

Juristische Wochenschrift

Organ der Reichsgruppe Rechtsanwälte des NS. Rechtswahrer-Bundes
Herausgegeben von dem Reichsgruppenwalter Rechtsanwälte Dr. H. Droege

Leistungen und Entgelte im Rahmen der Preisbildung und -überwachung

Von Landgerichtsdirektor Dr. Römer, Abteilungsleiter beim Reichskommissar für die Preisbildung

Das Gesetz zur Durchführung des Vierjahresplans vom 29. Okt. 1936 hat den Reichskommissar für die Preisbildung zur Preisfestsetzung und -überwachung für Güter und Leistungen jeder Art bestellt, insbesondere für alle Bedürfnisse des täglichen Lebens, für die landwirtschaftliche, gewerbliche und industrielle Erzeugung, für den Verkehr mit Gütern und Waren jeder Art und für sonstige Entgelte. Auf Grund der in diesem Gesetz erteilten Ermächtigung ist am 26. Nov. 1936 die WD. über das Verbot von Preiserhöhungen ergangen. Danach sind Preiserhöhungen für alle oben erwähnten Güter und Leistungen mit Rückwirkung vom 18. Okt. 1936 verboten. Daß die PreisstopWD. für alle Güter, d. h. für alle Waren gültig ist in allen Bevölkerungskreisen bekannt. Die Erzeuger und Verbraucher haben sich insoweit auf die PreisstopWD. eingestellt. Dagegen ist bisher nicht allgemein bekannt, in welchem Umfang auch alle Leistungen der PreisstopWD. unterliegen.

Was im einzelnen unter Leistungen zu verstehen ist, wird im Gesetz nicht näher gesagt. Der Begriff Leistung entspricht hier sicherlich nicht dem umfassenderen im § 241 BGB., vielmehr bedeutet „Leistung“ im Sinne der PreisstopWD. alles das, was im Gegensatz zu den Gütern, also den Waren steht. Als solche Leistung kommt in Frage alles, was Gegenstand von Werkverträgen sein kann, insbesondere die Güter- und Personenbeförderung, ferner Mieten und Pachten, kulturelle Leistungen, z. B. Theater, Konzerte, Zeitungsanzeigen, Darlehen u. a. m.

Außer den Leistungen sind in § 1 PreisstopWD. noch besonders alle sonstigen Entgelte erwähnt. Unter „Entgelte“ sind hier alle Gegenleistungen zu verstehen, die nicht unter den Begriff Preis fallen. Der Ausdruck Entgelte ist hier in einem andern Sinne zu verstehen als etwa in § 160 BGB. Während dort als Entgelt in erster Linie Gehalt und Lohn sowie alle Nebenbezüge bezeichnet werden, bedeutet Entgelt im Sinne der Preisbildung alles das, was eine Gegenleistung für eine Ware oder eine Leistung ist. Die wichtigsten Fälle der Entgelte sind solche Gegenleistungen, welche im Austausch gegen eine andere Leistung erfolgen. Sei es, daß beide Leistungen durch gegenseitigen Vertrag versprochen werden, sei es, daß die Gegenleistung Bedingung für die Leistung ist. Das Entgelt ist in der Regel ein Vermögensvorteil, durch welchen die Zuwendung ausgeglichen werden soll.

Unter solche Entgelte fallen beispielsweise die Versicherungsprämien, Beiträge zu Vereinen, Körperschaften des privaten und öffentlichen Rechts, auch der Partei und ihren Unterorganisationen, Gebühren, Kurtaxen usw. Im einzelnen ist es nicht leicht, den Kreis genau abzugrenzen. In jedem Falle setzt aber das Entgelt eine Gegenleistung voraus.

An sich fallen unter die Entgelte auch Löhne und Gehälter. Indessen unterliegen gerade diese wichtigen Entgelte nicht der Einwirkung des Reichskommissars für die Preisbildung. Gemäß § 1 des Gef. v. 29. Okt. 1936 bleiben die gesetzlichen Vorschriften über die Überwachung und Gestaltung der Löhne und Gehälter, im besonderen die Vorschriften des

ArbZG., unberührt. Es ist nicht zu verkennen, daß diese Ausnahmebestimmung einen wesentlichen Teil der Preisgestaltung anderen Stellen überträgt. Es ist deshalb Vorsorge getroffen, daß im Falle von Gehaltserhöhungen enge Fühlung mit den Preisbildungsstellen genommen wird.

Nicht unter die Entgelte fallen weiter die Steuern. Steuern sind einmalige oder laufende Geldleistungen, die nicht eine Gegenleistung für eine besondere Leistung darstellen (§ 1 KAbgD.). Dies gilt ohne Einschränkung für die direkten Steuern, und zwar sowohl für staatliche als für kommunale Steuern. Grundsätzlich gilt dies auch für indirekte Gemeindesteuern. Da diese jedoch, insofern sie Verbrauchsteuern sind (Gemeindebiebersteuer, Gemeindegetränksteuer, Vergnügungssteuer), auf den Verbraucher abgewälzt zu werden pflegen, kann ihre Erhöhung Einfluß auf die Preisgestaltung haben. Deshalb hat sich der Preiskommissar insoweit eine Mitwirkung vorbehalten.

Nicht unter die Steuern fallen dagegen die Gebühren und Beiträge. Sie sind ihrem Wesen nach Entgelte für besondere Leistungen oder besondere Vorteile und unterliegen daher der WD. über das Verbot von Preiserhöhungen. Anträge auf Einführung oder Erhöhung von Gebühren und Beiträgen sind daher den zuständigen Preisbildungsstellen zur Entscheidung vorzulegen. Das Verbot der Preiserhöhung gilt namentlich auch für die Entgelte, die die Gemeinden als Träger von Versorgungsbetrieben fordern, und zwar gleichgültig, ob das Entgelt auf privatrechtlicher (Preis) oder auf öffentlich-rechtlicher Grundlage (Gebühr) geschuldet wird.

Hinsichtlich der oben genannten Leistungen und Entgelte sind gemäß § 2 des Gef. v. 29. Okt. 1936 alle bisher anderen obersten Reichsbehörden auf dem Gebiete der Genehmigung, Festsetzung, Überwachung oder Bildung von Preisen und Entgelten zugewiesenen Aufgaben und Befugnisse auf den Reichskommissar für die Preisbildung übergegangen. Er ist daher für alle diese Aufgaben zuständig. Alle ohne seine Mitwirkung ergehenden Anordnungen sind mithin ungesetzlich. Da indessen die Preisregelung allein in vielen Fällen nicht aus dem gesamten Kreis der damit zusammenhängenden wirtschaftlichen Vorgänge herausgerissen werden kann, ist es selbstverständlich, daß alle Maßnahmen des Reichskommissars für die Preisbildung in engerster Fühlungnahme mit denjenigen obersten Reichsbehörden erfolgen, denen bisher die betreffenden Aufgaben und Befugnisse zugewiesen waren.

Es bedarf keiner näheren Begründung, daß die Preisüberwachung und Preisbildung auf dem Gebiete der Leistungen und Entgelte genau die gleiche Bedeutung hat wie auf dem Gebiet der Güter und Waren. Ebenso wie dem Kaufmann verboten wird, seine Preise für seine Erzeugnisse zu erhöhen, muß er davor bewahrt werden, daß andere Stellen ihre Entgelte erhöhen. Für den einzelnen Volksgenossen ist es genau so drückend, wenn er für seine Kleidung oder seine Lebensmittel höhere Preise zahlen muß, wie wenn etwa seine Miete oder seine Versicherungsprämie erhöht wird. Aus diesem Grunde hat der Reichskommissar für die Preisbildung auch der Be-

arbeitung der Entgelte sowie der Preisbildung für Leistungen jeder Art seine besondere Aufmerksamkeit gewidmet. Im einzelnen unterliegen der Preisüberwachung insbesondere folgende Gebiete:

I. Verkehr

a) Frachten.

Von entscheidendem Einfluß auf die Warenpreise sind die Frachten. Es muß daher mit allen Mitteln dahin gestrebt werden, jede Art von Frachterhöhung zu vermeiden. Das Bestreben des Reichskommissars für die Preisbildung geht weiter dahin, nach Möglichkeit eine Herabsetzung der Transportkosten zu erreichen. Dies gilt sowohl hinsichtlich der Eisenbahnfrachten wie auch hinsichtlich der Schiffsfrachten. Allerdings sind die Schiffsfrachten und Passagen gemäß IV der 1. AB. v. 30. Nov. 1936 vorläufig von der PreisstopWD. ausgenommen. Hierbei sei bemerkt, daß sich die Einschränkung im 2. Halbsatz „die auf zwischenstaatlichen Verträgen beruhen“ nicht auf die Schiffsfrachten und Passagen beziehen und daß unter die Schiffsfrachten sowohl die See- und Binnenschiffsfrachten fallen. Das bedeutet aber nicht, daß ihre Überwachung der Zuständigkeit des Reichskommissars für die Preisbildung entzogen ist. Vielmehr hat der Reichskommissar für die Preisbildung überall da eingegriffen, wo eine unbillige Erhöhung der Schiffsfrachten erfolgt ist. Endlich unterliegen der Zuständigkeit des Reichskommissars für die Preisbildung auch die Beförderungsentgelte im gewerblichen Güterkraftfahrzeugverkehr und im Fuhrverkehr.

b) Personenverkehr.

Auch die Beförderungssätze des Personenverkehrs dürfen über den Stand vom 18. Okt. 1936 nicht erhöht werden. Für denjenigen, der auf die Benennung von Beförderungsmitteln angewiesen ist, bedeutet eine auch noch so geringe Erhöhung der Fahrpreise eine erhebliche Belastung, die nach Möglichkeit vermieden werden muß. Auch bei dem Personenverkehr mit Kraftfahrzeugen ist der Reichskommissar für die Preisbildung bestrebt, eine Erhöhung der Beförderungssätze zu vermeiden. Allerdings hat die Erhöhung der Mineralölsteuer sowie die Einführung der Beförderungsteuer preiserhöhend gewirkt. Aus grundsätzlichen Erwägungen hat indessen der Reichskommissar für die Preisbildung sich nicht damit einverstanden erklärt, daß diese Steuer generell auf die Abnehmer abgewälzt werden darf, vielmehr hat der Unternehmer nach Möglichkeit durch Einsparung an anderer Stelle eine Ermäßigung so weit durchzuführen, daß sie in der Wirkung die durch die Steuer notwendige Preiserhöhung ausgleicht. Nur da, wo es zur Aufrechterhaltung der Wirtschaftlichkeit des Betriebes unbedingt notwendig ist, sind die Unternehmer ermächtigt, Tarifierhöhungen vorzunehmen, die sich aber stets im Rahmen der tatsächlich zu zahlenden Steuern halten müssen.

c) Spedition und Lagerei.

Auch für die Sätze der Spediteure und Lagerhalter sowie die der anderen Hilfsgewerbe des Verkehrs ist der Reichskommissar für die Preisbildung zuständig. Auch sie unterliegen der PreisstopWD. und dürfen in keiner Weise ihre Tarife und sonstigen Bedingungen erhöhen bzw. verändern. Solche Verhandlungen haben insbesondere stattgefunden mit den Spediteuren in Hamburg, Bremen und Stettin.

II. Mieten und Pachten

Ein wichtiges Gebiet der Leistungen und Entgelte ist die Miet- und Pachtpreisbildung. Die Miete ist lebensnotwendig für jeden Volksgenossen, sie bildet einen erheblichen Bestandteil der Aufwendungen, die jeder einzelne zu machen hat. Aus diesem Grund hat der Reichskommissar für die Preisbildung gerade diesem Gebiet von vornherein seine besondere Aufmerksamkeit zugewandt. Bereits in der 1. AusfWD. sind in Abs. III Sonderbestimmungen für die Miete getroffen. Zweck dieser Vorschriften ist auf der einen Seite, unter Aufrechterhaltung der bisherigen Bestimmungen das Mietniveau vom 18. Okt. 1936 auf jeden Fall bestehen zu lassen, andererseits besondere Härten für den Hauseigentümer zu vermeiden. Für die bisher dem RMietG. noch unterliegenden Wohnungen sind

die bisherigen Leistungen des RMietG., die sich bewährt haben, aufrechterhalten. Mit Rücksicht auf den noch immer herrschenden Wohnungsmangel genügt die Vorschriften dieses Gesetzes indessen nicht. Aus diesem Grunde ist bestimmt, daß die PreisstopWD. auch auf alle übrigen Wohnungen und Geschäftsräume Anwendung zu finden hat. Um indessen unnötige Härten zu vermeiden, ist vorgeesehen, daß unter besonderen Voraussetzungen solche Mieten, die erheblich unter dem normalen Mietniveau liegen, heraufgesetzt werden können. Voraussetzung hierfür ist eine im Einzelfall zu erteilende Ausnahmegenehmigung gemäß § 3 PreisstopWD. Dem Wunsche einzelner Stellen, insofern eine generelle Genehmigung zur Heraufsetzung zu erteilen, konnte aus grundsätzlichen Erwägungen nicht stattgegeben werden. Darüber hinaus erschien es erforderlich, eine Reihe von Einzelbestimmungen zu erlassen, auf die im einzelnen hier nicht eingegangen werden kann. Wegen der Bedeutung der Mietpreisbildung ist in kürzester Zeit mit einer eingehenden Neuregelung zu rechnen.

III. Versicherungen

Daß auch die Versicherungen, und zwar sowohl die Sozialversicherungen wie auch die privaten und öffentlich-rechtlichen Versicherungen, unter die PreisstopWD. fallen, kann keinem Zweifel unterliegen. Die Sozialversicherung belastet den einzelnen Arbeitgeber und Arbeitnehmer nicht unerheblich. Es muß daher auch hier jede Beitragserhöhung vermieden werden. Das gleiche gilt von allen privaten und öffentlich-rechtlichen Versicherungen, sei es auf dem Gebiet der Kranken-, Haft-, Pflicht-, Feuer- oder sonstigen Versicherung. Wenn auch der Abschluß einer Versicherung nicht völlig vergleichbar ist mit dem Kauf einer Ware, so kann gleichwohl das allgemeine Preisniveau durch Erhöhung von Versicherungsprämien erheblich verändert werden. Allerdings ist die Frage, ob eine wirkliche Erhöhung vorliegt, oder ob der erhöhten Prämie eine gesteigerte Leistung entspricht, nicht immer leicht zu entscheiden. Nur dann, wenn eine wirkliche Preiserhöhung vorliegt, wird ein Eingreifen des Reichskommissars für die Preisbildung erforderlich. Sowohl auf dem Gebiet der Sozialversicherung als auf dem Gebiet der Privatversicherung bestehen überdies seit langem Behörden, denen eine Aufsicht und eine Kontrolle über die Versicherungen übertragen sind. Es bedarf keiner weiteren Ausführungen, daß mit diesen Behörden für alle etwa in Frage kommenden Preiserhöhungen ein vertrauensvolles Zusammenarbeiten erforderlich ist. Da indessen die Tätigkeit dieser Behörden auch von anderen Gesichtspunkten aus bestimmt wird, ist es nicht möglich, ihnen allein die Befugnis des Reichskommissars für die Preisbildung zu übertragen. Es ist also ausdrücklich festzustellen, daß die diesen Behörden gesetzlich übertragenen Aufsichtsrechte selbstverständlich nicht fortgefallen sind; die Aufsicht ist aber durch das Ges. v. 29. Okt. 1936 und die WD. v. 26. Nov. 1936 dahin ergänzt, daß bei Beitragserhöhungen und bei Leistungsherabsetzungen — diese sind nach § 1 Abs. 2 der WD. über das Verbot von Preiserhöhungen v. 26. Nov. 1936 ebenfalls als Preiserhöhung anzusehen — neben der Zustimmung der Aufsichtsbehörden auch eine Genehmigung des Reichskommissars für die Preisbildung erforderlich ist. Nach dem 18. Okt. 1936 eingetretene Prämien- und Beitragserhöhungen sind hiernach auch dann ungesetzlich und nichtig, wenn zwar die Genehmigung der Aufsichtsbehörde erteilt ist, aber eine Zustimmung des Reichskommissars für die Preisbildung nicht vorliegt.

Es ist das ernsteste Bestreben des Reichskommissars, in Übereinstimmung mit anderen zuständigen obersten Reichsbehörden einen Weg zu finden, der es vermeidet, daß eine Entscheidung erst nach endlosem Instanzenzug von der Auffassung einer Reihe staatlicher Stellen abhängig gemacht wird; es muß vielmehr unbedingt angestrebt werden, die Gefahr zeitlicher Verzögerung zu vermeiden.

Im Zusammenhang mit den Versicherungsfragen stehen die Gebühren der Ärzte, Apotheker und Pflegeanstalten. Auch hier wird ständig eine Kontrolle seitens des Reichskommissars für die Preisbildung ausgeübt, um eine Erhöhung der Belastungen der Krankenkassen und damit des einzelnen Volksgenossen zu verhindern.

IV. Bank- und Börsenwesen

Zu den Entgelten, die der Überwachung und Gestaltung des Reichskommissars für die Preisbildung unterliegen, gehören auch die Entgelte für Kapitalnutzung, also Zinsen und Provisionen, ebenso die als Entgelte für Leistungen im Kreditverkehr berechneten Provisionen und Gebühren. In der national-sozialistischen Volkswirtschaft ist die von der liberalistischen Wirtschaftstheorie der Zinspolitik zugewiesene Aufgabe, den Umfang der Geld- und Kreditmenge innerhalb der Volkswirtschaft zu bestimmen und dadurch indirekt auf die Preisgestaltung einzuwirken, völlig in den Hintergrund getreten. Infolgedessen hat der Zinsfuß gegenwärtig in Deutschland überwiegend die Bedeutung eines Kostenfaktors. Wirtschaftspolitisch erstrebenswert ist also ein möglichst niedriger Zinsfuß. Nachdem die überhöhten Zinsfüße in den letzten Jahren durch eine Reihe wohlberechneter Maßnahmen der Reichsregierung und der Reichsbank auf ein wirtschaftlich tragbares Maß gesenkt wurden, ist ihre Bedeutung für die Unkostenrechnung im allgemeinen wesentlich zurückgegangen. Dadurch sind die dem Reichskommissar für die Preisbildung auf dem Gebiete der Kreditkosten obliegenden Aufgaben beträchtlich erleichtert worden. Hinzu kommt, daß große Teilgebiete des Geld- und Kapitalmarktes bereits anderen staatlichen Aufsichtsbehörden unterstellt sind, und daß in weitem Umfang gesetzliche Vorschriften über die Berechnung von Zinsen und Provisionen erlassen worden sind. Soweit sich im Bereich des organisierten Geld- und Kapitalmarktes für den Reichskommissar für die Preisbildung Veranlassung bietet, preisgestaltend einzugreifen, wird er dies im Einvernehmen mit den in Betracht kommenden Aufsichtsbehörden tun.

V. Leistungen und Entgelte auf kulturellem Gebiet

Der Bereich der „kulturellen Leistungen“ erstreckt sich insbesondere auf alle Leistungen und Entgelte auf dem Gebiete des Theater-, Film-, Musik-, Rundfunk-, Presse- und Büchereiwesens, sowie der Museen. Es gehören somit hierzu z. B. die Leihgebühren für Notenmaterialien für Opern- und Operettenaufführungen. Das gleiche gilt für die Filmverleihgebühren. Ebenso bedürfen Erhöhungen der Lizenzgebühren für Aufführungsrechte in Konzerten, im Rundfunk oder bei anderen öffentlichen musikalischen Veranstaltungen der Genehmigung auf Grund der PreisstopV. Auch die Lizenzen für Patente z. B. bei Rundfunkgeräten fallen hierunter. Für den „Verbraucher“ ist in diesem Rahmen die Regelung der von den Theatern, Kinos, Varietébühnen, Museen usw. demforderten Eintrittspreise von besonderer Bedeutung. Auf dem Gebiete des Pressewesens nehmen vor allem die Bezugs- und Anzeigenpreise der Zeitungen und Zeitschriften einen weiten Raum ein. Bezüglich des Büchereiwesens seien die Gebühren der Leihbüchereien und Lesezirkel erwähnt.

