feststellung des RfH., daß grundsätzlich die eine Methode der Einkommensermittlung gegenüber der anderen keine besonderen steuerlichen Vorteile im voraus hat. Dies muß um so mehr gelten, als ja die Verlustvortragbestimmungen in Wegfall gekommen sind.

Die Entsch. des RfH. dürfte auch zur Erhöhung der steuerrechtlichen Rechtsicherheit beitragen, weil sie einer allzu starken Ausdehnung der Auslegungsmöglichkeiten steuerlicher Gesetze entschieden entgegentritt.

RM. Dr. Dr. Megow, Rüstern.

*

82a. § 5 Abs. 3, § 8 Nr. 1 VerfStG. Die Befreiungsvorschrift in § 8 Nr. 1 VerfStG. gilt auch für Kapitalansammlungsverträge i. S. des § 5 Abs. 3 VerfStG.

(RfH., 2. Sen., Urte. v. 17. Jan. 1936, II A 136/35.)

82b. § 10 TarNr. 10 II Absf. 1c PrStempStG. und TarNr. 18. Ein Vertrag, durch den eine Stadtgemeinde gegen Entgelt einer Gesellschaft die Erlaubnis zum konkurrenzlosen Betrieb einer Elektrizitätsversorgungsanlage erteilt und ihr zu diesem Zweck auch die Verkehrsräume (Straßen, Plätze u. dgl.) zum Gebrauch überläßt, ist ein gemischter Vertrag. Die Überlassung der Verkehrsräume ist als Mietvertrag über Grundstücke nach TarNr. 10 II Absf. 1c PrStempStG. steuerpflichtig. Die Vereinbarung über die Betriebs Erlaubnis erfordert den allgemeinen Vertragstempel der TarNr. 18 Nr. 2 a. a. D. von 3 R.M.

(RS., 2. Sen., Urf. v. 24. Jan. 1936, II A 80/35.)

Preußisches Oberverwaltungsgericht

Vorbemerkung

Aus Raummangel war es leider nicht möglich, alle vorliegenden Entscheidungen des Preußischen Oberverwaltungsgerichts in der bisher üblichen ausführlichen Form zum Ausdruck zu bringen. In einzelnen Fällen ist deshalb nachstehend nur der Rechtsfaz in Verbindung mit einem Hinweis auf den Abdruck im Reichsverwaltungsblatt veröffentlicht.

83. §§ 85, 86, 95 PrZVG. v. 30. Juli 1887 (GS. 195). Fristwahrung. Das Einlegen der Rev. bei dem RevG. genügt nicht zur Wahrung der Revisionsfrist. Unkenntnis davon bildet keinen Grund zur Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

Die Entsch. des BezVerwGer. in M. v. 23. Mai 1934 ist dem Kl. am 17. Nov. 1934 ordnungsmäßig zugestellt worden. Gemäß § 95 i. Verb. m. §§ 85, 86 ZVG. v. 30. Juli 1883 war die Rev. innerhalb einer Frist von zwei Wochen vom Tage der Zustellung ab, d. i. bis zum Ablaufe des 1. Dez. 1934, bei dem Gerichte, das in erster Instanz entschieden hat, also bei dem genannten BezVerwGer. anzubringen und zu rechtfertigen.

Kl. hat aber seine Rev. an das OVG. gerichtet und diesem selbst zugesandt. Hier ist sie zwar am 1. Dez. 1934 eingegangen, also noch innerhalb der angegebenen Frist. Mit dem Eingange bei dem OVG. war sie aber nicht gewahrt, wie die angeführten Best. des ZVG. ergeben. Der zweite Absatz im § 21 ZD. v. 3. Sept. 1932 hat die strenge Anordnung im § 95 Absf. 2 ZVG. allerdings gemildert, indem er mit allgemeiner Wirkung vorschreibt, daß die Frist auch dann gewahrt ist, wenn das Rechtsmittel rechtzeitig bei der Stelle angebracht wird, welche die angef. Verfügung (Bescheid, Beschluß, Urf.) erlassen hat. Im vorl. Falle würde diese Milderung dem Kl. aber auch keinen Vorteil gebracht haben. Denn die hier bezeichnete Stelle ist keine andere als das BezVerwGer., da es das erste Urf. erlassen hat. Dagegen bestimmt der § 21 der genannten ZD. nicht, daß der Eingang des Rechtsmittels bei der Stelle, welche zur Entsch. über dieses zuständig ist, zur Wahrung der Frist ausreicht. Hätte nach dem Willen des Gesetzgebers die Milderung der angeführten Best. des ZVG. soweit gehen sollen, so hätte eine entsprechende, sie noch sonst ändernde Anordnung ergehen müssen. Da § 21 eine solche nicht enthält, sie auch anderweit nicht ergangen ist, so sind die angeführten Best. des ZVG. nur durch die bezeichnete Einschränkung des § 21 abgeändert, im übrigen gelten sie unverändert weiter.

Der Eingang der Rev. des Kl. bei dem OVG. am 1. Dez. 1934 war deswegen für die Einhaltung der Revisionsfrist ohne Bedeutung. Die Rechtsmittelschrift ist zwar an demselben Tage noch an das BezVerwGer. weitergesandt worden, bei diesem

aber erst am nächsten Tage, dem 2. Dez., angelangt. An diesem Tage war die Frist bereits abgelaufen. Die Ankunft der Rev. bei dem Gerichte, das zum Empfange der Anmeldung und Rechtfertigung zwar gesetzlich zuständig war, konnte daher nicht mehr dazu dienen, dem Kl. das Recht zum Rechtsmittelgebrauche zu erhalten. Nachdem er zuerst die Zuständigkeit verfehlt hatte, stand ihm nun die Frist nicht mehr offen.

Sein Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand war nicht geeignet, die Versäumnis der Frist auszugleichen. Der Antrag ist nach § 112 ZVG. nur dann begründet, wenn Naturereignisse oder andere unabwendbare Zufälle das Einhalten der Frist verhindert haben. Kl. hat solche Gründe nicht angeführt.

Eine Belehrung über das zulässige Rechtsmittel ist bei Erlass eines Urf. im Verwaltungsfreitverfahren gesetzlich nicht vorgeschrieben. Die Parteien haben die Pflicht, sich selbst über die Form und die Frist zu unterrichten, deren Einhaltung das Gesetz bei der Benutzung des Rechtsmittels verlangt. Unkenntnis davon bildet keinen Entschuldigungsgrund für die Versäumnis der Rechtsmittelfrist und bietet nach feststehender Rspr. des ZVG. nicht die Möglichkeit, den Kl. von den gesetzlichen Folgen seiner Säumnis zu befreien. Er mußte sich selber die Kenntnis davon verschaffen, an welcher Stelle und innerhalb welcher Zeit er die Rev. einzulegen hatte. Die Angabe, daß nach Zustellung des Urf. Zeit und Arbeit erforderlich gewesen sei, um die notwendigen Ermittlungen anzustellen und die Revisionschrift anzufertigen, kann ihm nicht zur Entschuldigung dienen. Denn zu diesen Zwecken hat das Gesetz jeder Partei die Frist von zwei Wochen eröffnet, und es ist nicht zu ersehen, daß dem Kl. während ihres Verlaufs ungewöhnliche Hindernisse erwachsen sind. Wiedereinsetzung war unter diesen Umständen zu versagen.