Der früheren, durch einen ungefunden Wettbewerb verursachten Vielgestaltigkeit und Willkür der Preisbildung auf

dem Gebiete des kulturellen Lebens ist im wesentlichen bereits durch die Bemühungen der einzelnen der Reichskulturkammer angeschlossenen Sonderkammern ein Ende gemacht worden. Die Theater-, Film-, Musik-, Rundfunk-, Presse- und Schrifttumskammer sowie die Kammer für die bildenden Künste haben auf Grund der straffen organisatorischen Zusammenfassung ihrer Mitglieder für eine volkswirtschaftlich wünschenswerte und einheitliche Preisgestaltung, soweit diese in Dingen der Kultur überhaupt möglich ist, wertvolle Arbeit leisten können. Bei der Erledigung der dem Reichskommissar für die Preisbildung gestellten Aufgaben sind deshalb die einzelnen Kulturkammern einschl. des Propagandaministeriums, dem sie unterstehen, die gegebenen Mitarbeiter. Vor allem wird diese Arbeit von Wert sein, wenn Umgehungen der PreisstopV. zu verhindern sind, die zuweilen in der Weise versucht werden, daß man ohne vorherige Zustimmung der Preisbildungsstellen oder des Reichskommissars vorgenommene Preiserhöhungen damit begründet, es handle sich um eine neue Leistung, auf die die PreisstopV. nicht anzuwenden sei und für die vor dem 18. Okt. 1936 ein vergleichbarer Preis nicht bestanden habe. Es ist nicht zu verkennen, daß für kulturelle, künstlerische Leistungen die Festsetzung eines „Preises (Entgeltes)“ gewisse Schwierigkeiten bereitet. Gleichwohl lassen sich aber auch hierfür, wie bereits die Erfahrung gelehrt hat, allgemeine Richtlinien, Anhaltspunkte und Vergleichsätze finden.

VI. Beiträge

Ein wichtiges Gebiet der Entgelte sind endlich die Beiträge. Es ist nicht zu verkennen, daß das Bruttoeinkommen jedes Volksgenossen, abgesehen von Steuern und Versicherungen, sehr belastet wird durch Abzüge für Berufsverbände, Parteiorganisationen und deren Gliederungen. Jede Erhöhung dieser Beiträge würde zu einer Verringerung des Nettoeinkommens führen. Die Überwachung dieser Beiträge ist daher eine der Hauptaufgaben des Reichskommissars für die Preisbildung. Eine Senkung der Beiträge würde zu einer Erhöhung des Nettoeinkommens führen. Es unterliegt daher ernstester Prüfung, ob insoweit eine Entlastung der einzelnen Volksgenossen erfolgen kann.

Außer diesen Beiträgen, die den einzelnen unmittelbar treffen, unterliegen der Aufsicht auch die Beiträge öffentlicher Körperschaften, z. B. Beiträge der Handelskammern, der Überwachungsstellen, des Reichsfremdenverkehrsverbandes. Auch hier muß jede Erhöhung möglichst vermieden werden, da andernfalls die davon betroffenen Kreise oder Gemeinden mit Recht auch ihrerseits eine Erhöhung ihrer Einnahmen fordern würden.

Zusammenfassend ergibt sich also, daß die Preisbildung und Preisüberwachung auf dem Gebiet der Leistungen und Entgelte von gleicher Wichtigkeit ist als die auf dem Gebiet des Güterverkehrs. Nur wenn alle Vorgänge der Wirtschaft erfaßt werden, ist die schwierige und mühevollere Aufgabe des Reichskommissars für die Preisbildung zu lösen.

Neue Durchführungsvorschriften zum Arbeitsordnungsgesetz

Von Dr. Günther Schelp, Regierungsassessor im Reichs- und Preussischen Arbeitsministerium

Im Gegensatz zu den meisten anderen Rechtsgebieten befindet sich das Arbeitsrecht, das erst auf eine verhältnismäßig kurze Geschichte zurückblicken kann, noch mitten in der Entwicklung. Diese Entwicklung ist durch das ArbDG. v. 20. Jan. 1934 (RGBl. I, 45) auf eine neue Grundlage gestellt und in andere Bahnen gelenkt worden. Mehr richtungsweisend als Einzelheiten regelnd hat das ArbDG. die Grundlagen der neuen Weltanschauung im Arbeitsrecht verankert. Durch eine Reihe von Durchführungsverordnungen hat deshalb dieses arbeitsrechtliche Grundgesetz bereits im einzelnen ergänzt und ausgestaltet werden müssen. In der Reihe dieser Durchführungsverordnungen stellt die am 5. Mai 1937 erlassene 17. DurchfV. zum ArbDG. (RGBl. I, 581) einen weiteren wichtigen Abschnitt dar. Sie füllt Lücken der bisherigen gesetzlichen Regelung aus, die sich in der Praxis ge-

zeigt haben. Insbesondere wird die Beratung im Vertrauensrat in den Fällen geregelt, in denen ein stellvertretender Betriebsführer bestellt ist (a). Weiter wird der Schutz der Vertrauensmänner durch Vorschriften gegen die Versetzung in andere Betriebe weiter ausgebaut (b). Schließlich wird der Unternehmensbeirat ausgestaltet und die Möglichkeit eines Gruppenbeirats geschaffen (c). Die letzten beiden Artikel der V. regeln die Anwendung der Vorschriften im öffentlichen Dienst und bestimmen das Erforderliche für ihr Inkrafttreten (d).

a) Beratung des Vertrauensrates

In grundsätzlicher Abweichung von dem früheren Betriebsrat, der in den Betrieben einseitig die Interessen der Arbeitnehmer vertrat, hat der Vertrauensrat als Organ der Betriebsgemeinschaft gemeinsam mit dem Betriebsführer alle

sozialen Maßnahmen zu beraten. Insbesondere liegt ihm die Beratung über die Verbesserung der Arbeitsleistung, die Gestaltung und Durchführung der allgemeinen Arbeitsbedingungen, die Durchführung und Verbesserung des Betriebsschutzes usw. ob. Die Leitung des Vertrauensrates steht dem Führer des Betriebes zu. Er soll sich durch die Beratung im Vertrauensrat von der Meinung der Gefolgschaft zu einzelnen sozialen Maßnahmen unterrichten und danach seine Entscheidung treffen. Darin liegt das Wesen und der Wert der Einrichtung des Vertrauensrates.

Soweit der Führer des Betriebes selbst den Vertrauensrat leitet, ist die Gewähr dafür gegeben, daß die Person, die die Entscheidung trifft, vorher auch von der Auffassung der Gefolgschaft dazu erfährt. In vielen Fällen ist dieser Zweck des Vertrauensrates jedoch dann nicht erfüllt worden, wenn der Unternehmer nicht selbst Betriebsführer ist, sondern einen Stellvertreter bestellt hat.

Nach § 3 ArbDG. kann vom Unternehmer oder bei juristischen Personen und Personengesamtheiten von den gesetzlichen Vertretern eine an der Betriebsleitung verantwortlich beteiligte Person mit der Stellvertretung in der Führung des Betriebes betraut werden. Ein Stellvertreter muß nach dem Gesetz bestellt werden, wenn der Unternehmer oder die gesetzlichen Vertreter der juristischen Person den Betrieb nicht selbst leiten. Seiner rechtlichen Stellung nach wird der Stellvertreter gewöhnlich ein Angestellter des Unternehmens sein. Da der Unternehmer sich in einer Reihe von Fällen aus teils beachtlichen Gründen nicht hat entschließen können, in vollem Umfang die Entscheidungsfreiheit auf einen derartigen Stellvertreter zu übertragen, ist es vorgekommen, daß der Stellvertreter in bestimmten sozialen Fragen an Weisungen des Unternehmers gebunden worden ist. Nach außen tritt der Stellvertreter unter diesen Umständen zwar selbständig handelnd auf, im Innenverhältnis wird und muß er sich jedoch nach dem Willen des Unternehmers richten, da er sonst Gefahr laufen würde, daß sein Anstellungsverhältnis gelöst wird.

Wird in einem derartigen Betriebe, dessen Leiter ein Stellvertreter ist und der an Weisungen des Unternehmers gebunden ist, nach § 6 Abs. 2 ArbDG. eine soziale Maßnahme beraten, so wird zwar der Stellvertreter von der Auffassung der Gefolgschaft unterrichtet werden; an einer Einflußmöglichkeit der Vertrauensmänner auf die eigentlich entscheidende Stelle, die die Weisungen gegeben hat, fehlt es jedoch, da die Vertrauensmänner ihre Anregungen und Ratschläge letzten Endes nur an eine Person geben, die selbst keinen wesentlichen Einfluß auf die Entscheidung hat. Dem hilft die 17. Durchf. zum ArbDG. ab.

Erklärt der stellvertretende Betriebsführer in der Vertrauensratsitzung, daß er in bestimmten Fragen an Weisungen des Unternehmers gebunden sei oder er sich erst Weisungen holen wolle, dann können die Vertrauensmänner nach § 1 der W. verlangen, daß auch eine Unterrichtung des Unternehmers über ihre Auffassung erfolgt.

Auf welchem Wege gewöhnlich dem Unternehmer die Auffassung des Vertrauensrates zu bestimmten sozialpolitischen Maßnahmen zur Kenntnis zu bringen ist, läßt die W. offen. Es ist den Beteiligten grundsätzlich überlassen, eine geeignete Form dafür zu finden. Nicht ausgeschlossen ist es, daß die Unterrichtung des Unternehmers durch den stellvertretenden Betriebsführer selbst erfolgen kann. Häufiger wird die Auffassung der Gefolgschaft dadurch zur Kenntnis des Unternehmers gebracht werden, daß eine Niederschrift von der Vertrauensratsitzung gefertigt wird, die von dem stellvertretenden Betriebsführer und den Vertrauensmännern unterschrieben und dem Unternehmer zugeleitet wird. Es können auch ein oder mehrere Vertrauensmänner abgeordnet werden, die zusammen mit dem stellvertretenden Betriebsführer oder allein den Unternehmer mündlich über die Stellungnahme des Vertrauensrates zu unterrichten haben.

Kommt zwischen den Beteiligten über die Art der Unterrichtung keine Einigkeit zustande oder hält der Reichstreuhand der Arbeit von sich aus die gewählte Form der Mitteilung an den Unternehmer nicht für ausreichend, dann kann er im Einzelfall eine Anordnung darüber treffen, die gewährleistet,

daß der Unternehmer in einer geeigneten Weise von der Auffassung des Vertrauensrates Kenntnis erhält.

Unter besonderen Umständen kann der Reichstreuhand der Arbeit nach § 1 Abs. 1 der W. auch bestimmen, daß der Unternehmer oder die sonst für die Weisung berufenen Personen selbst an der Beratung des Vertrauensrates teilnehmen. Eine solche Anordnung wird der Reichstreuhand der Arbeit erlassen, wenn eine andere Art der Unterrichtung des Unternehmers keine Aussicht auf Erfolg verspricht oder sonstige Gründe dafür sprechen. Er wird dabei prüfen, ob der Gegenstand der Beratung besonders wichtig ist oder ob im Vertrauensrat nur nebensächliche Maßnahmen besprochen werden sollen. Außerdem wird er berücksichtigen, ob der Aufwand des Unternehmers an Zeit und Geld für die Teilnahme an der Beratung des Vertrauensrates besonders groß ist oder ob seine Gegenwart bei der Beratung kein merkbares Opfer für ihn erfordert. Bei diesen Erwägungen wird der Reichstreuhand der Arbeit schließlich auch in Betracht ziehen können, ob er die Bindung des stellvertretenden Betriebsführers an Weisungen im Einzelfall nach pflichtgemäßem Ermessen für berechtigt hält oder nicht (vgl. Steinmann: DArbR. 1937, 166). Lassen sich für die bindenden Weisungen an den stellvertretenden Betriebsführer keine oder doch nur wenig stichhaltige Gründe anführen, dann wird der Reichstreuhand der Arbeit eher zu einer Anordnung neigen, die den Unternehmer zur Teilnahme an der Vertrauensratsitzung verpflichtet als sonst.

Nach dem Wortlaut der W. kann eine derartige Anordnung des Reichstreuhanders der Arbeit jedoch immer nur einen Einzelfall betreffen. Es ist nicht zulässig, daß der Reichstreuhand der Arbeit allgemein Anweisungen für die Unterrichtung des Unternehmers trifft, die für eine Reihe von Betrieben seines Bezirks oder sogar für das gesamte Wirtschaftsgebiet gelten sollen.

Ist eine bestimmte Anordnung über die Anhörung des Vertrauensrates für den Unternehmer nach § 1 der 17. Durchf. zum ArbDG. von dem Reichstreuhand erlassen worden, dann muß ihr unter allen Umständen Folge geleistet werden. Handelt der Unternehmer einer derartigen Anordnung, die allerdings schriftlich erfolgt sein muß, zuwider und erscheint er z. B. nicht zur Beratung des Vertrauensrates, wie es vom Reichstreuhand der Arbeit angeordnet worden ist, dann kann gegen ihn ein soziales Ehrengerichtsverfahren nach § 36 Abs. 1 Ziff. 3 ArbDG. eingeleitet werden. Nach dieser Vorschrift des ArbDG. wird bestraft, wer schriftlichen Anordnungen des Reichstreuhanders der Arbeit hartnäckig zuwiderhandelt. Ob eine hartnäckige Zuwiderhandlung gegeben ist, wird im Einzelfall besonders zu prüfen sein.

b) Erweiterter Schutz der Vertrauensmänner

Damit die Vertrauensmänner zum Wohle der Gefolgschaft und des gesamten Betriebes tätig sein können und ihr Amt so führen, wie sie es vor ihrem Gewissen verantworten können, müssen sie davor geschützt werden, daß ihnen auf Grund ihrer Amtsausübung Nachteile zugefügt werden. Nach § 14 Abs. 1 ArbDG. ist deshalb die Kündigung des Arbeitsverhältnisses eines Vertrauensmannes für unzulässig erklärt worden, es sei denn, daß sie infolge Stilllegung des Betriebes oder einer Betriebsabteilung erforderlich wird oder aus einem Grunde erfolgt, der zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist berechtigt. Auf diese Weise ist der einzelne Vertrauensmann davor bewahrt, daß ihm durch eine willkürliche Kündigung sein Amt genommen wird. Der § 2 der neu erlassenen Durchf. sorgt nun weiter dafür, daß der Vertrauensmann auch nicht durch Veretzung in einen anderen Betrieb sein Amt verliert. Mit dem Ausscheiden aus dem Betriebe würde nämlich sein Amt als Vertrauensmann zum Erlöschen kommen.

In vielen Fällen wird die Veretzung eines Vertrauensmannes in einen anderen Betrieb schon daran scheitern, daß die Einstellung des betreffenden Gefolgschaftsmitgliedes nur für einen bestimmten Betrieb des Unternehmens erfolgt ist und eine Veretzung ohne Kündigung deshalb nicht möglich ist. Da der Vertrauensmann gegen eine Kündigung durch § 14

Abf. 1 ArbDG. geschützt ist, bedarf es für diese Fälle keiner besonderen Schutzvorschriften. Es ist aber auch nicht selten, daß der Vertrauensmann für das Gesamtunternehmen eingesetzt ist oder er sich mit der Veretzung in einen anderen Betrieb des Unternehmens von vornherein einverstanden erklärt hat. Unter diesen Umständen konnte bisher von unsozialen Unternehmern die Veretzung dazu benutzt werden, um unliebhamen Vertrauensmännern ihr Amt zu nehmen. Hier greifen jetzt die neuen Schutzbestimmungen ein. Die Veretzung eines Vertrauensmannes ist danach an die Zustimmung des Reichstreuhänders der Arbeit gebunden.

Nicht immer braucht jedoch die Veretzung mit dem Ziele zu erfolgen, dem Vertrauensmann sein Amt zu nehmen. Auch zwingende betriebliche Gründe können im Einzelfall eine Veretzung dringend erfordern. Unter diesen Umständen wird der Reichstreuhänder der Arbeit in der Regel seine Zustimmung zur Veretzung nicht versagen.

Keiner Zustimmung bedarf es nach der WD., wenn die Veretzung mit dem Willen des Vertrauensmannes erfolgt. Hier wird es sich gewöhnlich um Fälle handeln, in denen mit der Veretzung eine Beförderung des betreffenden Gefolgschaftsmitgliedes verbunden ist oder dem Gefolgschaftsmitglied im anderen Betrieb eine Stellung zu besseren Bedingungen angeboten wird. Für diese Fälle erübrigen sich besondere Schutzvorschriften.

c) Unternehmensbeirat und Gruppenbeirat

Den umfangreichsten Teil der neu erlassenen DurchfWD. zum ArbDG. nehmen die Vorschriften über den Unternehmensbeirat ein. Der Unternehmensbeirat selbst ist bereits im ArbDG. vorgesehen. Er ist nach § 17 ArbDG. zu bilden, wenn sich mehrere wirtschaftlich oder technisch gleichartige oder nach dem Betriebszweck zusammengehörige Betriebe in der Hand eines Unternehmers befinden und hat den Unternehmer in sozialen Angelegenheiten zu beraten. Wer im Einzelfall Mitglied des Unternehmensbeirats sein kann, wie die Berufung der Mitglieder des Unternehmensbeirats zu erfolgen hat, wann der Unternehmensbeirat zusammentreten soll, über welche Gegenstände er zu beraten hat und ähnliche Fragen, läßt das ArbDG. dabei offen. Das mag seinen Grund darin haben, daß das Gesetz bewußt von dem einzelnen Betrieb ausgeht und den Vertrauensrat in den Vordergrund stellt. Eine zu starke Verschiebung des Schwergewichts von dem Vertrauensrat in den Unternehmensbeirat durch dessen Ausbau sollte vermieden werden. So ist es erklärlich, daß die Vorschriften über den Unternehmensbeirat im ArbDG. allgemein gehalten worden sind und keine Einzelregelungen enthalten.

In der Praxis hat sich jedoch immer mehr das Bedürfnis herausgestellt, in größeren Unternehmen nicht nur in wirtschaftlichen, sondern auch in sozialen Fragen eine größere Vereinheitlichung durchzuführen. Dem trägt die neu erlassene DurchfWD. Rechnung. Wird danach zugelassen, daß von einem Unternehmer künftig soziale Fragen für das gesamte Unternehmen oder für eine Reihe von Betrieben des Unternehmens einheitlich entschieden werden, dann muß auch dafür gesorgt werden, daß ein beratendes Organ, dem Vertrauensrat des einzelnen Betriebes ähnlich, an die Seite des Unternehmers tritt und es gesetzmäßig im einzelnen ausgestaltet wird. Diese für die Ausgestaltung des Unternehmensbeirats im einzelnen notwendigen Vorschriften sind nunmehr in der 17. DurchfWD. zum ArbDG. enthalten. Daß trotz der Ausgestaltung des Unternehmensbeirats die Betriebsgemeinschaft und der Vertrauensrat auch weiterhin die eigentliche Grundlage des Arbeitslebens bleiben soll, lassen auch die neuen Vorschriften erkennen.

Wer Mitglied des Unternehmensbeirats sein kann, ist in § 3 der WD. klar gestellt. In den Unternehmensbeirat können danach nur Vertrauensmänner der einzelnen Betriebe des Unternehmens berufen werden. Ausgeschlossen ist, daß Leiter einzelner Vertrauensräte die Stellung von Unternehmensbeiratsmitgliedern bekommen. Ebenso wenig können Gefolgschaftsangehörige aus sogenannten Kleinbetrieben des Unternehmens, d. h. solchen, deren Gefolgschaftszahl unter 20 liegt, zu Mitgliedern des Unternehmensbeirats

bestellt werden. Allerdings wird nicht ausgeschlossen sein, daß in besonderen Fällen die Leiter einzelner Betriebe des Unternehmens oder auch Gefolgschaftsangehörige von Kleinbetrieben zu Beratungen des Unternehmensbeirats zugezogen werden und sie sich dort äußern. Die eigentliche Stellung von Mitgliedern des Unternehmensbeirats können sie jedoch in keinem Falle bekommen. Das bedeutet vor allem, daß ihre Stimmen bei einer etwaigen Abstimmung im Unternehmensbeirat nicht mitgezählt werden (vgl. hierzu die folgenden Ausführungen zu § 6 der WD.).

Über die Auswahl der Vertrauensmänner, die Mitglieder des Unternehmensbeirats werden sollen, aus den einzelnen Betrieben bestanden bisher im ArbDG. keine Vorschriften. Es war in das Belieben des Unternehmers gestellt, wen er in den Unternehmensbeirat berufen wollte. Jetzt ist dafür gesorgt, daß auch die Gefolgschaft bei der Auswahl in gewissem Umfange beteiligt ist. Die Berufung der Mitglieder des Unternehmensbeirats erfolgt nicht mehr allein durch den Führer des Unternehmens, sondern im Einvernehmen mit dem Betriebsobmann der DAF., der für den Sitz der Verwaltung des Unternehmens bestellt ist. Da in der Regel der Schwerpunkt des Unternehmens dort liegt, wo die Zentrale, die Verwaltung, ihren Sitz hat, sieht die WD. den für diese Stelle bestimmten Betriebsobmann der DAF. zur Mitwirkung bei der Berufung vor.

Wenn es auch selten vorkommen wird, sind jedoch Fälle denkbar, in denen es an einem Betriebsobmann der DAF. am Sitz der Verwaltung des Unternehmens fehlt. Auch hier muß eine Berufung von Mitgliedern des Unternehmensbeirats erfolgen. Es wird anzunehmen sein, daß unter diesen besonderen Umständen ausnahmsweise die Berufung der Mitglieder des Unternehmensbeirats allein vom dem Führer des Unternehmens vorgenommen werden kann. Für eine Berufung durch den Reichstreuhänder der Arbeit, wie sie für die im folgenden Absatz zu behandelnden Fälle vorgesehen ist, gibt die WD. keinen Anhalt.

Kommt zwischen dem Unternehmer und dem zuständigen Betriebsobmann der DAF. über die einzelnen Personen, die Mitglieder des Unternehmensbeirats werden sollen, keine Einigung zustande, dann hat nach § 3 der WD. der Reichstreuhänder der Arbeit die Berufung vorzunehmen. Gewöhnlich wird er sich vorher die Vorschläge unterbreiten lassen, die der Führer des Unternehmens zu machen hat, und sich außerdem von dem Betriebsobmann der DAF. mitteilen lassen, welche Personen er für geeignet hält. Danach wird er nach pflichtmäßigem Ermessen seine Entscheidung zu treffen haben.

Nach der Fassung des § 3 der WD. kann der Reichstreuhänder der Arbeit in den Fällen, in denen kein Einvernehmen zwischen dem Unternehmer und dem Betriebsobmann der DAF. zustande kommt, die Mitglieder des Unternehmensbeirats nicht nur berufen, sondern die Berufung muß durch ihn erfolgen, wenn die Voraussetzungen für die Bildung des Unternehmensbeirats überhaupt vorliegen (§ 17 ArbDG.). Insofern unterscheidet sich diese Vorschrift von der Bestimmung über die Berufung von Vertrauensratsmitgliedern durch den Reichstreuhänder der Arbeit. Während es bei dem Vertrauensrat in das Ermessen des Reichstreuhänders der Arbeit gestellt ist, ob er sich überhaupt zu einer Berufung von Vertrauensmännern entschließen will (§ 9 Abs. 2 ArbDG.), ist die Berufung von Unternehmensbeiratsmitgliedern in jedem Falle durch den Reichstreuhänder der Arbeit vorzunehmen, wenn sich der Unternehmer und der Betriebsobmann der DAF. nicht einigen können. Die WD. lehnt sich damit an § 17 ArbDG. an, in dem vorgeschrieben ist, daß bei Vorliegen der Voraussetzungen für einen Unternehmensbeirat in jedem Falle der Unternehmensbeirat gebildet werden muß.

Die Berufung der Mitglieder des Unternehmensbeirats hat nach § 3 Abs. 2 der WD. im Einzelfall durch den Reichstreuhänder der Arbeit zu erfolgen, zu dessen Wirtschaftsgebiet der Sitz der Verwaltung des Unternehmens gehört. Danach kommt es weder darauf an, in welchem Treuhänderbezirk die Mehrzahl der Betriebe des Unternehmens liegen, noch in welchem Wirtschaftsgebiet die größten

Betriebe des Unternehmens ihren Sitz haben, sondern es ist allein entscheidend, wo sich die Zentrale des Unternehmens befindet.

Bei der Auswahl der Unternehmensbeiratsmitglieder soll, gleichgültig, ob sie durch den Unternehmer im Einvernehmen mit dem Betriebsobmann der D. V. oder dem zuständigen Reichstreuhand der Arbeit erfolgt ist, die Bedeutung der einzelnen Betriebe, ihre Verschiedenartigkeit und die Zusammensetzung der Gefolgschaft berücksichtigt werden. Nur dann ist die Gewähr dafür gegeben, daß der Unternehmensbeirat auch wirklich ein wahres Spiegelbild des gesamten Unternehmens ist. Das muß der Fall sein, wenn einseitige Unterrichtungen des Unternehmers vermieden und in allen Fällen eine dem Wohle des gesamten Unternehmens dienende Beratung stattfinden soll.

Die Zahl der Mitglieder des Unternehmensbeirats ist in der W. auf höchstens 10 festgesetzt. Wie bei der Begrenzung der Zahl der Vertrauensmänner ist auch hier der Gedanke entscheidend, daß ein zahlenmäßig allzu großer Unternehmensbeirat leicht in seiner Handlungsfähigkeit gehemmt ist.

Mit der Zahl 10 ist eine Höchstziffer gegeben. Wieviel Unternehmensbeiratsmitglieder im Einzelfalle bestimmt werden sollen, ist nicht wie bei dem Vertrauensrat von der Zahl der Gefolgschaftsmitglieder des gesamten Unternehmens abhängig gemacht worden. Bei der Verschiedenartigkeit der Unternehmen im Aufbau und in der Gliederung würde sich die Festlegung eines bestimmten Verhältnisses zwischen der Zahl der Gefolgschaftsmitglieder und der Anzahl der Unternehmensbeiratsmitglieder nicht empfehlen. Es bleibt dem Unternehmer überlassen, zu bestimmen, wieviel Mitglieder des Unternehmensbeirats er für sein Unternehmen für erforderlich hält. Steht die von ihm festgesetzte Zahl der Unternehmensbeiratsmitglieder im offensibaren Mißverhältnis zu der Größe des Unternehmens — beruft also etwa ein Großunternehmer bei einer großen Anzahl von verschiedenartigen und örtlich auseinanderliegenden Betrieben nur 2 Unternehmensbeiratsmitglieder —, dann wird der Reichstreuhand der Arbeit eingreifen können. Wenn es auch in der W. nicht ausdrücklich ausgesprochen ist, wird dem Reichstreuhand der Arbeit in entsprechender Anwendung von § 19 Abs. 1 Ziff. 1 ArbDG. ein allgemeines Überwachungsrecht auch hinsichtlich des Unternehmensbeirats zuzubilligen sein, wie er es im Falle des Vertrauensrates hat. Daraus wird er einen solchen Eingriff stützen können.

Auf die Einberufung des Unternehmensbeirats finden nach § 4 der W. die Vorschriften des § 12 ArbDG. entsprechende Anwendung. Wie der Vertrauensrat, so ist auch der Unternehmensbeirat nach Bedarf vom Führer des Betriebs einzuberufen. Von der Anordnung eines periodischen Zusammentritts ist aus den gleichen Gründen abgesehen wie bei dem Vertrauensrat. Eine Vorschrift über eine bestimmte Mindestzahl von Einberufungen des Unternehmensbeirats ist ebenfalls nicht vorgegeben. Sie würde leicht in Unternehmen, deren Beirat jetzt schon öfterer tagt, zu der Auffassung führen, daß die im Gesetz vorgesehene Mindestzahl des Zusammentritts auch in allen Fällen ausreichend sei.

Wie bei dem Vertrauensrat besteht jedoch eine Verpflichtung zur Einberufung des Unternehmensbeirats für den Unternehmer dann, wenn die Hälfte der Mitglieder des Unternehmens es verlangt. Kommt in diesen Fällen der Unternehmer diesem Verlangen nicht nach, so kann er vom Reichstreuhand der Arbeit angewiesen werden, den Unternehmensbeirat einzuberufen. Hier wird gleichfalls § 19 Abs. 1 Ziff. 1 ArbDG. entsprechend anzuwenden sein. Fügt sich der Unternehmer einer solchen schriftlichen Anordnung des Reichstreuhanders der Arbeit nicht, dann wird es, wie im gleichen Fall bei dem Vertrauensrat, zu einem sozialen Ehrengerichtungsverfahren gegen ihn nach § 36 Abs. 1 Ziff. 3 ArbDG. kommen können. Ein selbständiges Recht des Reichstreuhanders der Arbeit, den Unternehmensbeirat an Stelle des Unternehmers einzuberufen, besteht jedoch nicht (vgl. Mansfeld, Pohl, Steinmann, Krause zu § 12).

Neben § 12 ArbDG. wird in § 4 der W. auch der § 14

ArbDG. für Mitglieder des Unternehmensbeirats als entsprechend anwendbar erklärt. Für die Mitglieder des Unternehmensbeirats finden danach dieselben Vorschriften über das Erlöschen ihres Amtes Anwendung, wie für die Vertrauensmänner. Das Amt als Mitglied des Unternehmensbeirats erlischt danach in erster Linie mit der freiwilligen Amtsniederlegung durch den betreffenden Vertrauensmann. Weiter erlischt es mit dem Ausscheiden aus dem Unternehmen oder dem einzelnen Betriebe. Das letztere führt gleichfalls zum Verlust des Amtes als Unternehmensbeiratsmitglied, weil mit jedem Ausscheiden aus dem Betriebe — auch bei Befetzung des Betreffenden in einen anderen Betrieb des gleichen Unternehmens — der Verlust des Amtes als Vertrauensratsmitglied verbunden ist, was Voraussetzung für die Mitgliedschaft im Unternehmensbeirat ist. Außerdem geht das Amt als Mitglied des Unternehmensbeirats bei berechtigter Kündigung verloren. Schließlich ist an die Verhängung der in § 14 Abs. 3 ArbDG. aufgezählten Strafen der Verlust der Ämter als Mitglied des Vertrauensrates und des Unternehmensbeirats geknüpft.

Der Reichstreuhand der Arbeit kann nach den Vorschriften des § 4 der W. auch ein Mitglied des Unternehmensbeirats wegen sachlicher oder persönlicher Ungeeignetheit abberufen. Dabei steht die Möglichkeit der Abberufung als Mitglied des Unternehmensbeirats neben der der Abberufung als Vertrauensmann. Mit der Abberufung als Vertrauensmann erlischt regelmäßig auch das Amt als Mitglied des Unternehmensbeirats. Die Abberufung als Unternehmensbeiratsmitglied führt jedoch nicht notwendig das Erlöschen des Amtes als Vertrauensmann herbei. Das ist darin begründet, daß ein Gefolgschaftsmitglied als Vertrauensmann des einzelnen Betriebes durchaus geeignet sein kann, während ihm für die Tätigkeit eines Unternehmensbeirats der notwendige Überblick, der zu dieser Amtsführung gehört, fehlt.

Welcher Reichstreuhand der Arbeit das Recht hat, die Einberufung des Unternehmensbeirats zu verlangen und ein Unternehmensbeiratsmitglied abzuberufen, ist in der W. nicht besonders gesagt. Es wird nicht zweifelhaft sein, daß dazu der Reichstreuhand der Arbeit berufen ist, in dessen Wirtschaftsgebiet der Sitz des Unternehmens liegt. Dies wird aus den Vorschriften der §§ 3 und 6 der W. entnommen werden können.

Wie das Amt des Vertrauensmannes, so ist auch das Amt des Unternehmensbeiratsmitgliedes ein Ehrenamt, für dessen Wahrnehmung kein Entgelt gewährt wird. Auch ohne daß in den Vorschriften der neu erlassenen W. etwas darüber bestimmt ist, wird den Mitgliedern des Unternehmensbeirats in entsprechender Anwendung des § 13 ArbDG. gleichfalls der Lohn für die ausfallende Arbeitszeit zu zahlen sein. Außerdem hat der Unternehmer die notwendigen Einrichtungen und Geschäftsbedürfnisse für eine ordnungsgemäße Erfüllung der dem Unternehmensbeirat obliegenden Aufgaben zur Verfügung zu stellen. Auch die durch die Wahrnehmung des Amtes eines Unternehmensbeiratsmitgliedes notwendig werdenden Aufwendungen sind von dem Unternehmer zu erstatten. Das wird für die Mitglieder des Unternehmensbeirats besonders deswegen wichtig sein, weil für sie oft eine weite Reise von dem Sitz ihres Betriebes bis zu der Verwaltungsstelle des Unternehmens erforderlich ist, wenn sie an der Tagung des Unternehmensbeirats teilnehmen müssen.

Wie es im § 13 ArbDG. für den Vertrauensrat vorgeschrieben ist, so hat auch der Unternehmer den Mitgliedern des Unternehmensbeirats die zur Erfüllung ihrer Aufgaben notwendigen Auskünfte zu erteilen.

Streitigkeiten über die Geschäftsbedürfnisse des Unternehmensbeirats, die Auskunftspflicht, die Erstattung von Aufwendungen und Zeitversäumnis hat der Reichstreuhand der Arbeit zu schlichten, in dessen Wirtschaftsgebiet der Sitz der Verwaltung des Unternehmens liegt. Im Rahmen der bereits erwähnten Überwachungsbefugnisse hat er in derartigen Streitfällen zunächst auf eine gütliche Verständigung hinzuwirken und nötigenfalls eine Entscheidung zu treffen. Allerdings wird durch diese Entscheidung ebenso wie bei dem Vertrauensrat nicht über einen privatrechtlichen Anspruch ent-

schieden und ein vollstreckbares Urteil erseht (vgl. Mansfeld, Pohl, Steinmann, Krause zu § 13 Anm. 7); in den Regelfällen wird jedoch trotz Fehlens der Vollstreckbarkeit eine solche von der Autorität des Reichstreuhanders der Arbeit getragene Entscheidung genügen, um Meinungsverschiedenheiten endgültig zu beseitigen.

Von besonderer Bedeutung für die Ausgestaltung des Unternehmensbeirats sind die Vorschriften des § 5 der W.D., die von der Beratung des Unternehmensbeirats handeln. Um zu vermeiden, daß soziale Maßnahmen gleichzeitig im Unternehmensbeirat und im Vertrauensrat beraten werden und Streit über die Zuständigkeitsverteilung entsteht, ist in der W.D. bestimmt, was der Beratung des Unternehmensbeirats unterliegt und was zur Zuständigkeit des Vertrauensrats gehört. Betreffen die sozialen Maßnahmen nur den einzelnen Betrieb, dann hat die Beratung im Vertrauensrat zu erfolgen. Nur wenn eine Entscheidung für alle oder mehrere Betriebe des Unternehmens getroffen werden soll, dann ist die Beratung über diese Maßnahmen im Unternehmensbeirat vorzunehmen.

Um solche einheitlichen Entscheidungen für das gesamte Unternehmen oder mehrere Betriebe des Unternehmens herbeizuführen, kann der Unternehmer nach den Vorschriften der neuerlassenen W.D. dem Leiter des einzelnen Betriebes erklären, daß er sich die Entscheidung in bestimmten Fragen vorbehalten will. Insofern kann er die Entscheidungsbefugnis der einzelnen Betriebsleiter einschränken. Durch den Vorbehalt wird ausgeschlossen, daß in den betreffenden Betrieben, auf die sich der Vorbehalt bezieht, von den stellvertretenden Betriebsführern in den vorbehaltenen Fragen eine eigene Entscheidung getroffen werden kann.

Für einen einzelnen Betrieb ist ein derartiger Vorbehalt des Unternehmers nach der W.D. nicht zulässig. Möglich ist jedoch, daß der Unternehmer in diesem Falle den stellvertretenden Betriebsführer im Innenverhältnis in bestimmten Fragen an seine Weisungen bindet. Dann greift hinsichtlich der Beratung des Vertrauensrats aber das bei § 1 der W.D. beschriebene Verfahren ein.

Für alle oder mehrere Betriebe des Unternehmens kann künftig auch eine gemeinsame Betriebsordnung erlassen werden (§ 6 der W.D.). Die Bestimmungen dieser gemeinsamen Betriebsordnung sind für alle von ihr erfaßten Arbeitsverhältnisse als Mindestbedingungen rechtsverbindlich. Die echten Wirkungen einer Betriebsordnung hat diese gemeinsame Betriebsordnung allerdings nur in den Betrieben des Unternehmens, für die nach dem ArbDG. eine Betriebsordnung zwingend vorgeschrieben ist, d. h. für Betriebe mit mindestens 20 Arbeitern und Angestellten (§ 26 ArbDG.). Wird die Geltung der gemeinsamen Betriebsordnung auf die sogenannten Kleinbetriebe des Unternehmens erstreckt, dann haben ihre Vorschriften für diese nicht die Wirkung von Rechtsnormen, sondern können nur im Wege der Parteivereinbarung wirksam werden (vgl. Steinmann in Arbeitsrechtskartei von Kalle, Karte v. 14. Mai 1937).

Soweit eine gemeinsame Betriebsordnung erlassen worden ist, tritt sie an Stelle der Einzelbetriebsordnung. Es bleibt aber die Möglichkeit offen, daß für den Einzelbetrieb Ergänzungsbestimmungen aufgenommen werden, die nach seinen besonderen Verhältnissen geboten sind. Um rechtswirksam zu sein, dürfen sich diese Ergänzungen jedoch nicht in Widerspruch zu den Vorschriften der gemeinsamen Betriebsordnung setzen. Wenn Bußen (§ 27 Abs. 1 Ziff. 4 ArbDG.) in einer gemeinsamen Betriebsordnung vorgesehen sind, kann fraglich sein, von wem diese im Einzelfall zu verhängen sind und ob der Vertrauensrat oder der Unternehmensbeirat über sie zu beraten hat. Es wird als zweckmäßig und auch dem Sinne der Vorschriften der W.D. entsprechend anzusehen sein, wenn die Verhängung der Bußen im Einzelfall von dem Führer des betreffenden Betriebes erfolgt und die Beratung darüber im Vertrauensrat stattfindet.