(PrZVG., 3. Sen., Beschl. v. 12. März 1936, III ER 30/36.)

*

84. § 33 Absf. 1 PrPolVerwG. v. 1. Juni 1931 (GS. 77). Zwangsgeldfestsetzung. Zwangsgeldfestsetzungen, die von der Ortspolizei in Anwendung allgemeiner staatspolizeilicher Anordnung gem. § 33 Absf. 1 Satz 2 PrPolVerwG. vorgenommen werden, unterliegen der Anfechtung mit den im PolVerwG. vorgesehenen Rechtsmitteln.

Die staatspolizeiliche Anordnung des RegPräs. in D. v. 28. Mai 1934 über die Betätigung konfessioneller Jugend- und Standesvereinigungen usw. verbietet im § 1 Ziff. 2 den Vertrieb und Verkauf von Presseerzeugnissen jeder Art auf den öffentlichen Straßen und Plätzen in der Nähe von Gotteshäusern im Anschluß an den Gottesdienst oder kirchlichen Veranstaltungen.

In Anwendung dieser ZD. setzte der Bürgermeister als Ortspolizeibehörde in K. durch Bfg. v. 18. Jan. 1935 gegen S. und D. ein Zwangsgeld von je 5 R.M. fest, weil sie am 18. Nov. 1934 in dem Portal und auf der Außentreppe der Basilika in K. im Anschluß an den Gottesdienst die Druckschrift „Junge Front“ zum Kauf angeboten hatten.

Mit den gegen diese PolBfg. erhobenen Beschw. wurde geltend gemacht, daß das Portal und die Außentreppe der Basilika nicht zu den Straßen und Plätzen in der Nähe der Basilika gehörten, der Vertrieb kirchlicher Broschüren und Schriften daher auf der Kirchentreppe ebenso wie innerhalb der Kirche nicht unerlaubt sei. Die Beschw. wurden zurückgewiesen, weil der Verkauf nicht in der Kirche, sondern auf der zur Basilika führenden Treppe stattgefunden habe und insoweit jebermann die Möglichkeit zum Erwerb der Druckschriften geboten worden sei, ohne daß er den Innenraum der Kirche hätte betreten müssen.

Die Beschwerdebescheide wurden mit Kl. angefochten und zu deren Begr. ausgeführt:

Die Zwangsgeldfestsetzung könne auf die fragliche staatspolizeiliche Anordnung nicht gestützt werden, weil deren Vor-

aussetzungen nicht erfüllt gewesen seien. Um die staatspolizeiliche Anordnung in Anwendung bringen zu können, müsse der Verkauf auf öffentlichen Straßen und Plätzen in der Nähe von Gotteshäusern und im Anschluß an den Gottesdienst stattgefunden haben. Verkauf auf öffentlichen Straßen und Plätzen sei nicht das gleiche wie Verkauf in der Öffentlichkeit. Die Kl. hätten bei dem Verkauf oben auf der Außentreppe der Kirche gestanden, und zwar innerhalb der geöffneten Kirchentüren auf dem Treppenabgang, der von den Außenpfeilern der Kirche seitlich begrenzt werde. Dieser Standort könne nicht als Teil einer öffentlichen Straße oder eines öffentlichen Platzes in der Nähe des Gotteshauses angesprochen werden. Die staatspolizeiliche Anordnung habe sich auf das Verbot des Verkaufs auf öffentlichen Straßen und Plätzen beschränkt. Außerdem sei zweifelhaft, ob Portal und Treppe einer Kirche, da über das gesamte Kirchengrundstück der Pfarrer zu verfügen berechtigt sei, von dem Begriff der „Öffentlichkeit“ mitumfaßt würde.

Ferner beziehe sich die staatspolizeiliche Anordnung gar nicht auf den Verkauf kirchlicher Schriften im Portal und auf der Treppe einer katholischen Kirche; denn solcher Verkauf habe mit kommunistischen Untrieben, zu deren Bekämpfung die staatspolizeiliche Anordnung ergangen sei, nichts zu tun.

Der Bekl. hat erwidert:

Für die Frage der Öffentlichkeit i. S. des § 1 Ziff. 2 der staatspolizeilichen Anordnung v. 28. Mai 1934 komme es weder auf die Grundeigentumsverhältnisse noch auf die Widmung als öffentlicher Weg oder öffentlicher Platz an. Ausschlaggebend sei allein, ob die Straße oder der Platz in dem Sinne öffentlich sei, daß die Zutrittsmöglichkeit für beliebig viele Personen bestehe. Der Begriff „öffentliche Straßen oder Plätze“ decke sich mit dem entsprechenden Begriff im § 116 StGB. Eine andere Auslegung würde dem Sinn und Zweck der staatspolizeilichen Anordnung v. 28. Mai 1934 widersprechen. Der erkennbare Sinn dieser Anordnung sei, den Vertrieb aller Presseerzeugnisse im Anschluß an den Gottesdienst außerhalb der Kirchen zu verbieten. Entscheidend für die Anwendbarkeit der staatspolizeilichen Anordnung v. 28. Mai 1934 sei daher, ob der Vertrieb innerhalb oder außerhalb der Kirche stattgefunden habe. Der unzweideutige Sinn der Vorschr. des § 1 Ziff. 2 der Anordnung sei, den Verkauf von Presseerzeugnissen jeglicher Art außerhalb der Kirchen zu unterbinden.

Die Klagen sind durch Urteile des BezVerwGer. aus folgenden Gründen abgewiesen worden:

Die Außentreppe einer Kirche sei nach dem klar erkennbaren Sinn der fraglichen staatspolizeilichen Anordnung nicht den Innenräumen der Kirche zuzurechnen, sondern als Teil einer öffentlichen Straße bzw. als öffentlicher Platz in der Nähe eines Gotteshauses anzusehen. Maßgebend für den Begriff der Öffentlichkeit beim Vertrieb von Presseerzeugnissen sei in diesem Zusammenhang, ob diese nur den Besuchern des Gotteshauses oder jedem zufällig vorüberkommenden Straßenspassanten zugänglich gemacht würden. Bei dem Festhalten auf der Außentreppe einer Kirche sei aber ohne weiteres die Möglichkeit gegeben, daß die feilgehaltenen Schriften auch von Vorübergehenden gekauft würden, die nicht am Gottesdienst teilgenommen hätten.

Da die Anordnung sich auf „Presseerzeugnisse jeder Art“ ausdrücklich beziehe, würden auch kirchliche Schriften durch sie betroffen und das polizeiliche Einschreiten gegen die Kl. daher genügend gerechtfertigt.

Der Bev. der Kl. gab das OVG. statt.