Besonders wichtig ist, daß die Mehrheit des Unternehmensbeirats nach der W.D. in entsprechender Anwendung des § 16 ArbDG. den Reichstreuhand der Arbeit anrufen kann, wenn die Auffassung besteht, daß die Ent-

scheidung des Unternehmers über die Gestaltung der allgemeinen Arbeitsbedingungen für alle oder mehrere Betriebe nicht mit den wirtschaftlichen und sozialen Verhältnissen des Unternehmens oder der betreffenden Betriebe im Einklang steht. Bisher war dieses Recht dem Unternehmensbeirat versagt. Auf die Anrufung des Reichstreuhanders der Arbeit durch die Mehrzahl der Unternehmensbeiratsmitglieder findet § 15 der 2. DurchfW.D. zum ArbDG. v. 10. März 1934 (RGBl. I, 187), die neben § 16 ArbDG. die Anrufung des Reichstreuhanders der Arbeit bei dem Vertrauensrat im einzelnen regelt, entsprechende Anwendung.

Praktisch ist durch das Anrufungsrecht dem Reichstreuhand der Arbeit vor allem die Möglichkeit gegeben, auf die für alle oder mehrere Betriebe des Unternehmens erlassene gemeinsame Betriebsordnung Einfluß zu nehmen. Hält der Reichstreuhand der Arbeit die Beschwerde der Mehrheit der Unternehmensbeiratsmitglieder für berechtigt, so kann er die gemeinsame Betriebsordnung z. B. abändern, sie für einzelne Betriebe aufheben oder von sich aus eine gänzlich neue gemeinsame Betriebsordnung an Stelle der alten setzen.

Zuständig für die Entscheidung in diesem Beschwerdeverfahren ist der Reichstreuhand der Arbeit, in dessen Wirtschaftsgebiet der Sitz des Unternehmens liegt. Der RArbM. kann jedoch einem anderen Reichstreuhand der Arbeit die Entscheidung über die Beschwerde übertragen, wenn ihm das nach den Besonderheiten des Einzelfalles erforderlich erscheint (z. B. wenn die Schwierigkeiten vor allem in Betrieben aufgetreten sind, die im Bezirk eines anderen Reichstreuhanders der Arbeit als dem, in dessen Wirtschaftsgebiet die Verwaltung des Unternehmens ihren Sitz hat, liegen).

Dem besonderen Aufbau einzelner Unternehmen trägt § 7 der W.D. Rechnung, durch den der Gruppenbeirat neu eingeführt wird. Besonders in der Schwerindustrie des Ruhrgebietes kommt es vor, daß die Betriebe eines Unternehmens in Gruppen eingeteilt und die einzelnen Gruppen unter der Führung eines Gruppenleiters zusammengefaßt sind. Hier kann sich gleichfalls das Bedürfnis ergeben, innerhalb der Gruppen einheitliche soziale Maßnahmen zu treffen. Wenn das der Fall ist und der Gruppenleiter eine einheitliche Regelung für alle oder mehrere Betriebe der Gruppe treffen will, dann muß ebenfalls ein Organ vorhanden sein, das den Gruppenleiter beraten kann. Der für den Sitz der Gruppenleitung zuständige Reichstreuhand der Arbeit kann dazu die Bildung eines Gruppenbeirats anordnen. Der Gruppenbeirat hat dann die Maßnahmen zu beraten, in denen sich der Gruppenleiter die Entscheidung für alle oder mehrere Betriebe der Gruppen vorbehalten hat. Auf den Gruppenbeirat finden die Vorschriften über den Unternehmensbeirat entsprechende Anwendung.

d) Öffentlicher Dienst und Schlußvorschriften

Im Art. IV der W.D., der von der Anwendung der neuerlassenen Vorschriften im öffentlichen Dienst handelt, wird der Versicherungsschutz gleichfalls für Vertrauensmänner öffentlicher Verwaltungen und Betriebe im Sinne des Gesetzes zur Ordnung der Arbeit in öffentlichen Verwaltungen und Betrieben v. 23. März 1934 (RGBl. I, 320) eingeführt. Die Zustimmung für die Versicherung von Vertrauensmännern hat der Sonderstreuhand für den öffentlichen Dienst zu geben, soweit ein solcher vorhanden ist. Da im Gesetz zur Ordnung der Arbeit in öffentlichen Verwaltungen und Betrieben ein Unternehmensbeirat nicht vorgesehen ist, erübrigen sich hier ausgestaltende Vorschriften darüber.

Nach den Schlußvorschriften der W.D. treten die Bestimmungen über die Beratung des Vertrauensrates und den erweiterten Schutz der Vertrauensmänner mit dem Tage der Verkündung der W.D. in Kraft. Von dem gleichen Zeitpunkt ab haben die Maßnahmen zur Durchführung der Vorschriften über die Ausgestaltung des Unternehmens- und Gruppenbeirats Geltung, d. h. es wird unverzüglich von den Unternehmen und Gruppenleitern das Erforderliche für die Bildung des Unternehmensbeirats, bzw. des Gruppenbeirats zu veranlassen sein. Am 1. Juli d. J. sollen die sonst über den Unternehmensbeirat und Gruppenbeirat vorgesehenen Bestimmungen in Kraft treten.

Gesamthands-Beteiligungen (Erbengemeinschaft und eheliche Gütergemeinschaft) bei der Umwandlung von Kapitalgesellschaften

Von Rechtsanwalt und Notar Dr. Kandebrock, Münster

Ist an einer Kapitalgesellschaft, die nach den Vorschriften des UmwandlG. v. 5. Juli 1934 und den dazu ergangenen Durchführungsbestimmungen umgewandelt werden soll, eine Erbengemeinschaft beteiligt, sei es, daß ein Teil oder sämtliche Aktien, bzw. Geschäftsanteile zum ungeteilten Nachlaß gehören, so erhebt sich die Frage, ob die Erben sich vor der Beschlußfassung über die Umwandlung zunächst in Ansehung der Aktien (Geschäftsanteile) auseinandersetzen müssen.

In Betracht kommt hier nur die Umwandlung gemäß § 8 — Übertragung des Vermögens auf die Erbengemeinschaft als den alleinigen, bzw. den Hauptgesellschafter — und die Umwandlung gemäß §§ 9 ff. — Übertragung des Vermögens auf eine zu errichtende Personalgesellschaft —.

Hierzu ist zu bemerken:

1. Eine Erbengemeinschaft ist kein Alleingeschäft (vgl. *Trisolli-Groschuff-Kaemmel*, 3. Aufl., S. 102, Anm. 7 zu § 8 UmwandlG., wo auch mit Recht darauf hingewiesen wird, daß die Umwandlung in eine Erbengemeinschaft vom Gesetz nicht zugelassen ist; ferner *Böttcher-Meilicke*, 2. Aufl., Anm. V 2 zu § 1 UmwandlG.).

Die Umwandlung gemäß § 8 des Ges. scheidet danach aus.

2. Die Umwandlung kann ferner auch nicht gemäß §§ 9 ff. in der Weise erfolgen, daß die Erbengemeinschaft als solche an der zu errichtenden DKG. oder KommGes. als Gesellschafter beteiligt wird (vgl. die zutreffenden Ausführungen bei *Trisolli-Groschuff-Kaemmel*, 3. Aufl., Anm. 1 u. 5, S. 117 u. 121, zu § 9 UmwandlG.).

3. Dagegen kann die Umwandlung gemäß §§ 9 ff. UmwandlG. derart erfolgen, daß alle an der Erbengemeinschaft beteiligten Personen Gesellschafter der durch Beschluß der Generalversammlung (Gesellschafterversammlung) der Kapitalgesellschaft zu errichtenden Personalgesellschaft werden und zugleich die Übertragung des Vermögens der Kapitalgesellschaft auf die neuerrichtete Personalgesellschaft beschlossen wird. Daß die zur Erbengemeinschaft gehörenden einzelnen Miterben und nicht die Erbengemeinschaft als solche Gesellschafter der Kapitalgesellschaft sind, kann nicht zweifelhaft sein (vgl. den Wortlaut des § 18 GmbHG., § 225 HGB. und, als arg. e contrario, die vorher zitierte zutreffende Anmerkung bei *Groschuff*, wonach die Erbengemeinschaft kein „Alleingeschäft“ ist).

Dabei ist es — entgegen der anscheinend von *Groschuff*, Anm. 7 zu § 8 UmwandlG., vertretenen Ansicht — auch nicht erforderlich, daß die Erben sich vor der Umwandlung über ihre Beteiligung an der Kapitalgesellschaft auseinandersetzen, wobei dann ja die §§ 179 Abs. 1, 222—224 HGB., §§ 15, 17, 5 Abs. 1 u. 3 GmbHG. zu beachten wären.

Der materielle Inhalt des Umwandlungsbeschlusses enthält nämlich keinerlei Rechtsvorgänge, die die Erbengemeinschaft mit den Stimmen der ihr in ungeteilter Rechtsgemeinschaft gehörenden Aktien (Geschäftsanteile) zu beschließen gehindert wäre.

Der Beschluß hat — notwendig, vgl. § 9 UmwandlG. — zum Gegenstand:

- die Errichtung einer Personalgesellschaft, an der — im Regelfall — alle Gesellschafter der Kapitalgesellschaft, also auch alle Teilhaber der „Erbengemeinschaft“ beteiligt sind,
- die Übertragung des Vermögens der Kapitalgesellschaft auf die neuerrichtete Personalgesellschaft.

Gemäß § 18 GmbHG., § 225 HGB. können die Miterben ihr Stimmrecht zwar nur gemeinschaftlich, bzw. durch einen gemeinschaftlichen Vertreter ausüben. Weder diese noch irgendeine andere gesetzliche Bestimmung hindert aber die Zustimmung

der Erbengemeinschaft zu einem Beschluß, der die Errichtung einer Personalgesellschaft unter Beteiligung der einzelnen Erben als Gesellschafter zum Inhalt hat, und das gleiche gilt für die damit untrennbar verbundene Beschlußfassung betreffend die Übertragung des Vermögens der Kapitalgesellschaft auf die Personalgesellschaft (vgl. *Bergmann*: *ZB.* 1937, 1272, der den gleichen Standpunkt vertritt).

Die Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft hinsichtlich ihrer Beteiligung an der Kapitalgesellschaft (die mit der Eintragung des Umwandlungsbeschlusses in das Handelsregister erlischt, vgl. § 4 Satz 2 UmwandlG., RG. v. 29. Jan. 1937, *HöchstRpPr.* 1937 Nr. 648) erfolgt hier dadurch, daß jeder Miterbe selbständiger Gesellschafter der neuerrichteten Personalgesellschaft wird, und zwar mit einer unmittelbaren Beteiligung (einschließlich der Ansprüche auf den Gewinnanteil und das Auseinandersetzungsguthaben) an dem von der Kapitalgesellschaft übertragenen Vermögen dieser neuen Gesellschaft. Daß diese Beteiligung während der Dauer der Gesellschaft rechnerisch nicht bestimmt ist, insbesondere nicht durch die „fiktiven Ziffern“ der gegebenenfalls festgesetzten Kapitalanteile dargestellt wird (vgl. *Trisolli-Groschuff-Kaemmel*, 3. Aufl., S. 140, Anm. 24 zu § 10), ändert daran nichts.

Abschließend ist danach festzustellen, daß bei Beteiligung einer Erbengemeinschaft an der umzuwandelnden Kapitalgesellschaft die vorherige Auseinandersetzung nicht erforderlich ist. Sie erfolgt vielmehr unmittelbar durch die Rechtsvorgänge, die den Inhalt des Umwandlungsbeschlusses bilden.

Eine ähnliche Rechtslage wie bei der Beteiligung einer Erbengemeinschaft an der umzuwandelnden Kapitalgesellschaft ergibt sich, wenn Aktien oder Geschäftsanteile zum gütergemeinschaftlichen Vermögen von Ehegatten gehören. Hier ist folgendes zu beachten:

Eine Umwandlung derart, daß die gesamthänderische Gütergemeinschaft als solche an der neuerrichteten Personalgesellschaft beteiligt ist oder das Vermögen auf die Gütergemeinschaft als Allein- bzw. Hauptgesellschafterin (§ 8 UmwandlG.) übertragen wird, ist unzulässig (vgl. die entsprechenden Ausführungen hinsichtlich der Erbengemeinschaft und weiter *Böttcher-Meilicke*, 2. Aufl., S. 66 u. 266).

Gesellschafter der Kapitalgesellschaft sind die in ungeteilter Rechtsgemeinschaft Berechtigten, d. h. beide Ehegatten. Beide Ehegatten müssen also gemäß § 9 UmwandlG. — lediglich diese Umwandlungsart kommt in Frage — an der zu errichtenden Personalgesellschaft als Gesellschafter beteiligt werden. Auch hier ist es aber nicht erforderlich, daß die Ehegatten sich vor der Umwandlung — unter Beachtung der §§ 179 Abs. 1, 222—224 HGB., §§ 15, 17, 5 Abs. 1 u. 3 GmbHG. — über ihre gütergemeinschaftliche Beteiligung auseinandersetzen und die ihnen hierbei zufallenden Anteile durch Ehevertrag — § 1440 Abs. 2 BGB. — für Vorbehaltsgut erklären.

Gemäß § 1443 BGB. unterliegt das Gesamtgut der Verwaltung des Mannes. Er hat mithin — die Vorschriften des § 225 HGB., § 18 GmbHG. beschränken die ehemännliche Verwaltungsbefugnis nicht, vgl. *Baumbach*, *GmbHG.*, 1936, Anm. 1 zu § 18 — grundsätzlich die alleinige Befugnis zur Ausübung des Stimmrechts der zum gütergemeinschaftlichen Vermögen gehörenden Aktien (Geschäftsanteile). Andererseits kann der Ehemann die Frau durch Verwaltungshandlungen Dritten gegenüber persönlich nicht verpflichten (§ 1443 Abs. 2 BGB.).

Nun muß aber der Umwandlungsbeschluß notwendig zum Inhalt haben:

- a) die Errichtung einer Personalgesellschaft, an der die Frau als Gesellschafterin beteiligt wird,
 b) die Übertragung des Vermögens der Kapitalgesellschaft (einschließlich der Schulden — § 4 UmwandlG. —) auf die Personalgesellschaft.

Die Umwandlung begründet also zwingend persönliche Verpflichtungen der Frau in ihrer Eigenschaft als Gesellschafterin der neuerrichteten Personalgesellschaft. Da nun der Mann trotz seiner Befugnis zur Verwaltung des gütergemeinschaftlichen Vermögens die Frau persönlich Dritten gegenüber nicht verpflichten kann, bedarf die Wirksamkeit seiner Zustimmung zum Umwandlungsbeschlusse der Zustimmung (Genehmigung) der Frau. Möglich ist auch eine entsprechende Bevollmächtigung des Ehemannes durch die Frau (vgl. Staudinger, 9. Aufl., Anm. 5 a zu § 1443 BGB.).

Der demgemäß gefaßte Umwandlungsbeschlusse umfaßt dann in seinen rechtlichen Folgen zugleich die Auseinanderziehung der Ehegatten hinsichtlich ihrer gütergemeinschaftlichen Beteiligung an der Kapitalgesellschaft, die ja mit der Eintragung in das Handelsregister erlischt. Die mit Mitteln des Gesamtgutes geschaffene unmittelbare Beteiligung jedes Ehegatten an der neuerrichteten Personalgesellschaft gehört nämlich nicht zum Gesamtgut, sondern ist, wie sich aus § 1439 BGB. ergibt, Sondergut jedes Ehegatten.

Gemäß § 1439 BGB. sind vom Gesamtgut Gegenstände ausgeschlossen, die nicht durch Rechtsgeschäft übertragen werden können. Dazu gehört — §§ 717, 719 BGB. — auch der Anteil an einer OHG. oder KommGes. (vgl. RGZ. 146, 282 = JW. 1935, 1085 *).

Durch diese Bestimmung werden aber die Ehegatten nicht gehindert, mit den zum Gesamtgut gehörenden Mitteln Gegen-

stände der bezeichneten Art zu erwerben. Der Ehemann kann sich z. B. persönlich an einer OHG. oder an einer KommGes. beteiligen und die von ihm zu leistende Einlage dem Gesamtgut entnehmen.

In gleicher Weise kann er seine Ehefrau mit deren Zustimmung oder Vollmacht an einer OHG. oder KommGes. beteiligen. Die fraglichen Gesellschaftsanteile werden dann kraft Gesetzes, nämlich auf Grund des § 1439 BGB., Sondergut. Eines Ehevertrages zwischen den Ehegatten, wie er bei der Schaffung von Vorbehaltsgut erforderlich wird (§ 1440 Abs. 2 BGB.), bedarf es hierzu nicht, da die Sondergutseigenschaft der im § 1439 BGB. genannten Gegenstände lediglich auf der rechtlichen Natur dieser Gegenstände beruht. M. a. W.: Sondergut wird nicht durch Ehevertrag, sondern durch den tatsächlichen Erwerb von Gegenständen der im § 1439 BGB. bezeichneten Gegenstände aus Mitteln des Gesamtgutes geschaffen (vgl. hierzu die einen Fall der fortgesetzten westfälischen Gütergemeinschaft betreffende Entscheidung des RG. Siegen v. 1. Aug. 1935, 3 O 257/34, abgedr. bei Riefert, „Aus dem westfälischen Güterrecht“, Verlag Holterdorf, Delbe i. W., Heft 6 S. 55 ff.).

Dabei sei noch bemerkt, daß die Nutzungen des Sondergutes beider Ehegatten zum Gesamtgut gehören, und daß insbesondere auch das aus der gesellschaftlichen Beteiligung sich ergebende Auseinanderziehungsguthaben in das Gesamtgut fällt (RGZ. 146, 283 = JW. 1935, 1085 *).

Die evtl. Ausgleichung zwischen Gesamtgut und Sondergut bestimmt sich nach § 1539 BGB. (vgl. Staudinger, 9. Aufl., Anm. 3 g zu § 1439 BGB.).

Das hier Gesagte gilt grundsätzlich auch für die westfälische Gütergemeinschaft (vgl. die oben zitierte Entscheidung des RG. Siegen)

Der einzelhandelschutzrechtliche Begriff der Verkaufsstelle

Von Dr. Kurt Röhl, Berlin

I. Allgemeines

1. Die an den Begriff „Verkaufsstelle“ anknüpfenden genehmigungspflichtigen Tatbestände

Durch das EinzelhandelSchG.¹⁾ werden verschiedene Tatbestände unter einen Genehmigungszwang²⁾ gestellt. Zu diesen genehmigungspflichtigen Tatbeständen gehören die Neuerrichtung (Art. I § 2 Abs. 1 EinzelhandelSchG.), die Übernahme (Art. I § 2 Abs. 1 EinzelhandelSchG.), die Verlegung (Art. I § 2 Abs. 2 EinzelhandelSchG.), die Erweiterung (Art. I § 3 Ziff. 1 EinzelhandelSchG.), die Firmierungsänderung (Art. I § 3 Ziff. 2 EinzelhandelSchG.) und die Sortimentänderung (Art. I § 3 Ziff. 3 und 4).

¹⁾ Mit EinzelhandelSchutzgesetz wird das Gesetz zum Schutze des Einzelhandels v. 12. Mai 1933 (RGBl. I, 1933, 262) bezeichnet. Dieses Gesetz ist seit seinem Erlaß fünfmal geändert worden, so durch die Gesetze v. 15. Juli 1933 (RGBl. I, 1933, 493), v. 25. Okt. 1933 (RGBl. I, 1933, 779), v. 27. Juni 1934 (RGBl. I, 1934, 523), v. 13. Dez. 1934 (RGBl. I, 1934, 1241) und v. 9. Mai 1935 (RGBl. I, 1935, 589). Das EinzelhandelSchG. war und blieb ein Rahmengesetz, das erst durch eine Durchführungsverordnung praktische Bedeutung erlangte. An die Stelle der erstmalig erlassenen DurchfVd. v. 13. Mai 1933 (RGBl. I, 1933, 267), die durch die ÄnderungsVd. v. 28. Nov. 1933 (RGBl. I, 1933, 1013) geändert und daraufhin neu gefaßt wurde (RGBl. I, 1933, 1014), trat die jetzt noch geltende und bisher unveränderte DurchfVd. v. 23. Juli 1934 (RGBl. I, 1934, 726).