Gegen die gem. § 33 PolVerwG. erfolgten Zwangsgeldfestsetzungen der Ortspolizeibehörde sind nach § 57 Abs. 1 PolVerwG. die gleichen Rechtsmittel gegeben wie gegen PolVfG. An ihrer danach gesetzlich festgelegten Ansechtbarkeit im förmlichen Rechtsmittelwege ändert nichts der Umstand, daß die Zwangsgeldfestsetzung in Ausführung einer allgemeinen staatspolizeilichen Anordnung vorgenommen worden ist. Denn ihrem Wesen nach bleibt die Zwangsgeldfestsetzung trotzdem eine auf selbständigen Ermäßigungen der Ortspolizeibehörde beruhende und innerhalb der ihr verliehenen Zuständigkeit (§ 33 Abs. 1 Satz 2 PolVerwG.) erlassene eigene polizeiliche Maßnahme der

Orts-, also einer ordentlichen Polizeibehörde (§ 2 PolVerwG.). Sie ist nicht eine Verfügung einer dem Aufbau der Geheimen Staatspolizei erwachsenen und dieser zugehörigen Gliederung, so daß sie der Unanfechtbarkeit von Verfügungen der Geheimen Staatspolizei, die auf deren Einrichtung als Sonderpolizeibehörde beruht (Entsch. v. 2. Mai 1935: PrVerwBl. 56, 577 = JW. 1935, 2398⁸⁶), nicht teilhaftig ist. Auf die rechtzeitig eingelegten Rechtsmittel war daher die Rechtmäßigkeit der angefochtenen Zwangsgeldfestsetzungen im Verwaltungsstreitverfahren nachzuprüfen.

Diese Nachprüfung konnte sich, ohne die von den Kl. erhobenen sonstigen Einwendungen rechtlicher Art zu erörtern, auf die Frage beschränken, ob die mit Zwangsgeld belegte Handlungsweise der Kl. den Tatbestand der staatspolizeilichen Anordnung erfüllte. Denn diese Frage war zu verneinen. Der Vorderrichter ist der Ansicht, die staatspolizeiliche Anordnung habe klar erkennbar zum Ausdruck gebracht, daß der Vertrieb von Presseerzeugnissen auf einer Kirchentreppe, weil sie nicht zum Innenraum einer Kirche gehöre, durch die staatspolizeiliche Anordnung verboten sei. Dieser Auffassung kann nicht beigetreten werden. Schon der unbefangene Leser der fraglichen staatspolizeilichen Anordnung, die sich nach ihrem § 1 Abs. 1 gegen die Betätigung der konfessionellen Jugend- und Standesvereinigungen außerhalb des kirchlichen Bereichs wendet, wird nicht geneigt sein, das Verbot eines Vertriebs von Druckschriften aller Art auf den öffentlichen Straßen und Plätzen in der Nähe von Gotteshäusern ohne weiteres auch auf die Eingangsstufen einer Kirche zu beziehen, es sei denn, daß die Kirchentreppe Teil einer öffentlichen Straße oder eines öffentlichen Platzes wäre, was hier aber unbestrittenenmaßen nicht zutrifft. Dazu kommt wesentlich, daß es äußerst naheliegend ist, den Wortlaut des den gewerbsmäßigen Verkauf von Druckschriften behandelnden § 43 RWGD. zum Zwecke der Auslegung des in der staatspolizeilichen Anordnung verwendeten Begriffs „auf den öffentlichen Straßen und Plätzen“ maßgebend in Vergleich zu ziehen. Dort ist an eine ortspolizeiliche Genehmigung gebunden der gewerbsmäßige Druckschriftenvertrieb auf öffentlichen Wegen, Straßen, Plätzen oder an anderen öffentlichen Orten. In der Gesetzesprache (vgl. einerseits z. B. §§ 33 b, 60 b RWGD.; andererseits §§ 33 d, 42 a, b, 43, 60 a RWGD.) ist unterschieden zwischen dem Bereich „der öffentlichen Straßen und Plätze“ und dem „der öffentlichen Straßen, Plätze und anderen öffentlichen Orten“ und dadurch der erstere gegenüber dem letzteren begrenzt. Aus diesem Grund sind nach der in Übereinstimmung mit den ordentlichen Gerichten (vgl. Landmann, RWGD., 8. Aufl., Anm. 5 a zu § 33 b) befindlichen, gleichbleibenden Rspr. des OVG. (vgl. GenUrt. 4, 401; 5, 70; 22, 213; 23, 51, 61) unter öffentlichen Straßen und Plätzen nur solche Straßen und Plätze zu verstehen, die bestimmungsgemäß dem allgemeinen öffentlichen Gebrauch und Verkehr freistehen und gewidmet sind. Daß diese herkömmliche Bedeutung des Begriffs „öffentliche Straßen und Plätze“ für die Anwendung der fraglichen Vorschr. der staatspolizeilichen Anordnung nicht bestimmend ist und nicht bestimmend sein sollte, ist nicht anzunehmen, zumal der nach Ansicht des Vorderrichters ihr innewohnende Sinn leicht durch eine der des § 43 RWGD. entsprechende, weitergehende Fassung, wie z. B. „der öffentliche Vertrieb außerhalb des Innenraums einer Kirche“ oder „der Vertrieb außerhalb des Innenraums einer Kirche auf den öffentlichen Straßen und Plätzen und an anderen öffentlichen Orten in der Nähe von Gotteshäusern“ hätte zum Ausdruck gebracht werden können. Es muß daher davon ausgegangen werden, daß die Reichweite der erörterten staatspolizeilichen Verbotsvorschrift in der Öffentlichkeit durch die ohne Befügung der Worte: „oder an anderen öffentlichen Orten“ erfolgten Gebrauch der Wendung „auf den öffentlichen Straßen und Plätzen“ bewußt auf deren in der Rspr. des OVG. festgelegten Inhalt beschränkt worden ist.

Das Urteil des Vorderrichters mußte daher, weil es auf rechtsirrtümlicher Auslegung der zur Rechtsgrundlage der angefochtenen Zwangsgeldfestsetzung genommenen Vorschr. der staatspolizeilichen Anordnung beruhte, aufgehoben werden.

Bei freier Beurteilung war die Sache spruchreif. Denn nach der vom Bkl. nicht widersprochenen und mit dem regelmäßigen Zustand übereinstimmenden Behauptung der Kl. gehörte der von ihnen auf der Kirchentreppe beim Verkauf der Druckschriften eingenommene Standpunkt nicht zu einer bestimmungsgemäß dem allgemeinen öffentlichen Gebrauch und Verkehr freistehenden und gewidmeten Straße und Platz, besand sich also nicht im Bereich der „öffentlichen Straßen und Plätze“. Da mithin eine Zuwiderhandlung der Kl. gegen die vorgeschriebene der staatspolizeilichen Anordnung nicht vorlag, mußte die auf diese Vorschr. gestützte Zwangsgeldfestsetzung außer Kraft gesetzt werden.

(PrWBG., 3. Sen., Art. v. 9. Jan. 1936, III C 194/35.)