²⁾ Das EinzelhandelSchG. spricht von Verboten. Dem Sinn der DurchfVd., die Ausnahmen von diesen Verboten in bestimmten Fällen vorsieht, und auch dem Bedeutungswechsel des EinzelhandelSchutzrechts gemäß ist es heute angebrachter, von einem Genehmigungszwang zu sprechen. Die Erteilung der Ausnahmegenehmigung ist heute die Regel, die Wirksamkeit des Verbotes dagegen die Ausnahme.

Die Neuerrichtung und die Übernahme von Verkaufsstellen sind schlechthin genehmigungspflichtig³⁾. Eine genehmigungspflichtige Verlegung liegt dann nicht vor, wenn eine Verkaufsstelle unter Aufgabe der bisherigen Verkaufsräume innerhalb desselben Gemeindebezirks (bzw. — bei verschiedenen Großstädten — innerhalb eines bestimmten Gemeindebezirksteils⁴⁾) in andere Räume verlegt wird, sofern die Verkaufsstelle in den bisherigen Räumen von dem Inhaber mindestens ein Jahr betrieben worden ist und die neuen Verkaufsräume nicht mehr als 25 qm größer als die bis-

³⁾ Art. I § 2 Abs. 1 EinzelhandelSchG. i. d. Fass. durch Art. I Ziff. 1 a des Ges. v. 13. Dez. 1934. Ausnahmen vom grundsätzlichen Errichtungsverbot sollen nur zugelassen werden, wenn für den Unternehmer oder die für die Leitung des Unternehmens in Aussicht genommene Person die für den Betrieb der Verkaufsstelle erforderliche Sachkunde nachgewiesen wird und keine Tatsachen vorliegen, aus denen sich der Mangel der erforderlichen persönlichen Zuverlässigkeit ergibt (Ziff. I DurchfVd.). Die Zulassung einer derartigen Ausnahme kann auch bei Vorliegen der in Ziff. I geforderten Voraussetzungen versagt werden, wenn die Errichtung der beabsichtigten Verkaufsstelle in der in Aussicht genommenen Gegend zu einer außergewöhnlichen Überfüllung innerhalb des gleichen Handelszweiges führen würde (Ziff. II DurchfVd.). Für die Errichtung eines Warenhauses, Kleinpreisgeschäftes, Serienpreisgeschäftes oder eines anderen durch die besondere Art der Preisstellung gekennzeichneten Geschäftes oder einer Verkaufsstelle mehrere Verkaufsstellen betreibenden Unternehmens — also für die Errichtung eines Einzelhandelsgroßbetriebes — darf eine Ausnahme nur dann zugelassen werden, wenn außer den in Ziff. I DurchfVd. geforderten Voraussetzungen ein Bedürfnis für die Errichtung einer solchen Verkaufsstelle nachgewiesen wird (Ziff. III DurchfVd.).

⁴⁾ Nach Art. I § 2 Abs. 2 Satz 2 EinzelhandelSchG. können die obersten Landesbehörden bestimmen, daß auch Teile des Gemeindebezirks als Gemeindebezirk im Sinne des Satzes 1 der gleichen Vorschrift gelten. Vgl. die Aufstellung bei Röhl, „Die Verlegung von Einzelhandelsverkaufsstellen“; RWerBl. 1937, 332.

herigen sind⁵⁾. Eine genehmigungspflichtige Erweiterung (die nur räumlich zu verstehen ist, da die branchenmäßige Erweiterung unter den Begriff der Sortimentsänderung fällt) liegt bei Erweiterung einer Verkaufsstelle durch bisher nicht dazu benutzte Verkaufsräume vor, sofern die Erweiterung den beim Inkrafttreten des EinzelhandelSchG.⁶⁾ vorhandenen Verkaufsraum um mehr als 25 qm übersteigt⁷⁾. Als genehmigungspflichtige Firmierungsänderung gilt nach dem EinzelhandelSchG. eine Änderung in der Bezeichnung der Verkaufsstelle auf Geschäftsschildern, Anschlägen in- oder außerhalb der Verkaufsräume, auf Geschäftspapieren, Werbeschriften und in Ankündigungen, wenn durch die geänderte Bezeichnung auf eine besondere Art der Preisstellung oder auf den Bezug von Waren von einem bestimmten Einkaufsunternehmen hingewiesen wird⁸⁾. Eine nach dem EinzelhandelSchG. selbst genehmigungspflichtige Sortimentsänderung liegt vor bei Ausdehnung des Verkaufs auf Lebensmittel und Genussmittel in Verkaufsstellen, in denen ausschließlich oder überwiegend andere Waren zum Verkauf feilgehalten werden⁹⁾, sowie bei Ausdehnung des Verkaufs auf Arzneimittel in Verkaufsstellen, in denen ausschließlich oder überwiegend andere Waren zum Verkauf feilgehalten werden¹⁰⁾. Nach einem Runderlaß des RWiM. liegt eine genehmigungspflichtige Neuerrichtung (eigentlich: Sortimentsänderung¹¹⁾)

⁵⁾ Art. I § 2 Abs. 2 Satz 1 EinzelhandelSchG. i. d. Fassung durch Art. 1 Ziff. 2 des Gef. v. 27. Juli 1934 und Art. I Ziff. 1 b des Gef. v. 13. Dez. 1934. Auf die Zulassung von Ausnahmen des Verbots solcher Verlegungen, bei denen die Verkaufsstelle in den bisherigen Räumen von dem Inhaber nicht mindestens ein Jahr betrieben worden ist oder bei denen die neuen Verkaufsräume mehr als ein Zehntel (jetzt: mehr als 25 qm) größer als die bisherigen sind, finden nur die Bestimmungen der Ziff. II und III der Durchf. VO. (siehe Fußnote 3) Anwendung (Ziff. IV Durchf. VO.).

⁶⁾ Das EinzelhandelSchG. ist gemäß seinem Art. III am 14. Juli 1933, dem Tage nach der Verkündung, in Kraft getreten.
⁷⁾ Art. I § 3 Ziff. 1 EinzelhandelSchG. i. d. Fassung durch Art. I Ziff. 2 des Gef. v. 13. Dez. 1934. Auf die Zulassung von Ausnahmen vom dem Erweiterungsverbot finden die Bestimmungen der Ziff. I bis III (siehe Fußnote 3) keine Anwendung, sofern die räumliche Erweiterung nicht mehr als ein Viertel des beim Inkrafttreten des EinzelhandelSchG. vorhandenen Verkaufsraumes beträgt und der neue Verkaufsraum in unmittelbarem Zusammenhang mit den bisherigen Verkaufsräumen steht (Ziff. V a Satz 1 Durchf. VO.). Erstreckt sich die räumliche Erweiterung auf mehr als ein Viertel dieses Verkaufsraumes oder steht der neue Verkaufsraum mit den bisherigen Verkaufsräumen nicht in unmittelbarem Zusammenhang, so finden nur die Ziff. II und III Anwendung (Ziff. V a Satz 2 Durchf. VO.).

⁸⁾ Art. I § 3 Ziff. 4 a. F. (Ziff. 2 n. F.) EinzelhandelSchG. Ausnahmen von diesem Verbot sollen in einer Gemeinde mit weniger als 30 000 Einwohnern überhaupt nicht, in einer Gemeinde mit mehr als 30 000 Einwohnern nur dann zugelassen werden, wenn sich aus der Lage der Verkaufsstelle, der Art, Lage und Entfernung der vorhandenen sonstigen Verkaufsstellen, der sozialen Schichtung und Dichtigkeit der Bevölkerung ein Bedürfnis für die beabsichtigte Änderung ergibt (Ziff. V b Durchf. VO.). Handelt es sich aber um eine Änderung in der Bezeichnung, die durch die Mitgliedschaft bei einer ausschließlich dem gewerblichen Mittelstand dienende Einkaufs- oder Warenbezugs-genossenschaft begründet wird, dann ist die Ausnahme in der Regel zuzulassen (Ziff. V c Durchf. VO.).

⁹⁾ Art. I § 3 Ziff. 5 a. F. (Ziff. 3 n. F.) EinzelhandelSchG. Von dem Verbot soll nur dann eine Ausnahme zugelassen werden, wenn durch die besondere Lage der Verkaufsstelle ein Bedürfnis für den Verkauf von Lebensmitteln nachgewiesen wird (Ziff. V d Durchf. VO.).

¹⁰⁾ Art. I § 3 Ziff. 6 a. F. (Ziff. 4 n. F.) EinzelhandelSchG. Über Anträge, von diesem Verbot eine Ausnahme zuzulassen, ist zur Zeit unter entsprechender Anwendung der Bestimmung der Ziff. V d Durchf. VO. (siehe Fußnote 9) und nach Anhörung des zuständigen Amtsarztes zu entscheiden; ein Bedürfnis für die Ausdehnung des Verkaufs auf Arzneimittel ist nur dann als nachgewiesen anzusehen, wenn es von dem zuständigen Amtsarzt bejaht wird (Ziff. 7 des RdErl. v. 11. März 1935 [MBlW. 1935 Sp. 560]).

¹¹⁾ Zweifellos ist auch die Sortimentsänderung in anderen als in den in den Fußnoten 9 und 10 genannten Fällen einzelhandelsrechtserheblich. Dies gilt zum mindesten für die Sortimentserweiterung. Das EinzelhandelSchG. selbst und auch die Durchf. VO. lassen diesen Tatbestand frei. In den Runderlässen des Reichswirtschaftsministers, insbes. in dem v. 10. Jan. 1936, erscheint die Sortimentsänderung als eine Sonderform der Neuerrichtung; es wird

auch dann vor, wenn Waren hinzugenommen werden, die im Verhältnis zu den bisher geführten Waren völlig artfremd sind und in keinem inneren Zusammenhang mit den bisher geführten Waren stehen¹²⁾.

2. Kreis der vom Einzelhandelschutzgesetz erfaßten Verkaufsstellen

Die vorher genannten Bestimmungen beziehen sich nach dem Wortlaut des EinzelhandelSchG. (so in Art. I § 2 Abs. 1) auf „Verkaufsstellen, in denen Waren zum Verkauf feilgehalten werden“. Diese Vorschrift läßt an sich eine Beschränkung des sachlichen Geltungsbereiches des EinzelhandelSchG. auf den Einzelhandel nicht zu. In Verbindung mit dem Titel des Gesetzes („Gesetz zum Schutze des Einzelhandels“) und insbesondere mit dem Vorpruch zum EinzelhandelSchG.¹³⁾ ist es jedoch eindeutig, daß sich die Genehmigungspflicht ausschließlich auf den Einzelhandel bezieht.

Zum Einzelhandel gehören ausdrücklich auch die Verkaufsstellen der Konsumvereine und der Werkkonsumanstalten. Die Erwähnung dieser besonderen Einzelhandelsverkaufsstellen in Art. I § 4 EinzelhandelSchG. kann nur klarlegende Bedeutung haben. Dem Genehmigungszwang werden also — nach der Absicht des Gesetzgebers — nicht nur die offenen, sondern auch diejenigen Verkaufsstellen erschlossen, die nur einem beschränkten Personenkreise zugänglich sind. Diese Vorschrift kann aber nicht so verstanden werden, daß von den nichtoffenen Verkaufsstellen nur die genossenschaftlichen und betrieblichen Einzelhandelsverkaufsstellen in den sachlichen Geltungsbereich des EinzelhandelSchG. fallen, während die anderen nichtoffenen Verkaufsstellen des Einzelhandels ausgenommen bleiben sollen¹⁴⁾.

Ausgenommen sind aber — auf Grund ausdrücklicher gesetzlicher Regelung (Art. I § 6 EinzelhandelSchG.) — das Feilhalten von Waren auf öffentlichen Wegen, Straßen und Plätzen, das Feilhalten von Waren im Gewerbebetrieb im Umherziehen, im Marktverkehr und auf Ausstellungen. Unter Marktverkehr fällt hier nur der öffentliche Marktverkehr, der nach anderer Vorschrift schon einer behördlichen Aufsicht untersteht¹⁵⁾. Private Marktveranstaltungen unterfallen in ihrer Gesamtheit dem EinzelhandelSchG.; ausgenommen sind aber nach geltendem Recht die einzelnen Stände auf solchen privaten Marktveranstaltungen¹⁶⁾. Bei Gemein-

unterstellt, daß eine neue Verkaufsstelle (für die neue Ware) in der bisherigen Verkaufsstelle errichtet wird. Hiergegen vgl. Röhl, „Die Sortimentsänderung nach dem Einzelhandelschutzgesetz“ im „Archiv für Wettbewerbsrecht“, Septemberheft 1936.

¹²⁾ Erlaß des Reichswirtschaftsministers V 26 152/35 vom 10. Jan. 1936 [MBlW. 1936, 18]. Vgl. dazu Michel, „Grundfragen des Einzelhandelschutzes“ im MBlW. 1936, 31; vgl. ferner dazu die kritischen Bemerkungen zum Erlaß v. 10. Jan. 1936, die Haars in seinem Aufsatz „Das Einzelhandelschutzgesetz und die Ausdehnung des Verkaufs auf eine ‚artfremde Ware““ (JW. 1937, 1137).

¹³⁾ Der Vorpruch hat folgenden Wortlaut: „Die Reichsregierung hat zur Abwehr der dem Einzelhandel aus der gegenwärtigen wirtschaftlichen Not drohenden Gefahren und zur Sicherung des Bestandes der mittelständischen Betriebe des Einzelhandels als Übergangsmaßregel das folgende Gesetz beschlossen, das hiermit verkündet wird.“

¹⁴⁾ Vgl. Schulze, „Zwei Streitfragen aus der Praxis des Einzelhandelschutzgesetzes“ (RVerwBl. 1936, 733). Müllenbusch ist anderer Ansicht; nach ihm sollen vom sachlichen Geltungsbereich des Einzelhandelschutzgesetzes auch die landwirtschaftlichen Abjag- und Bezugs-genossenschaften ausgenommen sein („Fragen zum Einzelhandelschutzgesetz“ in RdM. 1937, 148).

¹⁵⁾ Der Marktverkehr unterliegt den Vorschriften der GemD. (Titel IV [§§ 64—71]), insbes. der Marktpolizei nach § 69 der GemD.

¹⁶⁾ Runderlaß des Reichswirtschaftsministers v. 16. Dez. 1933 (MBlW. 1934 Sp. 46) Ziff. B 13 Satz 5; vgl. von Levetzow, „Die Tätigkeit der Beschwerde-Zustand bei der Durchführung des Einzelhandelschutzgesetzes in Groß-Berlin“ („Wirtschaftsblatt der Industrie- und Handelskammer zu Berlin“ 1935, 1215); vgl. ferner

Handelskaufhäusern verhält es sich ebenso; das Gemeinschaftskaufhaus als Ganzes unterliegt den Vorschriften des EinzelhandelSchG., während die Abteilungen oder Stände ausgenommen sind¹⁷⁾.

Ausgenommen sind auch diejenigen Verkaufsstellen unterhaltenden Betriebe, die einer Sonderregelung unterworfen sind. Dazu gehören zweifellos die Einheitspreisgeschäfte, die schon vor Erlass des EinzelhandelSchG. einem (überdies strengeren) Konzessionszwang unterlagen¹⁸⁾. Milch- (einzelhandelsgeschäfte¹⁹⁾) und der Kleinhandel mit Branntwein²⁰⁾ sollen ebenfalls ausgenommen sein. Dagegen unterliegen ohne jeden Zweifel die Betriebe des Reichsnährstandeinzelhandels²¹⁾ und des Kulturguteneinzelhandels trotz der reichsnährstand- bzw. kulturkammerrechtlichen Zulassungsbeschränkungen dem Einzelhandelschutzrecht²²⁾. Ausgenommen ist ferner durch die Durchf. Bd. der Treibstoffeinzelnhandel (Tankstellen)²³⁾.

Demnach fallen — von den gesetzlichen Ausnahmen abgesehen — unter das EinzelhandelSchG. alle Verkaufsstellen des Einzelhandels, in denen Waren zum Verkauf feilgehalten werden. Wann eine Verkaufsstelle, wann Einzelhandel, wann eine Ware, wann ein Feilhalten vorliegen, soll im nächsten Abschnitt gezeigt werden.

II. Die einzelnen Merkmale des einzelhandelschutzrechtlichen Begriffes „Einzelhandelsverkaufsstelle“

1. Das Begriffsmerkmal „Verkaufsstelle“

Es muß überhaupt eine Verkaufsstelle vorhanden sein. Fehlt eine derartige Verkaufsvorrichtung, so findet schon aus diesem Grunde auf den fraglichen Betrieb das EinzelhandelSchG. keine Anwendung. Der Begriff „Verkaufsstelle“ zerfällt in die beiden Unterbegriffe „Verkauf“ und „Stelle“.

a) Die „Verkaufsstelle“

Eine „Verkaufsstelle“ liegt einwandfrei bei Lageräumen, Lagerplätzen, Auslieferungslagern und Ausstellungsräumen nicht vor²⁴⁾. Dies gilt

die kritischen Bemerkungen von Duda, „Grenzen des Anwendungsbereichs des Einzelhandelschutzgesetzes“ („Wirtschaftsblatt der Industrie- und Handelskammer zu Berlin“ 1934, 1605).

¹⁷⁾ Runderlaß des Reichswirtschaftsministers v. 16. Dez. 1933 (MBlW. 1934 Sp. 46) Ziff. B13 Satz 5.

¹⁸⁾ Das durch § 1 des III. Teils der WD. v. 9. März 1932 eingeführte Verbot der Errichtung, Erweiterung und Verlegung von Einheitspreisgeschäften gilt jetzt (gemäß Art. I § 1 EinzelhandelSchG.) unbefristet.

¹⁹⁾ Erlaß des Reichswirtschaftsministers V 23708/35 vom 14. Nov. 1935: das EinzelhandelSchG. gilt nur insoweit, als es sich um die Errichtung von Filialgeschäften und um die Zulassung von Geschäften handelt, die außer Milch und Milcherzeugnissen noch andere Waren führen. Vgl. auch Gerching, „Die Erlaubniserteilung für den Einzelhandel mit Milch“ (WVerwBl. 1937, 336).

²⁰⁾ Vgl. Desterle, „Die Einzelhandelskategorie in ihrem Verhältnis zu anderen Errichtungsbeschränkungen“ (WVerwBl. 1935, 909); vgl. ferner Rother, „Das Gaststättengesetz und das Gesetz zum Schutze des Einzelhandels“ (WVerwBl. 1936, 585).

²¹⁾ Hier sind insbesondere zu erwähnen die Einzelhandelsbetriebe der Viehwirtschaft und der Getreidewirtschaft; vgl. Ziff. I 3 des in Fußnote 22 genannten Erlasses.

²²⁾ Vgl. Ziff. I des Erlasses des Reichswirtschaftsministers V 14097/36 v. 10. Juli 1936 („Wirtschaftsblatt der Industrie- und Handelskammer zu Berlin“ 1936, 1065).