85. § 7 PrGef. über die Geh. Staatspolizei v. 10. Febr. 1936 (GS. 21). Unanfechtbarkeit pol. Verfügungen staatspol. Inhalts. Materielle Verfügungen der ordentlichen Polizeibehörden staatspol. Inhalts sind auf Grund § 7 Gef. v. 10. Febr. 1936 der verwaltungsgerichtlichen Nachprüfung entzogen. Diese Regelung gilt auch für bereits schwebende Verfahren.

Wegen Befürchtung einer Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung durch die Form des vom Missionar G. gegen die Reichskirchenregierung aufgenommenen und geführten Kampfes erließ an ihn der Landrat als Kreispolizeibehörde in N. am 15. Okt. 1934 folgende Verfügung:

„Auf Grund WD. des Herrn RPräs. zum Schutz von Volk und Staat v. 28. Febr. 1933 (RGBl. I, 83) ordne ich hiermit Ihre Verweisung aus dem Gebiete des Kreises N. an und fordere Sie auf, den Kreis N. binnen einer Woche... endgültig zu verlassen. Jrgendein Auftreten als Redner im Kreise wird Ihnen bereits mit sofortiger Wirkung untersagt. Ich weise darauf hin, daß die gegen Sie angeordnete Aufenthaltsbeschränkung unter Umständen auf das Gebiet des ganzen Regierungsbezirks ausgedehnt werden wird, falls Sie auch in anderen Teilen des Bezirks durch Ihr Auftreten und Ihre Äußerungen Unruhe in die Bevölkerung hineintragen.“

Die von G. gegen diese Verfügung eingelegte Beschwerde wurde durch Bescheid des RegPräs. zurückgewiesen. Die Begründung besagte: Die Feststellungen hätten ergeben, daß G. in den letzten Wochen vor dem Erlaß der angefochtenen Verfügungen durch seine scharfe, unsachliche Stellungnahme gegenüber dem Reichsbischof und der Reichskirchenregierung in mündlichen Ausführungen und durch Flugblätter eine solche Beunruhigung in die Bevölkerung des Kreises N. hineingetragen hätte, daß mit ernstlichen Störungen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung hätte gerechnet werden müssen. G. habe durch sein Verhalten in besonderem Maße zur Verschärfung der kirchenpolitischen Lage im Kreise N. beigetragen.

Die gegen diesen Bescheid erhobene Klage wurde vom BezVerwGer. wegen Unzulässigkeit abgewiesen.

Die Abweisung wird damit begründet, daß es sich bei der angefochtenen Verfügung um eine von der Polizei auch ausdrücklich als solche erklärte Anordnung staatspolizeilicher Natur handele und diese allgemein einer verwaltungsgerichtlichen Kontrolle entzogen sei, daß ferner aber auch die grundsätzliche Unanfechtbarkeit von Verfügungen der Geh. Staatspolizei zu gelten habe für Verfügungen, die zwar nicht unmittelbar von der Geh. Staatspolizei, aber, wie hier gesehen, im Einvernehmen mit dieser und auf deren Aufgabengebiet von einer ordentlichen Polizeibehörde erlassen worden seien.

Die Rev. des Kl. wies das OVG. zurück. Richtig ist zwar, daß nach der vom Kl. angezogenen und auf der bisherigen Lage der Gesetzgebung beruhenden Rspr. des OVG. die Eigenschaft einer polizeilichen Verfügung als einer „politischen“ allein nicht genügt, um sie der Unanfechtbarkeit im regelrechten Rechtsmittelverfahren zu entziehen, und daß ferner von den ordentlichen Polizeibehörden als „Hilfsorganen“ der Geh. Staatspolizei erlassene Verfügungen

der den Verfügungen der Geh. Staatspolizei in allen ihren Gliedern zugesprochenen Unanfechtbarkeit nicht teilhaftig waren (vgl. OVG. 94, 134 ff.; RWBl. 56, 577). Diese Rspr. ist jedoch durch eine Änderung der bestehenden Gesetzgebung auf dem in Betracht kommenden Gebiet überholt. Das Gef. über die Geh. Staatspolizei v. 10. Febr. 1936 (GS. 21) enthält unter Aufhebung der die Geh. Staatspolizei betreffenden Gef. v. 26. April 1933 (GS. 122) und v. 30. Nov. 1933 (GS. 413) sowie der §§ 1—3 DurchfWD. v. 8. März 1934 (GS. 143) im § 7 die Bestimmung, daß Verfügungen und Angelegenheiten der Geh. Staatspolizei der Nachprüfung durch die VerwGer. nicht unterliegen.

Diese Vorschrift ist verfahrensrechtlicher Art. Daran kann kein Zweifel bestehen. Denn sie schließt das verwaltungsgerichtliche Verfahren in bestimmten Fällen aus. Nach der Rspr. des OVG. (vgl. R. u. PrVerwBl. 52, 793 und 894; OVG. 88, 215), die mit der des RG. übereinstimmt, finden neue verfahrensrechtliche Vorschriften vom Zeitpunkt ihres Inkrafttretens auch auf schwebende Verfahren Anwendung, soweit im Gef. nichts Gegenteiliges bestimmt ist, was für das genannte Gef. v. 10. Febr. 1936, das am 11. Febr. 1936 in Kraft getreten ist, nicht gilt. Die VerwGer. sind daher auch in schwebenden Verfahren zur Nachprüfung polizeilicher Anordnungen in dem in § 7 Gef. v. 10. Febr. 1936 bestimmten Umfange nicht mehr befugt, so daß auch vor Erlaß dieses Gef. angebrachte, aber unter dessen Ausschlußvorschrift fallende Verwaltungstreitklagen, wenn sie nicht zurückgenommen werden, wegen Unzulässigkeit des Verfahrens abgewiesen werden müssen.