²³⁾ Ziff. VI der Durchf. Bd. zum EinzelhandelSchG. i. Verb. m. der Anordnung des Reichswirtschaftsministers über Beschränkung des Tankstellennetzes v. 24. Juli 1934 („Deutscher Reichsanzeiger“ Nr. 171, 1934) und der Anordnung des Reichswirtschaftsministers über die Verlängerung der Anordnung über Beschränkung des Tankstellennetzes und ihre Einführung im Saarland v. 19. Juni 1935 („Deutscher Reichsanzeiger“ Nr. 143, 1935). Diese Anordnungen führen selbständige Genehmigungspflichtbestände ein.

²⁴⁾ Heinig, „Das Einzelhandelschutzgesetz“ 1936, 142; RdErl. v. 16. Dez. 1933 Ziff. B16 Abs. 1 Satz 2 (MBlW. 1934 Sp. 46).

aber nur, wenn sie ausschließlich dem Lagern von Waren oder deren Ausstellung dienen. Es darf also in ihnen kein Einzelverkauf stattfinden. Selbst gelegentliche Abgabe von Waren an den letzten Verbraucher macht aus ihnen eine „Verkaufsstelle“. Dies gilt auch für geringfügige Einzelhandelsumsätze²⁵⁾. Aber auch in den Fällen des verdeckten Einzelverkaufs wird aus dem Lager- oder Ausstellungsraum ein Verkaufsraum, der dann der Genehmigungspflicht nach dem EinzelhandelSchG. unterliegt. Daß die Genehmigungsfreiheit der Auslieferungslager gerade vielfach zu Umgehungsversuchen geführt hat, ist bekannt²⁶⁾. So richten häufig Versandgeschäfte Auslieferungslager ein, von denen aus Versandkunden beliefert werden. Eine „regelrechte“ Verkaufsstelle liegt dann vor, wenn „die Kunden ohne vorherige Bestellung bei der Versandfirma sofort gegen Barzahlung im Auslieferungslager die Ware kaufen und mitnehmen können, aber auch dann, wenn die Entgegennahme der Bestellungen und der Zahlung statt der an anderem Orte gelegenen Versandzentrale dem Leiter des Auslieferungslagers übertragen ist“²⁷⁾. Wird mit dem Ausstellungsraum ein Verkauf an den letzten Verbraucher verbunden, so liegt nicht mehr ein reiner — aus dem sachlichen Geltungsbereich des EinzelhandelSchG. fallender — Ausstellungsraum, sondern bereits ein Verkaufsraum vor. Wird neben dem eigentlichen Ausstellungsraum oder Lagerraum (Lagerplatz) eine besondere Verkaufsstelle errichtet, so gilt nur diese als „Verkaufsstelle“, während die anderen, feinen Verkaufszwecken dienenden Räume nicht vom EinzelhandelSchG. erfaßt werden. Voraussetzung ist aber, daß der Zweckcharakter der Nichtverkaufsräume streng gewahrt wird²⁸⁾.

b) Verkaufsstelle

Verkaufsstelle ist jeder Ort, auf dem sich Verkäufe abspielen sollen. Die Lage und Beschaffenheit der Verkaufsstelle sind ohne Bedeutung²⁹⁾. Auch die Betriebsform ist ohne Einfluß³⁰⁾. Von der Genehmigungspflicht werden somit ohne Unterschied erfaßt: Warenhäuser wie Kellerläden, Etagegeschäfte, Ladengeschäfte, Hofgeschäfte (z. B. für den Verkauf von Brennstoffen), feste Kioske³¹⁾. Bei Warenhäusern und auch bei Gemeinschaftskaufhäusern sowie bei privaten Marktveranstaltungen bilden die einzelnen Verkaufsstände keine selbständigen Verkaufsstellen; vielmehr gelten diese Betriebsformen in ihrer Ganzheit als eine einheitliche Verkaufsstelle³²⁾. Die Verwaltungspraxis rechnet zu den Verkaufsstellen auch verschlossene Wohnungen, zu denen nur auf Läuten Eintritt gewährt wird³³⁾, ferner die besonders in den Berliner Geschäftsgegenden bekannten Hausflurläden³⁴⁾. Auch ein Stall kann eine Verkaufsstelle sein, denn es genüge „vollkommen für den Begriff einer Verkaufsstelle, wenn die Waren in einem Stalle zur sofortigen Abgabe

²⁵⁾ Maue, „Einige häufige Versuche der Umgehung des Einzelhandelschutzgesetzes und ihre Behandlung“ („Wirtschaftsblatt der Industrie- und Handelskammer zu Berlin“ 1936, 1552); vgl. auch „Wirtschaftsblatt der Industrie- und Handelskammer zu Berlin“ 1936, 1124 unter „Einzelhandelsstätigkeit von Großhandelsunternehmen“.

²⁶⁾ Vgl. Maue (wie Fußnote 25).

²⁷⁾ Vgl. Maue (siehe Fußnote 25).

²⁸⁾ Werden Räume gemietet, die über die zugelassene Ausdehnung hinausgehen, so muß der zu Verkaufszwecken unbenutzte übrige Raum vom Verkaufsraum getrennt werden. Trennung „durch Vorhang oder verschiebbare Regale“ genügt als Nachweis der Nichtbenutzung des Restraumes nicht; das „mindeste, was unbedingt verlangt werden muß, ist eine Trennwand, die den gestatteten Verkaufsraum von dem darüber hinausgehenden abtrennt“ (von Leveschow, siehe Fußnote 16).

²⁹⁾ RdErl. v. 16. Dez. 1933 Ziff. B12 Satz 4 (MBlW. 1934 Sp. 46).

³⁰⁾ Heinig (Fußnote 24) S. 25.

³¹⁾ RdErl. v. 16. Dez. 1933 Ziff. B12 Satz 4 (MBlW. 1934 Sp. 46); vgl. auch Geyer (Fußnote 44).

³²⁾ Siehe die Fußnoten 16 und 17.

³³⁾ Desterle, „Das Gesetz zum Schutze des Einzelhandels“ (JW. 1933, 1502).

³⁴⁾ Vgl. von Leveschow (Fußnote 16).

gewerbmäßig in Form des Einzelhandels — also nicht etwa an Wiederverkäufer — bereitgehalten werden“³⁵). Tankstellen sind Einzelhandelsverkaufsstellen³⁶); sie unterliegen nur nicht dem EinzelhandelSchG., sondern der Genehmigungspflicht nach besonderer — auf Grund des ZwangskartellG. vom 15. Juli 1933 erlassener — Anordnung des RMW.³⁷).

Auch Automaten (mechanische Einrichtungen zum selbsttätigen Verkauf [von Waren]) sind Verkaufsstellen³⁸), ihrer Natur nach sogar typische „Einzelhandelsverkaufsstellen“. Sogar die von einem Großhändler aufgestellten Heimautomaten sind mit Recht als unter die einzelhandelschutzrechtliche Genehmigungspflicht fallend von der Rechtsprechung betrachtet worden³⁹).

Auch Bahnhofsverkaufsstellen unterliegen dem EinzelhandelSchG.⁴⁰).

2. Das Begriffsmerkmal „Einzelhandel“

a) Der Haupteinzelhandel

Daß nur Einzelhandelsverkaufsstellen unter das EinzelhandelSchG. fallen, ergibt sich — wie bereits ausgeführt wurde — aus der Bezeichnung des Gesetzes und aus dem Vorbehalt zum EinzelhandelSchG., aus dem der Gesetzeszweck, der für seine Auslegung entscheidend ist, klar erkennbar ist.

Einzelhandel ist jede gewerbmäßige Betätigung, die auf den Absatz an Verbraucher gerichtet ist. „Einzelhandelsverkaufsstellen sind solche Verkaufsstellen, in denen ein Einzelverkauf von Waren an den letzten Verbraucher stattfindet (Duda⁴¹) bzw. solche Räume, die dem Publikum zum Kauf von Waren im Kleinverkehr offenstehen (Desterle⁴²) bzw. Verkaufsstellen, in denen die Waren unmittelbar an das verbrauchende Publikum verkauft werden (Steffens⁴³) bzw. Verkaufsstellen, die dem Absatz von Waren an Dritte in Form des Einzelhandels dienen, wobei die Waren zur sofortigen Abgabe vorhanden sein müssen, der Absatz gewerbmäßig erfolgen und die Verkaufsstelle jedem Kaufsucher zugänglich sein muß (Geyer⁴⁴) bzw. alle Räume, in denen Waren gewerbmäßig zum Verkauf an den letzten Verbraucher feilgehalten werden und die zu diesem Zweck jedem Kaufsucher zugänglich sind (Schmidt⁴⁵). Nach Heinig⁴⁶) ist die Verkaufsstelle zu definieren als die Gewährung der Gelegenheit durch Einrichtungen jedweder Art für den letzten Verbraucher zum Einkauf verkaufsgegenwärtiger Ware. Im Grunde sagen alle Begriffsbestimmungen das gleiche, wenn man davon absieht, daß Geyer und Schmidt ausdrücklich ihre Definition auf die offenen Verkaufsstellen des Einzelhandels beschränken.

Einzelhandel und Kleinhandel sind im Sinne des EinzelhandelSchG. das gleiche.

Demgemäß werden vom EinzelhandelSchG. alle diejenigen Betriebe nicht erfaßt, die andere als Einzelhandelsaufgaben zu erfüllen haben. Alle Betriebe, die Leistungen erbringen (Wäschereien z. B.) oder Waren im Großhandel absetzen, stehen außerhalb des Einzelhandelssonderrechts. Großhandelsverkaufsstellen sind solche Verkaufsstellen, die aus-

schließlich dem Absatz an Wiederverkäufer dienen und deshalb zum Großhandel zu zählen sind⁴⁷). Zum Absatz im Großhandel zählt aber nur der Absatz an Wiederverkäufer, nicht aber der Absatz an Großabnehmer, die die Waren „verbrauchen“ und daher Verbraucher sind; hierbei spielt es keine Rolle, ob die Waren im gewerblichen Betriebe oder im Privathaushalt verbraucht werden⁴⁸).

b) Der Nebeneinzelhandel

a) Grundsätzliche Regelung

Eine Einzelhandelsverkaufsstelle liegt grundsätzlich aber auch dann vor, wenn in einem Unternehmen, das Großhandel betreibt oder das gewerbliche Leistungen darbietet — d. h. also: in einem nichteinzelhändlerischen Unternehmen — an den letzten Verbraucher Waren verkauft werden. Ein solcher Betrieb ist nicht mehr reiner Großhandelsbetrieb, sondern ein Doppelbetrieb, der einerseits aus einer Großhandelsverkaufsstelle und andererseits aus einer Einzelhandelsverkaufsstelle besteht. Gleichgültig ist hierbei, ob eine räumliche Trennung zwischen den beiden Betriebsabteilungen vorgenommen ist oder nicht. Gleichgültig ist dabei, ob der Anteil des Einzelhandelsumsatzes am Gesamtumsatz verschwindend gering ist, da es auf den Umsatzanteil in gar keinem Falle ankommt⁴⁹). Mit der Einzelhandelsverkaufsstelle unterliegt der Gesamtbetrieb den einzelhandelschutzrechtlichen Vorschriften; diese erstrecken sich aber nur auf jenen Teil, der dem Absatz an den letzten Verbraucher gewidmet ist⁵⁰).

β) Ausnahmen

Von dem Grundsatz, daß einzelhändlerische Umsätze in einem nichteinzelhändlerischen Betriebe eine Einzelhandelsverkaufsstelle im Sinne des EinzelhandelSchG. begründen, gibt es zwei Ausnahmen. Diese Ausnahmen ergeben sich zwar nicht aus dem Gesetz, auch nicht aus der DurchfW., sondern aus einem Runderlaß des RMW. Diese Ausnahmen sind:

aa) der sogenannte hilfsbetriebliche Einzelhandel, d. h. einzelhändlerische Verkaufsstellen als Hilfsbetriebe nichteinzelhändlerischer Unternehmen,

bb) der sogenannte Zubehöreinzelnhandel, d. h. einzelhändlerische Verkaufsstellen im üblichen Rahmen des Zubehörgeschäfts nichteinzelhändlerischer Unternehmen;

ich fasse diese Betriebe unter dem Begriff „Nichteinzelhandelsbetriebe mit Verkaufsstellenprivileg“ zusammen⁵¹). Das Privileg besteht darin, daß sie wirtschaftlich Einzelhandel betreiben und trotzdem vom sachlichen Geltungsbereich des EinzelhandelSchG. ausgenommen sind.

aa) Hilfsbetrieblicher Einzelhandel

liegt vor bei Verkaufsstellen, die als Hilfsbetriebe eines anderen Unternehmens, z. B. eines handwerklichen oder landwirtschaftlichen Betriebes, angesehen werden müssen, weil sie dem Verkauf der in dem Hauptbetrieb hergestellten oder gewonnenen Waren dienen und in unmittelbarem räumlichen Zusammenhang mit dem Hauptbetrieb stehen⁵²).

Als selbsthergestellte Waren dürften hierbei nicht nur solche Waren anzusehen sein, deren gesamte Herstellung aus-

³⁵) Vgl. Geyer, „Das Gesetz zum Schutze des Einzelhandels“ (RVerwBl. 1936, 1068).

³⁶) RdErl. v. 16. Dez. 1933 Ziff. B12 Satz 4 (RMW. 1934 Sp. 46).

³⁷) Siehe Fußnote 23.

³⁸) Daß jedem zugängliche Automaten Verkaufsstellen im Sinne des EinzelhandelSchG. sind, ist unbestritten; hinsichtlich nicht jedem zugänglicher Automaten vgl. Schulze (Fußnote 14).

³⁹) DVG. Dresden 21 Ws 73/35 v. 6. März 1935 (ZB. 1935, 2388).

⁴⁰) RdErl. v. 16. Dez. 1933 Ziff. B11 Abs. 5 (RMW. 1934 Sp. 46).

⁴¹) Vgl. feinen in Fußnote 16 genannten Aufsatz.

⁴²) Vgl. feinen in Fußnote 33 genannten Aufsatz.

⁴³) „Gesetz zum Schutze des Einzelhandels“ 1935, 4.

⁴⁴) „Der Schutz des Einzelhandels“ im RVerwBl. 1936, 587.

⁴⁵) Schmidt, „Der Warenautomat“ (RVerwBl. 1936 Teil II S. 390).

⁴⁶) Siehe Fußnote 24.

⁴⁷) RdErl. v. 16. Dez. 1933 Ziff. B11 Abs. 1 Satz 2 (RMW. 1934 Sp. 46).

⁴⁸) Vgl. Geyer (Fußnote 44); a. A. Müllenbusch (Fußnote 14).

⁴⁹) Hinsichtlich der einzelhandelschutzrechtlichen Bedeutung eines geringfügigen Einzelhandelsumsatzes in Ausstellungsräumen siehe Maube (Fußnote 25).

⁵⁰) Wird z. B. ein Teil der bisher für den Absatz im Großen verwendeten Räume für den Einzelhandelsabsatz benutzt, so liegt darin eine räumliche Erweiterung, die unter bestimmten Voraussetzungen (siehe Fußnote 7) die Genehmigungspflicht nach Art. 1 § 3 Ziff. 1 EinzelhandelSchG. auslöst.

⁵¹) Vgl. Köhl, „Die Verlegung von Einzelhandelsverkaufsstellen“ im RVerwBl. 1937, 314—319, 331—335.

⁵²) RdErl. v. 16. Dez. 1933 Ziff. B11 Abs. 1 Satz 3 (RMW. 1934 Sp. 46).

schließlich in dem betreffenden Hauptbetrieb vorgenommen worden ist, sondern auch solche Waren, bei denen die handwerkliche Tätigkeit sich auf die Weiterverarbeitung von Halbfabrikaten beschränkt, z. B. Bearbeitung von Gutformen in Puzmachereien⁵³). Dagegen wird eine Verarbeitung, die lediglich der verkaufsfertigen Herrichtung der Waren dient, nicht bereits als deren Herstellung anzuerkennen sein⁵⁴). Soweit daher z. B. der Inhaber eines Fleischladens seine handwerkliche Tätigkeit darauf beschränkt, von einem Fleischgroßmarkt fertig geschlachtete bezogene Tiere für den Fleischverkauf an den Verbraucher zu zerlegen, und auch die zum Verkauf gelangenden Wurstwaren nicht überwiegend selbst herstellt, sondern von anderen Unternehmen fertig bezieht, bestehen nach der Auffassung des RWiM. keine Bedenken, einen solchen Betrieb als Verkaufsstelle im Sinne des Einzelhandelschutzrechts zu behandeln⁵⁵). Bei der Entscheidung dieser Fragen soll jedoch im allgemeinen innerhalb eines Gemeindebezirks für die gleiche Branche eine einheitliche Handhabung des EinzelhandelSchG. angestrebt und in Zweifelsfällen die Stellungnahme der beteiligten Berufsvertretungen weitestmöglich berücksichtigt werden⁵⁶).

Werden aber in einer an sich als Hilfsbetrieb eines anderen Unternehmens eingerichteten Verkaufsstelle außer den der Branche dieses Betriebes entsprechenden, ganz oder überwiegend aus dem Hauptbetriebe stammenden Waren auch branchenfremde Waren feilgehalten, so entfällt das Privileg; es liegt dann eine Verkaufsstelle im Sinne des EinzelhandelSchG. vor⁵⁷).

bb) Zubehörgeschäftlicher Einzelhandel

Zu den Verkaufsstellen im üblichen Rahmen des Zubehörgeschäfts nichteinzelhändlerischer Unternehmen rechnet der RWiM.:

aa) Unternehmungen, die hauptsächlich der Vornahme gewerblicher Leistungen dienen und bei denen der Warenverkauf nicht über den üblichen Rahmen eines Zubehörgeschäfts hinausgeht, z. B. Friseurgeschäfte, Reparaturwerkstätten⁵⁸). Daß eine Autoreparaturwerkstatt dadurch, daß darin gelegentlich Zubehöerteile verkauft werden, noch nicht zu einer Verkaufsstelle im Sinne des EinzelhandelSchG. wird, entschied auch das SächSWG.⁵⁹).

ß) Speisehauswirtschaften und Trinkhallen, solange in diesen nur solche Waren feilgehalten werden, die nach den Anschauungen des Verkehrs zur Befriedigung der Gäste

⁵³) RdErl. v. 16. Dez. 1933 Ziff. BI 1 Abs. 2 Satz 1 (MWiW. 1934 Sp. 46).

⁵⁴) RdErl. v. 16. Dez. 1933 Ziff. BI 1 Abs. 2 Satz 2 (MWiW. 1934 Sp. 46).

⁵⁵) RdErl. v. 16. Dez. 1933 Ziff. BI 1 Abs. 2 Satz 3 (MWiW. 1934 Sp. 46).

⁵⁶) Diese Auffassung soll später vom Reichswirtschaftsminister aufgegeben worden sein. Nach dem bei Heinig (Fußnote 24) abgedruckten Erlaß des Reichswirtschaftsministers v. 4. Dez. 1935 heißt es unter Ziff. II wie folgt: In BI 1 Abs. 2 meines RdErl. vom 16. Dez. 1933 hatte ich ausgeführt, daß als Verkaufsstellen im Sinne des EinzelhandelSchG. auch solche Fleischläden zu gelten haben, in denen der Inhaber sich darauf beschränkt, von einem Fleischgroßmarkt fertig geschlachtete bezogene Tiere für den Fleischverkauf an den Verbraucher zu zerlegen. Da das Zerlegen von geschlachteten Tieren und die Herrichtung des Fleisches für den Kauf als wesentliche Verrichtung des Fleischhandwerks auch Prüfungsfächer bei der handwerklichen Gesellen- und Meisterprüfung sind, bin ich, schon damit übereinstimmend mit den Bestimmungen der Dritten W.D. über den vorläufigen Aufbau des deutschen Handwerks v. 18. Jan. 1935 vermieden werden, der Auffassung, daß es sich empfiehlt, künftig in Abweichung von meinem vorerwähnten Minderlaß diese Fleischverkaufsstellen, in denen fertig geschlachtete bezogene Tiere zerlegt und das Fleisch für den Verkauf hergerichtet wird, als Handwerksbetriebe anzusehen, auf die die Vorschriften des EinzelhandelSchG. keine Anwendung finden.

⁵⁷) RdErl. v. 16. Dez. 1933 Ziff. BI 1 Abs. 2 Satz 4 (MWiW. 1934 Sp. 46).

⁵⁸) RdErl. v. 16. Dez. 1933 Ziff. BI 1 Abs. 4 (MWiW. 1934 Sp. 46).

⁵⁹) RdErl. v. 16. Dez. 1933 Ziff. BI 1 Abs. 3 Satz 1 (MWiW. 1934 Sp. 46).

⁶⁰) Entscheidung 92 I v. 26. Okt. 1934 (RVerwBl. 1935, 401).

erforderlich und daher als zum Schankwirtschaftsgewerbe gehörig anzusehen sind⁶⁰).

γ) Andere gewerbliche Betriebe, soweit ein Verkauf bestimmter Waren üblicherweise mit ihnen verbunden ist, sofern der Verkauf seiner Bedeutung nach hinter dem übrigen Betriebe zurückbleibt und sich auf die Kunden des Hauptbetriebes in der Weise beschränkt, daß die Verkaufsanlage nicht jedermann zugänglich ist; der in Verbindung mit der Vermietung von Garagen betriebene Reifenhandel und Verkauf von Treibstoff in einer mit den Garagen räumlich verbundenen Tankstelle dürfte — nach der Auffassung des RWiM. — die Umsätze aus der Vermietung der Unterstellplätze erheblich übersteigen und daher unter die Sperrvorschriften des EinzelhandelSchG. fallen⁶¹).

Werden aber über den Rahmen eines Zubehörgeschäfts hinaus auch Waren zum Verkauf bereit gehalten, die mit den gewerblichen Leistungen des Betriebes in keiner unmittelbaren Verbindung stehen (z. B. Verkauf von Gold- und Silberwaren in Uhrmachergeschäften oder von Tabakwaren in Friseurläden), so entfällt das Privileg; es liegt dann eine Verkaufsstelle im Sinne des EinzelhandelSchG. vor⁶²).

3. Das Begriffsmerkmal „Waren“

Nur Verkaufsstellen, in denen „Waren“ zum Verkauf feilgehalten werden, sind vom EinzelhandelSchG. erfaßt. Waren sind bewegliche Sachen, die in der Regel Gegenstand des Handelsverkehrs sind.

Da vom Warenbegriff nur bewegliche Sachen erfaßt werden, die unbeweglichen also ausscheiden, erstreckt sich das EinzelhandelSchG. nicht auf den Handel mit Immobilien⁶³).

Wertpapiere und Geld gehören nicht zu den Waren, so daß auch Bank- und Geldwechselgeschäfte außerhalb des EinzelhandelSchG. stehen⁶⁴). Dafür unterstehen die Kreditinstitute den besonderen Genehmigungspflichten nach dem Gesetz über das Kreditwesen v. 5. Dez. 1934⁶⁵).

Da nur der Warenvertrieb erfaßt wird, scheiden auch die sogenannten Polypphoto- und Photomatonläden, die photographischen Ateliers überhaupt, ferner die Wäschereien, Färbereien u. ä. Betriebe aus, da es sich hier um die Erbringung gewerblicher Leistungen handelt⁶⁶).

Ob lebende Tiere, insbesondere Pferde, Rinder, Schweine, als Ware im Sinne des EinzelhandelSchG. anzusehen sind und ob demgemäß der Handel mit solchen Tieren Einzelhandel im Sinne des EinzelhandelSchG. darstellt, ist verneint worden⁶⁷).

4. Das Begriffsmerkmal „Verkauf“

Entscheidend ist nach dem Wortlaut des EinzelhandelSchG., daß in den Verkaufsstellen Waren zum „Verkauf“ feilgehalten werden.

Werden die Waren nur zur Werbung feilgehalten, also nur zur Schau ausgestellt, ohne daß damit eine Verkaufabsicht verbunden ist, so liegt keine Verkaufsstelle im Sinne des EinzelhandelSchG. vor. Die Tatsache, daß die Zur Schaustellung letztendlich nur zum Zwecke des Verkaufs erfolgt, ist hierbei unbeachtlich. Erforderlich ist, daß der Ver-

⁶⁰) RdErl. v. 16. Dez. 1933 Ziff. BI 1 Abs. 3 Satz 2 (MWiW. 1934 Sp. 46).

⁶¹) RdErl. v. 16. Dez. 1933 Ziff. BI 1 Abs. 3 Satz 3 (MWiW. 1934 Sp. 46).

⁶²) RdErl. v. 16. Dez. 1933 Ziff. BI 1 Abs. 4 (MWiW. 1934 Sp. 46).

⁶³) Vgl. Heinig (Fußnote 24) S. 24.

⁶⁴) Vgl. Desterle (Fußnote 33).

⁶⁵) Zum Gef. v. 5. Dez. 1934 (RGBl. I, 1934, 1203) ergingen folgende Durchführungs- und ErgänzungsW.D.: I. W.D. v. 9. Febr. 1935 (RGBl. I, 1935, 205), II. W.D. v. 27. Juli 1935 (RGBl. I, 1935, 1050), III. W.D. v. 30. Juni 1936 (RGBl. I, 1936, 540), sowie das ArbG. v. 13. Dez. 1935 (RGBl. I, 1935, 1456).

⁶⁶) Vgl. von Levezow (Fußnote 16) und das allerdings arbeitszeitrechtliche Schreiben des Reichsarbeitsministers III a 1837 v. 20. Jan. 1937 (ArbBl. III, 1937, 36).

⁶⁷) Vgl. Geher (Fußnote 35).

kauf unmittelbar stattfinden kann. Es muß sich also um einen „Handkauf“, um einen „Verkauf über den Ladentisch“ handeln. Allerdings darf dieser Begriff nicht überspannt ausgelegt werden. Ein derartiger Handkauf liegt auch dann noch im Sinne des EinzelhandelsSchG. vor, wenn der Käufer die Ware nach dem Kauf beim Verkäufer liegen läßt, um sie sich zufinden zu lassen oder um sie zu einem späteren Zeitpunkt abzuholen. Anders ist dagegen die Sachlage zu beurteilen, wenn sich die Kaufhandlung bis auf die Mitgabe der gekauften Waren in gebräuchlicher Form abspielt (d. h. wenn alle anderen Voraussetzungen für die Annahme einer Einzelhandelsverkaufsstelle vorliegen) und nur die Mitgabe dadurch ersetzt wird, daß die gekaufte Ware zu einem vom Käufer bestimmten Zeitpunkt (angeblich: kundendienstlich) ins Haus geschickt oder durch die Post überandt wird; in diesem Falle dürfte ein unechtes Versandgeschäft vorliegen, in dessen Richtung eine Umgehung der Genehmigungspflicht zu erblicken ist, die nicht rechtsbeständig sein kann⁶⁸⁾. Ähnlich liegt der Fall, wenn (z. B.) ein Landwirt, der den Erfordernissen einer Ausnahmegenehmigung nicht entspricht und der den Brothandel betreiben will, nachweisen kann, daß er nur bestelltes Brot, bestellte Backwaren, bestelltes Mehl usw. abgibt⁶⁹⁾; an sich ist eine derartige Geschäftsgründung (einzelhandelschutz) rechtlich nicht angreifbar. Ähnlich liegt auch der vom SächsWBG. entschiedene Fall, nach dem in dem Unterhalten eines Teppichlagers und einer Teppichschau zum Zwecke des Verkaufs an Verbraucher — auch bei räumlicher Trennung beider Stellen — das Unterhalten einer Verkaufsstelle im Sinne des EinzelhandelsSchG. gesehen werden kann^{69a)}.

Das Wesen des Verkaufs ist der Übergang des Eigentums an der Ware. Findet ein solcher Eigentumsübergang gar nicht statt — wie z. B. bei der Leihe oder Miete —, so liegt ein Verkauf überhaupt nicht vor; demgemäß ist auch eine Verkaufsstelle nicht gegeben. Leihbüchereien und Lesezirkelunternehmen fallen also nicht in den sachlichen Geltungsbereich des EinzelhandelsSchG.⁷⁰⁾; hierbei ist aber zu beachten, daß die den Einzelkammern der Reichskulturkammer angeschlossenen Leihbüchereien (Reichsschrifttumskammer)⁷¹⁾ und die Lesezirkelunternehmen (Reichspressekammer)⁷²⁾ einem Sonderrecht unterliegen, das für Neugründungen die Genehmigungspflicht vorsieht. Auch die Zeitungs- und Zeitschriften-Einzelhandelsbetriebe unterliegen noch einer Sondergenehmigungspflicht⁷³⁾.

⁶⁸⁾ Vgl. Maube (Fußnote 25).

⁶⁹⁾ Vgl. Geyer (Fußnote 44).

^{69a)} SächsWBG. 50 I v. 18. Juni 1936 (S. 1937, 432). Hier heißt es: Zwar geht gewöhnlich im Einzelhandel der Verkauf so vor sich, daß der Vertragsabschluß auch an der Stelle erfolgt, wo die Ware zum Zwecke des Verkaufes bereitgehalten und vorgezeigt wird. Verlegt aber jemand abichtlich den Kaufvertragsabschluß jeweils an eine andere Stelle als die, wo er die Ware vorzeigt und über den Kauf verhandelt, so tut er dies offenbar zu dem Zwecke, um zu verhüten, daß sein Geschäftsbetrieb unter das Verbot des Einzelhandelschutzgesetzes falle.

⁷⁰⁾ Vgl. von Levetzow (siehe Fußnote 16).

⁷¹⁾ Vgl. die Siebente Verordnung des Präsidenten der Reichsschrifttumskammer zum Schutze des Leihbüchereigewerbes v. 17. März 1936 (Völkischer Beobachter v. 26. März 1936). Die Sperrfrist ist durch die VIII. Verordnung v. 27. April 1937 („Wochenblatt für den deutschen Buchhandel“ Nr. 98, 1937) bis zum 30. Sept. 1939 verlängert.

⁷²⁾ Vgl. die Anordnung des Präsidenten der Reichspressekammer über Neugründung von Lesezirkelunternehmen v. 28. Juni 1935 (Völkischer Beobachter v. 28. Juni 1935) mit Verlängerungsanordnungen.

⁷³⁾ Vgl. die Anordnung des Präsidenten der Reichspressekammer über Neugründung von Unternehmen des Zeitungs- und Zeitschriften-Einzelhandels v. 28. Juni 1935 (Völkischer Beobachter v. 30. Juni 1935) mit Verlängerungsanordnungen.

^{72) 73)} Während der Drucklegung ergingen die Berufsschutzanordnung für den verbenden Zeitschriftenhandel, den Lesezirkel, den Zeitungs- und Zeitschriften-Großvertrieb, den Bahnhofs-Buchhandel v. 21. April 1937 („Völkischer Beobachter“ Nr. 111 v. 21. April 1937 S. 7) und die Berufsschutzanordnung für den Zeitungs- und Zeitschriften-Einzelhandel v. 21. April 1937 (ebenda).

Zum Wesen des Verkaufs gehört ferner, daß die Ware gegen Geld erworben wird. Erfolgt ein Austausch von Ware gegen Ware, so liegt ein Tausch vor. Tauschgeschäfte fallen nach dem klaren Wortlaut des EinzelhandelsSchG. nicht unter die einzelhandelschutzrechtliche Genehmigungspflicht. Diese Annahme wird durch das vom RWiM. genannte Beispiel der Umtauschstellen für Radiogeräte erhärtet⁷⁴⁾.

5. Das Begriffsmerkmal „Feilhalten“

Die Genehmigungspflicht trifft nur auf solche Einzelhandelsverkaufsstellen, in denen Waren zum Verkauf „feilgehalten“ werden⁷⁵⁾. Der Begriff des Feilhaltens erfordert, daß die Waren — für das kaufende Publikum sichtbar oder unsichtbar — verkaufsgegenwärtig vorhanden sind, also in dem Verkaufsraum oder in einem in unmittelbarem räumlichen Zusammenhang stehenden Ausstellungs- oder Lageraum zur Übergabe an den Käufer bereit gehalten werden⁷⁶⁾. Ein Feilhalten von Waren liegt dementsprechend nicht vor, wenn lediglich Muster vorhanden sind, nach denen jeweils im Einzelfalle Bestellungen aufgegeben werden⁷⁷⁾. Die Abgabe bestellter Ware ist ebenfalls nicht Feilhalten im Sinne des Einzelhandelschutzrechts⁷⁸⁾. Von einem Feilhalten kann ferner nicht bei Versandgeschäften gesprochen werden, so daß diese nicht in den sachlichen Geltungsbereich des EinzelhandelsSchG. fallen⁷⁹⁾; einer besonderen Genehmigungspflicht unterliegen die Textilversandgeschäfte nach einer auf Grund des ZwangskartellG. erlassenen Anordnung des RWiM.⁸⁰⁾ und die Reise- und Versandbuchhandlungen nach einer Anordnung des Präsidenten der Reichskulturkammer^{80a)}. Ein Feilhalten ist auch bei denjenigen Betrieben nicht gegeben, die lediglich aus — von gegebenenfalls vorhandenen Lagerräumlichkeiten getrennten — Büro- oder Kontorräumen bestehen, die der Entgegennahme von Bestellungen dienen; hierunter fallen die Kohlenkontore⁸¹⁾, die Umtauschstellen (etwa für Radioartikel), die Vermittlungen über den An- und Verkauf von Kraftwagen vom Büro oder von der Wohnung aus⁸²⁾; das oft genannte Beispiel der Annahmestellen von Färbereien⁸³⁾ scheidet schon deswegen aus, weil es sich hier nicht um einen Warenverkauf, sondern um die Entgegennahme von Bestellungen auf gewerbliche Leistung handelt.

Zum Begriff des Feilhaltens gehört es nicht, „daß ein förmliches Anbieten mit ausdrücklicher Aufforderung stattfindet, es genügt, daß die Verkauflichkeit der Ware dem Publikum auf irgendeine den Umständen entsprechende Weise erkennbar gemacht ist“⁸⁴⁾.

⁷⁴⁾ RdErl. v. 16. Dez. 1933 Riff. B12 Satz 3 (RWiM. 1934 Sp. 46).

⁷⁵⁾ RdErl. v. 16. Dez. 1933 Riff. B12 Satz 1 (RWiM. 1934 Sp. 46).

⁷⁶⁾ RdErl. v. 16. Dez. 1933 Riff. B12 Satz 2 (RWiM. 1934 Sp. 46).

⁷⁷⁾ Vgl. Duda (siehe Fußnote 16).

⁷⁸⁾ Vgl. Geyer (siehe Fußnote 35).

⁷⁹⁾ Vgl. Duda (siehe Fußnote 16).

⁸⁰⁾ Vgl. die Anordnung des Reichswirtschaftsministers über das Verbot der Errichtung und Erweiterung von Textilversandgeschäften v. 4. Juli 1934 („Deutscher Reichsanzeiger“ Nr. 158, 1934). Zur Zeit laufen Bestrebungen, die gesamten Versandgeschäfte dem Genehmigungszwang zu unterwerfen.

^{80a)} Vgl. die Anordnung betr. Gründungssperre für Reise- und Versandbuchhandlungen v. 22. Okt. 1936 („Völkischer Beobachter“ v. 22. Okt. 1936).

⁸¹⁾ RdErl. v. 16. Dez. 1933 Riff. B12 Satz 3 (RWiM. 1934 Sp. 46); vgl. ferner Geyer (siehe Fußnote 44).

⁸²⁾ Vgl. von Levetzow (siehe Fußnote 16).

⁸³⁾ RdErl. v. 16. Dez. 1933 Riff. B12 Satz 3 (RWiM. 1934 Sp. 46); vgl. ferner Heinig (siehe Fußnote 24) S. 24 und Geyer (siehe Fußnote 44).

⁸⁴⁾ Vgl. Geyer (siehe Fußnote 44).

Die Zuständigkeit der Zinsenkungsstelle bei der Einwendung des Vergleichs

Von Richter Dr. Hermann Vogel, Hamburg

Das Gesetz über Hypothekenzinsen v. 2. Juli 1936 (HZG.) begrenzt seinen Geltungsbereich selbst dadurch, daß es im § 3 bestimmte Gruppen von Forderungen und Grundschulden aus dem Kreis der vom Gesetz betroffenen Forderungen herausnimmt. Nach dieser Vorschrift werden von dem HZG. nicht erfaßt die Forderungen und Grundschulden, die auf einem Rechtsgeschäft beruhen, bei dem eine langfristige Bodenbeleihung nicht beabsichtigt gewesen ist, die zur Deckung von im Ausland ausgenommenen Anleihen dienen, deren Zinsen bereits auf Grund bestimmter Vorschriften ermäßigt worden sind, die unter staatlicher Aufsicht stehenden Unternehmen zuziehen, die im Rahmen ihrer gesetzlichen oder satzungsmäßigen Aufgabe langfristigen Kredit gewähren, sowie Forderungen und Grundschulden des Reiches, der Länder, Gemeinden und Gemeindeverbände. Über diese im § 3 HZG. aufgezählten Fälle hinaus sind noch als weitere Möglichkeiten zu beachten, daß bereits über einen Antrag auf Zinsenkung rechtskräftig entschieden ist und daß nach dem Inkrafttreten des HZG. eine Vereinbarung über die zukünftige Zinsbemessung stattgefunden hat (Riehle, „Komm. zum HZG.“, Anm. 7b zu § 5, S. 61; Breithaupt: ZW. 1936, 2021).

Bei der Anwendung des HZG. sind Zweifel darüber entstanden, wem die Prüfung der Frage, ob ein die Nichtanwendung des HZG. rechtfertigender Ausnahmefall vorliegt, zusteht, der Zinsenkungsstelle oder dem ordentlichen Gericht. Wird die Zuständigkeit des ordentlichen Gerichts angenommen, so ist das Verfahren vor der Zinsenkungsstelle auszusetzen und der Antragsteller — zweckmäßigerweise unter Setzung einer Frist zur Klagerhebung — auf den ordentlichen Rechtsweg zu verweisen. Zur Begründung dieser Handhabung, die nach Erfahrung in der Praxis wirklich geübt wird, wird darauf hingewiesen, daß die Entscheidung, ob das HZG. Anwendung finden könne, eine Frage nach der Zulässigkeit des Rechtsweges sei. Hierüber zu befinden, sei aber Aufgabe des ordentlichen Gerichts (§ 17 WRG.).