Es fragt sich daher, ob die erwähnte Bestimmung des § 7 auf den vorliegenden Streitfall Anwendung zu finden hat, was bejaht werden mußte. Der § 7 erklärt für unanfechtbar mit der verwaltungsgerichtlichen Klage Verfügungen und Angelegenheiten der Geh. Staatspolizei. Danach sind also nicht nur die von den einzelnen Dienststellen der Geh. Staatspolizei selbst erlassenen Verfügungen, sondern auch diejenigen Anordnungen sachlichen Inhalts der ordentlichen (Kreis- und Orts-) Polizeibehörden der Anfechtung entzogen, die diese in ihrer Eigenschaft als Hilfsorgane der Geh. Staatspolizei (§ 4 Gef.) in einer Angelegenheit der Geh. Staatspolizei getroffen haben. Aufgabe der Geh. Staatspolizei ist die Erforschung und Bekämpfung aller staatsgefährlichen Bestrebungen. Innerhalb dieses Aufgabenbereichs ergangene Anordnungen der ordentlichen Polizeibehörden, also solche, die offenbar dazu bestimmt sind, dem Schutze der Staatsicherheit nach außen oder innen zu dienen, sind danach unanfechtbar. Auch ob die von der Polizei im Einzelfalle angenommene Gefährdung der Staatsicherheit wirklich bestand, unterliegt, sofern überhaupt der den Anlaß zum polizeilichen Einschreiten bildende Tatbestand als zum Aufgabenbereich der Geh. Staatspolizei gehörig gewertet werden kann, nicht der verwaltungsgerichtlichen Nachprüfung. Denn mit der Entsch. dieser Frage würde bereits in eine sachliche Untersuchung der Rechtmäßigkeit der polizeilichen Verfügung eingetreten werden. Liegen einer polizeilichen Anordnung ernsthafte Erwägungen staatspolizeilicher Natur zugrunde und haben diese in der Verfügung oder sonst erkennbar Ausdruck gefunden, so ist die richterliche Nachprüfung ausgeschlossen. Andererseits kann allerdings die bloße Erklärung einer von einer ordentlichen Polizeibehörde ausgehenden Verfügung zu einer staatspolizeilichen durch die Polizei selbst nicht ausreichen, die Verfügung der Anfechtung zu entziehen. Die Verfügung muß nach Anlaß und Ziel sich selbst als zum Schutze der Staatsicherheit bestimmt kennzeichnen. Die Grenzziehung, die das Gef. v. 10. Febr. 1936 vorgenommen hat, ist, soweit die ordentlichen Polizeibehörden in Betracht kommen, sachlicher, nicht formeller Art. Erhält das angerufene VerwGer. die Überzeugung, daß sich die angefochtene polizeiliche Verfügung einer ordentlichen Polizeibehörde außerhalb des Zuständigkeitsbereichs der Geh. Staatspolizei bewegt oder sich nur äußerlich, aber nicht inhaltlich mit dessen Aufgaben in Verbindung bringt, so steht die Vorschrift des § 7 des genannten Gef. der Anfechtung im Verwaltungstreitverfahren nicht im Wege.

Die im Streit befindliche polizeiliche Verfügung ist hervorgerufen worden aus der Besorgnis, die vom Kl. in der Öffentlichkeit eingenommene Haltung gegen den Reichsbischof und die Reichskirchenregierung werde die Spannungen zwischen den verschiedenen evangelischen Richtungen in N. angehörnden Volksschichten in einer der Staatsautorität abträglichen Weise verschärfen. Die freitige polizeiliche Verfügung gehörte demzufolge ihrem Wesen nach augenscheinlich zum Aufgabengebiet der Geh. Staatspolizei, woraus sich ihre Unanfechtbarkeit gemäß § 7 des Ges. v. 10. Febr. 1936 ergibt.

Die Rev. gegen das klageabweisende Ur. mußte daher zurückgewiesen werden.

(PrDVG., 3. Sen., Beschl. v. 19. März 1936, III C 273/35.)

*

86. § 15 FluchtG. v. 2. Juli 1875 (GS. 561). Anliegerbeiträge. Die Entsch. DVG. 71, 146 ff. wird aufrechterhalten. Sie gilt auch für den Fall des Eigentumswechsels infolge von Einziehung kommunistischen usw. Vermögens auf Grund der Ges. v. 26. Mai und 14. Juli 1933 (RGBl. I, 297 und 479).

Der Oberbürgermeister in R. hat am 21. Aug. 1934 die R.-AltG. wegen des ihr gehörenden Hausgrundstückes K.straße Nr. 1 zu den Kosten des Ausbaues dieser Straße herangezogen. Die R.-AltG. hat gegen diese Heranziehung Einspruch und gegen den diesen verwerfenden Bescheid Klage mit dem Antrage auf Freistellung erhoben. Auf ihre Rev. stellte das DVG. die Kl. frei.

Das genannte Grundstück, auf dem i. J. 1903 ein Haus errichtet worden ist, gehörte früher der „R.-GmbH.“. Nachdem die K.straße in dem betreffenden Abschnitte i. J. 1928 fertiggestellt worden war, zog der Befl. diese Gesellschaft zu den Kosten des Straßenausbaues heran und verwarf ihren Einspruch als unbegründet. Die Gesellschaft beruhte sich hierbei. Auf Grund der Ges. v. 26. Mai und 14. Juli 1933 über die Einziehung kommunist. usw. Vermögens (RGBl. I, 293 u. 479) wurde das Vermögen der Gesellschaft zugunsten des Landes Preußen eingezogen. Dieses übertrug es auf die zum Zwecke der Verwaltung solcher Vermögen gegründete Kl. Letztere wurde als Eigentümerin in das Grundbuch eingetragen.

Kl. erhebt gegen ihre Heranziehung neben anderen den Einwand der Verjährung. Die rechtskräftig gewordene Veranlagung des früheren Eigentümers könne nicht gegen sie wirken, da sie kraft hoheitsrechtlichen Aktes das Eigentum erworben habe und daher nicht Rechtsnachfolgerin des früheren Eigentümers geworden sei. Bei den Anliegerbeiträgen handle es sich nicht um ein „an dem Grundstücke bestehendes Recht“ i. S. des § 3 Satz 2 Ges. v. 26. Mai 1933, nach dem solche Rechte durch die Einziehung des Grundstückes nicht berührt werden.

Das BezVermGer. ist der Auffassung der Kl. nicht beigetreten. Es will zwar in Übereinstimmung mit dem DVG. (DVG. 65, 147 ff.) davon ausgehen, daß selbst bei Rechtsnachfolge die Verpflichtung nicht ohne weiteres infolge rechtskräftiger Veranlagung des früheren Eigentümers auf den späteren übergehe, vielmehr nur die Möglichkeit bestehe, den neuen Eigentümer von neuem heranzuziehen, als hätte er selbst das Gebäude errichtet. Das Heranziehungsrecht des Befl. müsse aber wegen seines — wenn auch bedingt — dinglichen Charakters als Recht am Grundstücke i. S. der genannten Bestimmung gelten. Dies müsse auch als Wille des Gesetzgebers unterstellt werden, da anderenfalls die Rechte der Stadt und ihr geldliches Interesse gefährdet würden. Daher sei keine Verjährung eingetreten. Die Entsch. des DVG. 71, 151 treffe daher den vorl. Fall nicht. Übrigens erscheine sie auch nicht unbedenklich.

Dem vermag sich der erf. Sen. nicht anzuschließen. Freilich hat auch das DVG. in seiner älteren Rspr. den Standpunkt vertreten, daß im Falle der Veräußerung des Grundstückes der Erwerber als Rechtsnachfolger seines Be-

sigvorgängers in dessen Verbindlichkeit eintrete und i. S. des Privatrechts dinglich mit den Kräften des Grundstückes für den Beitrag hafte. Bereits in der Entsch. DVG. 65, 147 hat der Gerichtshof diesen Standpunkt aufgegeben und ausgesprochen, die Beitragsschuld gehe nicht ohne weiteres auf den Erwerber über, dieser müsse vielmehr zu dem Beitrage aufs neue herangezogen werden. Während diese Entsch. die Berechtigung, den Beitrag auch von dem Rechtsnachfolger zu fordern, aus der Eigenart der Entstehung der Beitragspflicht folgert, gleichviel, ob hierin eine Dinglichkeit im gewöhnlichen Sinne zu erblicken sei oder nicht, hat der Gerichtshof in der Entsch. DVG. 71, 146 seinen früheren Rechtsstandpunkt in der Frage der Dinglichkeit gänzlich aufgegeben. Diese Entsch. spricht klar aus, daß die Anliegerbeitragspflicht aus § 15 FluchtG. eine persönliche Pflicht ist, die nicht als dingliche Last auf dem Grundstück ruhe. Jeder spätere Grundeigentümer sei nicht als Rechtsnachfolger seines Eigentumsvorgängers verhaftet, sondern nur kraft seines Eigentums an dem angrenzenden bebauten Grundstücke verhält sich als verpflichtet anzusehen, als habe er selbst das pflichtig machende Gebäude errichtet. Er müsse daher auch besonders herangezogen werden... Andererseits bleibe der für die Entstehung des Beitragsanspruches maßgebende Zeitpunkt der Errichtung des pflichtig machenden Gebäudes und damit der Zeitpunkt der Entstehung der Forderung — von einem neuen Baufall abgesehen — bei einem Eigentumsübergang derselbe. Daraus folge, daß auch der Ablauf der dreijährigen Verjährungsfrist gem. § 87 Abs. 1 Nr. 2 KommAbgG. durch den Eigentumswechsel unberührt bleibe und daß die dem früheren Eigentümer gegenüber erfolgte Unterbrechung dieser Frist für den neuen Eigentümer belanglos sei.

Der erf. Sen. findet keine Veranlassung, von diesem Standpunkte, den der Gerichtshof seither in ständiger Rspr. eingenommen hat, abzugehen. Er macht sich vielmehr die Ausführungen jener Entsch., insbes. bzgl. der Verjährung, in vollem Umfange zu eigen. Er vermag darin auch keine Unbilligkeit gegenüber den Gemeinden zu sehen. Denn die Frist des § 87 Abs. 1 Nr. 2 KommAbgG. ist so geräumig, daß es, von besonderen Fällen abgesehen, der Gemeinde ohne Schwierigkeit möglich sein wird, ihren Anspruch — sei es gegenüber dem zunächst herangezogenen Eigentümer, sei es gegenüber dessen Nachfolger — rechtzeitig geltend zu machen.

Stellt sich danach die Beitragsforderung nicht als ein an dem Grundstücke bestehendes Recht i. S. des § 3 Satz 2 Ges. v. 26. Mai 1933 dar, so lief die Verjährung dieser Forderung, ungeachtet des Überganges des Eigentums an dem fraglichen Grundstücke auf die Kl., zu deren Gunsten weiter und war, da die Forderung mit der am 15. Sept. 1928 erfolgten Aufstellung der Abrechnung entstanden war, zur Zeit der Heranziehung der Kl. bereits eingetreten. Kl. muß daher von den Anliegerbeiträgen, zu denen der Befl. sie veranlagt hat, freigestellt werden. Das war unter Aufhebung der Entsch. des BezVermGer. auszusprechen. Unter diesen Umständen bedurfte es keiner Erörterung darüber, ob nicht der Eigentumsübergang kraft staatlichen Hoheitsaktes den Erwerber allgemein günstiger stellt als der auf Grund eines privatrechtlichen Titels.

(PrDVG., 2. Sen., Ur. v. 11. Febr. 1936, II C 131/35.)

*

87. § 12 GaststättG. v. 28. April 1930 (RGBl. I, 146). Zurücknahme der Schankerlaubnis. Er hebt der Landrat als Ortspolizeibehörde in der Provinz Hannover Klage auf Zurücknahme der Schankerlaubnis, so hat er für eine ordnungsmäßige Vertretung der Ortspolizei in dem Verwaltungsstreitverfahren, das sich unter seinem Vorsitz vor dem KreisvermGer. abspielt, von Anfang an zu sorgen.

(PrDVG., 3. Sen., Ur. v. 27. Febr. 1936, III C 279/35.)
=> RVerwBl. 1936, 469.)

*

88. §§ 56 ff. RWGD. Erteilung eines Wandergewerbescheins. Die Verteilung sog. Scherzbriefe ist weder „Wahrheitsgerei“ noch grober Unfug.

Dem L. ist durch Ur. des BezVerwGer. der Wandergewerbeschein für 1935 zwecks Handels mit Scherzbriefen auf Jahrmärkten und ähnlichen Veranstaltungen erteilt worden, nachdem zuvor sein diesbezüglicher Antrag durch Bescheid des RegPräf. mit der Begründung abgelehnt worden war, der beabsichtigte Handel sei wegen des wahrheitsgerischen Inhalts der Scherzbriefe als grober Unfug anzusehen.

Das BezVerwGer. hat in seinem Ur. die näheren Umstände, unter denen das Publikum gegen einen Betrag von 0,10 RM einen Scherzbrief vermittelt einer elektrischen Apparatur „zieht“, dargelegt und ausgeführt, es handele sich nicht um einen groben Unfug, sondern um einen der vielfach üblichen Jahrmarktscherze harmloser Art, insbes. könne von Wahrheitsgerei nicht die Rede sein. Weder wolle L. wahr sagen, noch könnten die Leute, die sich gegen Zahlung von 0,10 RM automatisch einen der fertig gedruckten Scherzbriefe verabfolgen ließen, annehmen, daß ihnen wahrgesagt werde. Sie träten in keinerlei individuelle Beziehungen zu dem Kl. L., es würden nicht Handlinien gedeutet, Horoskope gestellt, Karten gelegt od. dgl. Dinge getrieben, wie sie sonst bei Wahrheitsgerern als üblich bekannt sind und entsprechend bezahlt zu werden pflegten. Es handele sich vielmehr um eine harmlose Albernheit, um einen auf Kirnmesstimmung berechneten Spaß, der nach den Umständen, unter denen sich der Verkauf vollziehe, auch von Volksgenossen, die den weniger gebildeten Schichten angehören, nicht mißzuverstehen sei. Der persönliche Eindruck des L. als eines zuverlässigen und anständigen Menschen habe weiter das BezVerwGer. in seiner Überzeugung bestärkt, daß es sich nicht um einen Unfug handele, vor dem die Allgemeinheit geschützt werden müsse. Demnach liege kein rechtlicher Grund zur Versagung des Wandergewerbescheins vor.

Giergegen hat der beklagte RegPräf. Rev. eingelegt, indem er seine Auffassung, es handele sich bei dem Verkauf der Scherzbriefe um eine verschleierte Wahrheitsgerei und daher um Verübung groben Unfugs, erneut zum Ausdruck bringt und rügt, daß das BezVerwGer. bei Fällung seiner Entsch. nicht auf den Inhalt der Scherzbriefe eingegangen sei.

Das OVG. versagte der Rev. den Erfolg.

Es ist dem Bekl. selbstverständlich zuzugeben, daß ein Wandergewerbeschein nicht für verbotene oder auch nur unsittliche gewerbliche Leistungen erteilt werden darf. Das BezVerwGer. hat aber festgestellt, daß es sich im vorliegenden Falle um solche Leistungen nicht handele. Soweit es sich dabei um Feststellungen tatsächlicher Art handelt, sind sie infolge der beschränkten Natur des Rechtsmittels der Rev. (§ 94 OVG.) in dieser Instanz der Anfechtung entzogen. Aber auch in rechtlicher Hinsicht ist die Feststellung des BezVerwGer. nicht zu beanstanden. Der Begriff des groben Unfugs ist ebensowenig wie der einer gegen die guten Sitten verstoßenden Handlung verkannt. Der Bordinrichter hat diesen beiden Begriffen mit Recht den Begriff der harmlosen Scherzhandlung gegenübergestellt, die mit der fröhlich ausgelassenen Stimmung eines Jahrmarkts rechnet und viel weniger darauf abzielt, in dem Käufer eines Scherzbriefes den Glauben an irgendwelche darin als zukünftig angedeuteten Dinge zu erwecken, als ihn zur Freude, vielfach auch zur harmlosen Schadenfreude seiner Begleiter und der umstehenden Personen, als einen Charakter gekennzeichnet zu sehen, dessen angebliche Eigenschaften sich in der Zukunft in dieser oder jener Weise auswirken könnten. Hierdurch ist der Unterschied zwischen dem Inhalt der Scherzbriefe, die den Empfänger und andere Leser belustigen wollen, gegenüber Prophezeiungen gezogen, die ernst genommen werden wollen, weil sie geglaubt werden wollen.

Hieraus ergibt sich auch schon, daß die Rüge des Bekl. nicht geht, das BezVerwGer. habe es an einer genügenden Aufklärung des Sachverhalts fehlen lassen, indem es auf den

Inhalt der Scherzbriefe nicht eingegangen sei. Das BezVerwGer. hat ohne Eingehen auf den wörtlichen Inhalt den Sinn der Briefe in zutreffender und erschöpfender Weise gewürdigt.

(PrOVG., 3. Sen., Ur. v. 16. Jan. 1936, III C 135/35.)

*

89. § 1 Abs. 2 GewStWD. Gewerbesteuerpflicht von Buchmachersgehilfen. Buchmachersgehilfen sind auch dann als selbständige Gewerbetreibende anzusehen und daher gewerbesteuerpflichtig, wenn sie ihre Tätigkeit in Geschäftsräumen ausüben, die ihnen von dem Buchmacher, als dessen Gehilfen sie arbeiten, zugewiesen sind (sog. Filialleiter).

(PrOVG., 8. Sen., Entsch. v. 7. Jan. 1936, VIII GST 116/34.)

(= RVerwBl. 1936, 295.)

*

90. §§ 1 Abs. 2, 8 GewStWD. v. 23. Nov. 1923 (GS. 519) und v. 15. März 1927 (GS. 21). Aufsichtsratsbezüge. Die Bezüge der Aufsichtsratsmitglieder sind niemals Ertrag aus einer selbständigen gewerbesteuerrechtlichen Tätigkeit. Dies gilt auch von den Aufsichtsratsbezügen eines RA.

Bei der Veranlagung des Kl. G. zur Gewerbeertragsteuer für 1932 ist allein die Frage streitig, ob die von dem StPfl. i. F. 1931 bezogene Aufsichtsratsantenne in Höhe von 8000 RM dem Gewerbeertrage, der aus der Ausübung des Rechtsanwaltsberufs herrührt, hinzuzurechnen ist.

Im Gegensatz zu dem Gewerbeauschuss, dessen Vorsitzender gegen die Veranlagung Ber. eingelegt hatte, hat der VerAussh. die Aufsichtsratsantenne als steuerbaren Gewerbeertrag angesehen. Nach seiner Auffassung ist die Tätigkeit eines RA. als Aufsichtsratsmitglied Ausfluß des Rechtsanwaltsberufs. Nicht gewerbesteuerbar seien die Bezüge eines RA. als Aufsichtsratsmitglied nur dann, wenn der RA. nachweise, daß er in das Amt eines Aufsichtsratsmitgliedes nicht in seiner Eigenschaft als RA. berufen worden sei. Diesen Nachweis habe im vorl. Falle der StPfl. nicht erbracht.

Der RBeschw. des StPfl. gab das OVG. statt.

Der VerAussh. befindet sich im Rechtsirrtum, wenn er unter Ber. auf die beiden Urteile des RStB. v. 19. Mai 1932 (RStBl. 1932, 730 ff., 731 ff. Nr. 733, 734) annimmt, daß die Tätigkeit eines Aufsichtsratsmitgliedes eine selbständige gewerbesteuerpflichtige Tätigkeit darstellt und daher im Rahmen der selbständigen Rechtsanwaltspraxis ausgeübt werden kann. Er übersieht die Rechtsgrundsätze, die das OVG. in seiner grundlegenden Entsch. v. 17. April 1928 (OVG. 82, 37; PrVerwBl. 49, 594) über die gewerbesteuerrechtliche Behandlung von Aufsichtsratsmitgliedern aufgestellt hat.

Das OVG. hat in der vorgenannten Entsch. ausgesprochen, daß die Aufsichtsratsmitglieder einer AktG. als Arbeitnehmer i. S. des § 8 Abs. 2 GewStWD. gelten und als solche in den Organismus des Unternehmens eingewordnet sind; die an sie gezahlten Vergütungen gehören ebenso wie Löhne der Arbeiter und Gehälter der Angestellten zur steuerbaren Lohnsumme (vgl. auch R. u. PrVerwBl. 54, 635, 656).

Hiermit ist anerkannt, daß auf dem Gebiete des Gewerbesteuerrechts die Aufsichtsratsmitglieder eine unselfständige Tätigkeit im Rahmen des gewerblichen Unternehmens ausüben. Dies gilt für Aufsichtsratsmitglieder allgemein, ohne daß für RA. eine Ausnahme gemacht werden könnte. Für das Gewerbesteuerrecht ist die Frage bedeutungslos, ob und wann die Tätigkeit eines RA. als Aufsichtsratsmitglied in den Bereich der rechtsanwaltschaftlichen Berufstätigkeit fallen kann. Denn im gewerbesteuerrechtlichen Sinne ist diese Tätigkeit niemals eine selbständige i. S. des § 1 Abs. 2 GewStWD., diese

aber wäre die notwendige Voraussetzung der Gewerbesteuerbarkeit. Wenn der Rf. seinerzeit im Anschluß an ein Gutachten des ehemaligen Deutschen Anwaltsvereins einen anderen Standpunkt eingenommen hatte, so mag dahingestellt bleiben, ob dieser Rechtsstandpunkt sich auch nach den heutigen Rechtsverhältnissen aufrechterhalten läßt. Mit der Möglichkeit, daß die heutigen Organe des Anwaltstandes einen von dem Gutachten des ehemaligen Deutschen Anwaltvereins abweichenden Standpunkt über die wirtschaftliche Beschäftigung eines RA. einnehmen, ist immerhin zu rechnen. Darauf kommt es hier aber nicht an. Auf keinen Fall kann der damalige Rechtsstandpunkt des Rf., der auf einem ganz anderen Rechtsgebiete vertreten wurde, für das preußische Gewerbesteuerrecht als maßgeblich erachtet werden.

(PrDVG., 8. Sen., Entsch. v. 29. Okt. 1935, VIII G St 18/34.)

*

91. §§ 4, 5, 9, 12, 19, 20, 21 EvKirchStG. vom 26. Mai 1905 (KirchGuVBl. 31). über die Kirchensteuerpflicht der Ehefrau nach ev. Kirchensteuerrecht. Die Ehefrau ist zur Anfechtung eines gegen ihren Ehemann ergangenen Kirchensteuerbescheides, der gem. § 22 EinkStG. 1925 auch ihr eigenes Einkommen erfasst, nicht befugt. Dies gilt auch dann, wenn die Ehegatten inzwischen geschieden sind. Die Grundsätze der § 95 Abs. 2 RAbgD. 1919, § 115 Abs. 2 RAbgD. 1931 (jetzt § 7 Abs. 2 StAnpassG.) gelten nicht im preuß. Kirchensteuerrecht. Zur Frage der Doppelbesteuerung in Kirchensteuerfällen.

(PrDVG., 8. Sen., Urte. v. 3. Dez. 1935, VIII C 28/35.)
Abgedr. RVerwBl. 1936, 254³.

*

92. Art. 11 Abs. 1 und Art. 17 Abs. 1 StaatsG. betr. Kirchenverf. der ev. Landeskirchen vom 8. April 1924 (GS. 221). Ein Baubefehl nach Art. 17 StaatsG. betr. Kirchenverf. der ev. Landeskirchen v. 8. April 1924 schließt die Vornahme einer Zwangseintr. nach Art. 11 a. a. D. nicht aus, sondern schafft erst die Grundlage für sie. Die durch Rezekß erfolgte Ablösung einer ortsrechtlichen den Grundbesitzern gegenüber der Pfarre obliegenden Verpflichtung zur Tragung von Holzwerbungs- und Anfuhrkosten bewirkt, daß diese Verpflichtung nunmehr endgültig der Pfarrstelle obliegt und auch nach Verlust des Ablösungskapitals nicht wieder bei dem früheren Träger auflebt.

(PrDVG., 8. Sen., Urte. v. 13. Aug. 1935, VIII A 23/32.)

*

93. § 574 II 11 ABK.; Art. 1 Ges. betr. Anordnung kirchl. Neu- und Reparaturbauten in den kath. Diözesen v. 24. Nov. 1925 (GS. 161). Patronatsbaulast. Bei kirchlichen Baulaststreitigkeiten ist die Frage des Bestehens oder Nichtbestehens des Patronats als eine Vorfrage vom Verwaltungsrichter mitzuentcheiden. Der für die erwerbende Verjährung von Patronatsrechten und -pflichten vom erk. Sen. wiederholt angewandte Grundsatz „quantum possessum, tantum praescriptum“ ist auch

auf den Fall der Nichtausübung von Patronatspflichten auszudehnen.

(PrDVG., 8. Sen., Urte. v. 7. Jan. 1936, VIII C 24/33.)
Abgedr. RVerwBl. 1936, 363¹.

*

94. § 15 B D StrD. v. 27. Jan. 1932 (GS. 59). Verjährung. Wenn ein Dienstvergehen auch gegen ein Strafgesetz verstößt, finden gemäß § 15 Abs. 2 B D StrD. v. 27. Jan. 1932 die Vorschriften des R St G B. auf die Verjährung Anwendung. Deshalb unterbricht jede richterliche Handlung im Strafverfahren gemäß § 68 R St G B. zugleich auch die Verjährung im Dienststrafverfahren.

Der Vorderrichter hat den Abs. 2 des § 15 B D StrD. v. 27. Jan. 1932 nicht beachtet. § 15 Abs. 1, welcher eine Verjährung in fünf Jahren vorsieht, weiter den Beginn und das Ruhen der Verjährung behandelt, bezieht sich nur auf solche Dienstvergehen, die lediglich dienststrafrechtlich zu ahnden sind. Der Abs. 2 dagegen behandelt, wie schon die Gegenüberstellung durch besondere Absjabbildung erkennen läßt, etwas anderes, nämlich solche Verfehlungen, die auch gegen ein Strafgesetz verstoßen. Für diese Fälle schreibt Abs. 2 vor, daß die Verfolgung des Dienstvergehens nicht früher verjährt als die der Straftat. Anzutreffend ist demnach die Auslegung, die der Angeschuldigte dieser Best. dahin geben will, nur die bei Straftaten längere Verjährungsfrist von 10 oder 15 usw. Jahren solle an Stelle der normalen Frist von fünf Jahren des Abs. 1 treten, wenn das Dienstvergehen zugleich eine Straftat mit längerer Strafverfolgungsfrist darstellt; weil die streitigen Vergehen auch strafrechtlich nach fünf Jahren verjährt, bedeute der Abs. 2 vorliegend keine Änderung. Der Sinn des Abs. 2 ist, wie nach dem Wortlaut gar nicht zweifelhaft sein kann, vielmehr der: Wenn eine Verfehlung eines Beamten zugleich gegen ein Strafgesetz verstößt, verjährt die Dienststrafverfolgung nicht früher als die Strafverfolgung. Dies läßt sich aber nur erreichen, wenn die Strafverfolgung verjährt ist. Sonach gelten die Best. des R St G B. über die Verjährung der Strafverfolgung mittelbar auch für die Verjährung der Dienststrafverfolgung. Dies hat u. a. zur Folge, daß jede Handlung des Strafrichters, welche wegen der begangenen Tat gegen den Täter gerichtet ist, nicht nur gemäß § 68 Abs. 1 R St G B. die Verjährung der Strafverfolgung, sondern auch die Verjährung im Dienststrafverfahren unterbricht mit der Wirkung, daß nach der Unterbrechung eine neue Verjährung beginnt (§ 68 Abs. 3 a. a. D.).

(PrDVG., 9. [Dienststr.] Sen., Urte. v. 20. Jan. 1936, IX D 52/35.)

*

95. § 26 Pr B D StrD. v. 27. Jan. 1931 i. d. Fass. des Ges. v. 18. Aug. 1934 (GS. 353). Beamten-eigenschaft des Untersuchungsführers. Ein Dienststrafverfahren, in dem ein Nichtbeamter als Untersuchungsführer mitgewirkt hat, entspricht nicht den gesetzlichen Erfordernissen, die insbes. an eine geschäftliche Voruntersuchung zu stellen sind. Es muß daher auf Einstellung des Verfahrens erkannt werden.

(PrDVG., 1. [Dienststr.] Sen., Urte. v. 10. Jan. 1936, I D 72/35.)

(= RVerwBl. 1936, 190.)