Diese Auffassung ist offenbar beeinflusst von der im Aufwertungsverfahren herausgebildeten Übung, die Zuständigkeit der Stelle der freiwilligen Gerichtsbarkeit nur dort zu bejahen, wo dieses in enger Wortinterpretation aus dem Gesetz herausgelesen werden kann¹⁾. In dem Aufwertungsverfahren hat in den Fällen, in denen die Entstehung des Anspruchs bestritten oder das Erlöschen des Anspruchs behauptet wird, das ordentliche Gericht über diese Einwendungen zu entscheiden. Wird z. B. die Richtigkeit der Hypothekenbestellung geltend gemacht oder besteht Streit darüber, ob die Forderung erlassen oder begrenzt ist, so ist das ordentliche Gericht zuständig. Die Entscheidung über derartige rein bürgerlich-rechtliche Fragen soll nicht deshalb, weil sie zufällig einen aufzuwertenden Anspruch betreffen, dem ordentlichen Gericht entzogen werden (Quassowski, „AufwG.“, 4. Aufl. 1927, S. 469; Schlegelberger-Sarmening, „AufwG.“, 5. Aufl. 1927, S. 481). Die Frage, ob die Aufwertungsstelle oder das ordentliche Gericht zuständig ist, wird durch das Gesetz als eine Frage der Zulässigkeit des Rechtsweges angesehen (Quassowski S. 478). Eine entsprechende Regelung gilt für das Verfahren nach der WD. des Reichspräsidenten über die Fälligkeit von Hypotheken und Grundschulden v. 11. Nov. 1932 (Schlegelberger-Sarmening, „Das Hypothekensmoratorium“, 1932, Anm. 1 und 5 zu § 3). Zur Begründung ist ausdrücklich auf § 17 WRG. hingewiesen worden.

Die Prüfung in dem Zinsenkungsverfahren muß sich also in erster Linie auf folgende Fragen erstrecken: Wollte der Gesetzgeber bei Erlass des Gesetzes v. 2. Juli 1936 in ähnlicher Weise wie in der Aufwertungspraxis lediglich Einzelfragen aus dem Zinsgebiet durch Überweisung an ein Sonderverfahren regeln, oder wollte er der Zinsenkungsstelle ganz

allgemein die Ordnung und Regelung des Zinsfußes im Realcreditverfahren übertragen?

Bei der Beantwortung ist vor allem zu beachten, daß das Gesetz über die Zinsenkung nach dem nationalen Umbruch erlassen ist, während das Aufwertungsverfahren vor demselben gesetzlich geregelt worden ist. Vor 1933 waren für die Regelung derartiger Fragen im Rechtsleben aber in erster Linie zwei Grundgedanken maßgebend, nämlich der Satz von der Trennung der Gewalten und weiter der Gedanke vom Schutz der subjektiven Rechte des einzelnen. Beide Rechtsätze werden in ihrer Bedeutung in der Gegenwart wesentlich geringer eingeschätzt. Jetzt wird weniger der Schutz des einzelnen gegen unzulässige Eingriffe in seine Rechtssphäre in den Vordergrund der Betrachtungen gerückt, als vielmehr die Ordnung der Lebensgrundlage der Gemeinschaft selbst. Die Beachtung dieses Grundsatzes ist jetzt Aufgabe sämtlicher Organe der Justiz. Hierdurch ist aber die Unterscheidung zwischen dem „ordentlichen Verfahren“ und dem Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit wesentlich abgeschwächt und verwischt worden. Einen Beweis hierfür erbringt die wesentlich stärkere Betonung des Verfahrens der freiwilligen Gerichtsbarkeit in den neueren Gesetzen.

Weiter ist bei der Beurteilung der Frage, in welchem Umfange die Zinsenkungsstelle tätig werden darf, der Zweck des Gesetzes zu berücksichtigen. Das Gesetz v. 2. Juli 1936 ist das Ergebnis und der Schlußstein der verschiedenen Maßnahmen der Reichsregierung zur Zurückführung des Zinsfußes auf ein wirtschaftlich tragbares Maß. Es soll dazu dienen, Lücken, die die bisherigen Zinsmaßnahmen auf dem Gebiet des Realcredits gelassen hatten, zu schließen (Breithaupt: ZW. 1936, 2021; Riehle, „Einleitung zum Zinsenkungsgesetz“ S. 4 ff.). In der amtlichen Erläuterung des Gesetzes v. 2. Juli 1936 (DZ. 1936, 1033) wird ausdrücklich zunächst ein Überblick über die bisherigen Maßnahmen zur Ermäßigung der Zinsen auf dem Kapitalmarkt gegeben und dann ausgeführt, daß die bisher nicht erfaßten Hypothekengläubiger der freien Hand der sonst schon allgemein durchgeführten Zinsenkung angepaßt werden müßten. Aus allen diesen Darlegungen ergibt sich, daß der Gesetzgeber keine engherzige Regelung von Einzelfragen durch das HZG. hat vornehmen wollen, sondern daß ihm vielmehr daran gelegen war, eine endgültige und umfassende Anpassung der Zinssätze von Hypotheken in der freien Hand an die schon gesunkenen Sätze der Kreditinstitute zu erreichen. Die Regelung, daß der Hauptweg, um dieses Ziel zu erreichen, in der Herbeiführung einer freiwilligen Einigung erblickt wird, zeigt weiter die Stellungnahme des Gesetzgebers, daß er dem Richter der Zinsenkungsstelle völlig freie Hand lassen wollte, in welcher Weise dieser unter Berücksichtigung der Sonderumstände eines jeden Einzelfalles das angestrebte Ziel, nämlich einen angemessenen Zinsfuß, erreicht. Dieser Absicht des Gesetzgebers würde es widersprechen, wenn dem Richter zwar bei dem Einigungsversuch die Möglichkeit, alle in Betracht kommenden Punkte zu erörtern und abzuwägen, gegeben würde, ihm jedoch versagt würde, wenn er von sich aus gemäß § 2 Abs. 2 den Zinsfuß festsetzt, Fragen wie die einer vorherigen Einigung zu prüfen. Auch der Wortlaut des Gesetzes zwingt nicht zu einer anderen Auffassung.

Es ist daher davon auszugehen, daß der Gesetzgeber bei dem Erlass des Zinsenkungsgesetzes anders als bei der Regelung des Aufwertungsverfahrens und des Verfahrens über das Hypothekensmoratorium beabsichtigt hat, die gesamten Fragen, die für eine Zinsenkung in Betracht kommen können, der Prüfung durch die Zinsenkungsstelle zugänglich zu machen. Zu diesen Fragen gehört auch die Prüfung, ob eine der Ausnahmen des § 3 oder ein wirksam gewordener Vergleich nach dem Inkrafttreten des Zinsenkungsgesetzes geschlossen worden ist. Diese Feststellung rechtfertigt gleichzeitig die Auffassung, daß der Gesetzgeber hinsichtlich der Zulässigkeit des Rechtsweges für diese Fragen eine Regelung dahin getroffen hat, daß diese Fragen im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu klären sind. Für die Anwendung des § 17 WRG. ist daher kein Raum.

¹⁾ Im Aufwertungsverfahren beruhte die Einschränkung der Zuständigkeit auf der ausdrücklichen Regelung in §§ 69, 71 AufwG. D. S.

Die Feststellung der devisa-rechtlichen In- und Ausländereigenschaft

Von Regierungsassessor Hans Seeliger, Berlin

I. Grundlagen

Im Devisenrecht spielt der Begriff der devisa-rechtlichen In- und Ausländereigenschaft einer Person eine bedeutende Rolle. Inländer im Sinne der Devisengesetzgebung sind Personen, die im Inland, Ausländer sind Personen, die im Ausland ihren Wohnsitz, gewöhnlichen Aufenthalt, Sitz oder Ort der Leitung haben (§ 6 Abs. 6 DevG.). Die Frage der In- oder Ausländereigenschaft einer Person ist maßgebend für die Genehmigungsbedürftigkeit der von oder mit dieser Person vorgenommenen Rechtsgeschäfte. Da diese Eigenschaft aus tatsächlichen und rechtlichen Gründen oft nicht leicht zu beurteilen ist, und sich im Rechtsverkehr ein Bedürfnis dafür herausstellte, diese Frage einheitlich entscheiden zu können, wurde durch § 10 der 8. Durchf. v. 17. April 1934 zur DevG. 1932 die Möglichkeit eröffnet, daß die Reichsstelle für Devisenbewirtschaftung und die Devisenstellen mit bindender Wirkung feststellen können, ob eine Person Inländer oder Ausländer ist. Diese Bestimmung wurde bei der Neufassung der Devisenvorschriften in § 6 Abs. 6 DevG. v. 4. Febr. 1935 übernommen.

II. Zuständigkeit

Zur Entscheidung ist in erster Reihe die Devisenstelle berufen. Die Reichsstelle für Devisenbewirtschaftung als die der Devisenstelle vorgesetzte Behörde entscheidet selbst nur ausnahmsweise in besonders wichtigen oder zweifelhaften Fällen, oder auf die gegen die Entscheidung der Devisenstelle zulässige formlose Verwaltungsbeschwerde. Für die bindende Feststellung nach § 6 Abs. 6 DevG. sind die erwähnten Stellen ausschließlich zuständig. Solange eine solche nicht vorliegt, sind andere Stellen, insbesondere die Gerichte, nicht gehindert, von sich aus die devisa-rechtliche Eigenschaft einer Person zu prüfen und zu entscheiden. Ein Recht der Parteien, die Aussetzung des Rechtsstreits zwecks Herbeiführung einer Entscheidung der Devisenstelle zu verlangen, besteht nicht. § 39 DevG. findet hierbei keine Anwendung, da er nicht dem Gericht die Entscheidung über die Frage der Genehmigungsbedürftigkeit eines Geschäfts abnehmen, sondern nur verhindern soll, daß ein Urteil ergeht, bevor die erforderliche Genehmigung erteilt oder versagt ist. Freilich kann das Prozeßgericht von sich aus oder auf Anregung der Parteien zur Herbeiführung einer Entscheidung der Devisenstelle nach § 6 Abs. 6 DevG. den Rechtsstreit aussetzen, wenn es dies für wünschenswert hält (§ 148 ZPO.). Wird in einem Strafverfahren die devisa-rechtliche Eigenschaft einer Person zweifelhaft, sollen die Devisenstellen einen etwa an sie gerichteten Feststellungsantrag nach innerdienstlichen Anweisungen (Runderlaß Nr. 164/35 = RSBl. 1935, 1118) ablehnen, weil im Strafverfahren das Gericht aus den ihm unterbreiteten Tatsachen selbst feststellen soll, ob der Täter bei der Begehung einer Devisenzwiderhandlung devisa-rechtlich Inländer oder Ausländer war. Dem Gericht die Entscheidung über ein Straftatbestandsmerkmal abzunehmen, besteht keine zwingende Veranlassung.

Die örtliche Zuständigkeit richtet sich nach den allgemeinen Vorschriften in § 2 Abs. 3 DevG. und in I 16 ff. der Richtlinien. Danach ist die Devisenstelle zuständig, in deren Bezirk derjenige, dessen Eigenschaft festgestellt werden soll, seinen Wohnsitz, gewöhnlichen Aufenthalt, Sitz oder Ort der Leitung hat. Für Personen, die ihren Wohnsitz usw. im Auslande genommen haben, ist die Devisenstelle des letzten inländischen Wohnsitzes, Aufenthaltsorts, Sitzes oder Ortes der Leitung zuständig (I 16 Abs. 2 Ri.). Falls auch derartige Beziehungspunkte bei einer Person nicht bestehen, dürfte diejenige Devisenstelle zuständig sein, in deren Bezirk sich ein Vermögenstück der betreffenden Person, beispielsweise ein Konto bei einer Bank oder ein Grundstück, befindet (I 16 Abs. 1 Ri.).

III. Voraussetzung und Inhalt der Feststellung

1. Voraussetzung für das Tätigwerden der Devisenstelle ist, daß ein rechtliches Interesse an der Feststellung besteht.

Dieses wird in der Regel zu verneinen sein, wenn keinerlei Zweifel über die In- oder Ausländereigenschaft obwalten können. Die Feststellung kann auf Antrag der Person selbst oder eines an der Feststellung rechtlich interessierten Dritten, z. B. der kontoführenden Bank, erfolgen. Möglich ist auch eine Feststellung von Amts wegen. Hierfür kann z. B. dann ein Bedürfnis bestehen, wenn bei einer Devisenstelle zahlreiche Anträge vorliegen, die die Angelegenheiten einer Person betreffen und einheitlich entschieden werden müssen.

2. In dem Feststellungsbescheid der Devisenstelle sollen die Tatsachen und Unterlagen aufgeführt werden, die der Entscheidung zugrunde gelegen haben. Ferner soll angegeben werden, für welchen Zeitpunkt die Feststellung getroffen wird (Runderlaß Nr. 30/34 = RSBl. 1934, 467).

In der Regel erfolgt die Feststellung für den Zeitpunkt der Entscheidung. Jedoch ist auch eine Feststellung für einen früheren Zeitpunkt möglich. Dies war früher zweifelhaft. Hartenstein („DevNotR.“, Anm. 48 zu § 6) schloß aus dem Gesetzeswortlaut („Inländer oder Ausländer ist“), daß die Feststellung für einen bestimmten Zeitpunkt der Vergangenheit nicht zulässig sei. Diese Zweifel bestehen seit der Entscheidung des RG.: RGSt. 69, 257 (= JW. 1935, 2432) mit zustimmender Anm. von Hartenstein nicht mehr. Das RG. hat in dieser Entscheidung ausgesprochen, daß gegen die Wirksamkeit einer Feststellung für die zurückliegende Zeit keine Bedenken erhoben werden können. Dieser Auffassung hat sich die Reichsstelle für Devisenbewirtschaftung im Runderlaß Nr. 164/35 = RSBl. 1935, 1118 angeschlossen. In der Tat entspricht diese Auslegung der Vorschrift einem praktischen Bedürfnis. Aber nicht nur für einen bestimmten Zeitpunkt, sondern auch für einen bestimmten Zeitraum der Vergangenheit ist eine Feststellung zulässig. Dies bestätigen die Entscheidungen des RG.: RGSt. 69, 257 (= JW. 1935, 2432) und JW. 1937, 1339⁴⁸, denen solche Feststellungsbescheide zugrunde lagen, die auf eine Zeitspanne abgestellt waren. Eine Feststellung für einen zukünftigen Zeitpunkt oder Zeitraum verbietet sich aus der Natur der Sache, da die für die Beurteilung der In- oder Ausländereigenschaft maßgebenden Tatsachen sich nicht vorausbestimmen lassen.

IV. Aufhebung der Feststellung

Ein Bedürfnis für die Aufhebung der Feststellungsentscheidung kann dann bestehen, wenn die tatsächlichen Umstände, die der Feststellung zugrunde lagen, sich ändern. In diesem Falle dient die Aufhebung allerdings nur der Klarstellung, da die Feststellung, wie noch auszuführen sein wird, eine bindende Wirkung für die nach ihrem Erlaß liegende Zeit ohnehin nicht hat. Die Aufhebung, mag sie durch die Devisenstelle oder im Beschwerdewege durch die Reichsstelle für Devisenbewirtschaftung erfolgen, kann ferner geboten sein, wenn die Entscheidung auf Grund falscher rechtlicher Beurteilung getroffen ist. Ein besonderes Bedürfnis für die Aufhebung ist aber dann gegeben, wenn sich späterhin herausstellt, daß die Devisenstelle die Feststellung unter Zugrundelegung unrichtiger Tatsachen getroffen hat.

Wenn hiernach ein Bedürfnis für die nachträgliche Aufhebung anerkannt werden muß, so ist damit noch nicht die Frage ihrer Zulässigkeit beantwortet. Diese richtet sich nach den allgemeinen Grundsätzen des Verwaltungsrechts über die Widerruflichkeit von Verwaltungsakten. Eine Verwaltungs Verfügung, die nach den einschlägigen Bestimmungen nicht in Rechtskraft erwächst, kann nach allgemeiner Auffassung in lange zurückgenommen werden, als nicht ein Dritter auf Grund dieser Verfügung ein schutzwürdiges subjektives Recht erlangt hat (vgl. RGZ. 106, 145 = JW. 1923, 752). Die Genehmigungsvorstellung einer Devisenstelle, zu der ein Vergleich zu ziehen hier nahe liegt, kann nach herrschender Ansicht (vgl. RG.: JW. 1932, 2043; Hartenstein, „DevNotR.“, Anm. 7 zu § 8) zurückgenommen werden, bevor

von ihr Gebrauch gemacht ist. Wenn jedoch das genehmigte Rechtsgeschäft abgeschlossen ist, so ist der Widerruf nicht mehr möglich, es sei denn, daß die Genehmigung erschlichen oder sonst in unlauterer Weise erlangt ist. Diese Grundsätze lassen sich auf die Feststellungsentscheidung nach § 6 Abs. 6 DevG. nicht ohne weiteres übertragen. Bei der Genehmigungsverfügung ist un schwer zu ermitteln, ob sie bereits ausgenutzt ist. Der Feststellungsbescheid wirkt dagegen viel weiter; ist er erst einmal einer oder mehreren Personen bekanntgegeben, so besteht die Möglichkeit, daß die Adressaten, aber auch andere im Vertrauen auf den Bescheid eine Vielzahl von Geschäften ohne Genehmigung vornehmen, die im Falle der objektiven Unrichtigkeit des Bescheids einer Genehmigung bedürften. Dieser Gedankengang mißt, folgerichtig fortgesetzt, dazu führen, daß die Aufhebung einer Feststellungsentscheidung überhaupt unmöglich ist, wenn sie aus dem Geschäftsgang der Devisenstelle an die Öffentlichkeit gelangt ist. Daß dieses Ergebnis nicht richtig sein kann, liegt auf der Hand. Bei einer ausgenutzten Genehmigungsverfügung mag die Unwiderruflichkeit in Kauf genommen werden, weil sie nur ein einzelnes Rechtsgeschäft betrifft. Eine unrichtige bindende Feststellung dagegen mit ihren viel weitergehenden Folgen bestehen zu lassen, erscheint im Interesse der Rechtssicherheit nicht angängig, aber auch rechtlich nicht zwingend geboten. Die für das allgemeine Verwaltungsrecht aufgestellten, oben erwähnten Grundsätze über die Unwiderruflichkeit eines Verwaltungsaktes beruhen auf dem Gedanken des Vertrauensschutzes. Nun ist nicht zu verkennen, daß auch derjenige, der auf Grund des Feststellungsbescheids über die devisenrechtliche Eigenschaft einer Person ein Geschäft abgeschlossen und dadurch Rechte erworben hat, einen gewissen Vertrauensschutz verdient. Das nötigt jedoch nicht zu der Folgerung, daß die rückwirkende Aufhebung einer unter falschen Voraussetzungen getroffenen Feststellungsentscheidung unzulässig sei. Wie noch bei der Besprechung der Bindungswirkung der Feststellung auszuführen ist, wird der gutgläubige Geschäftsgegner sowohl in zivil- wie in strafrechtlicher Beziehung ohnehin auch dann geschützt, wenn die Feststellung mit rückwirkender Kraft beseitigt wird. Ist also dieser Vertrauensschutz durch die besonderen Bestimmungen des Devisenrechts gewährleistet, so entfällt jeder zwingende Grund, die Aufhebung der Feststellungsentscheidung für unzulässig zu erklären.

V. Wirkung der Feststellung

Die Wirkung der Feststellung geht dahin, daß die betreffende Person im gesamten Rechtsverkehr als devisenrechtlicher In- bzw. Ausländer anzusehen ist. Wie sich aus dem Zusammenhang und aus der Verwendung des Wortes „feststellen“ im Gesetz ergibt, kommt der Entscheidung keine Gestaltungswirkung, sondern nur eine Feststellungswirkung zu. Die betreffende Person wird nicht durch die Entscheidung zum In- oder Ausländer, sondern sie gilt unwiderleglich als In- bzw. Ausländer.

Die Feststellung ist nach dem Gesetz bindend.

1. Die Bindung wird nur durch eine ordnungsmäßige Entscheidung erzeugt. Regelmäßig ergeht die Entscheidung in Form eines Bescheides an den Antragsteller oder die sonstigen Beteiligten. Das Erfordernis der Schriftlichkeit ist, anders als bei dem Genehmigungsbescheid nach § 8 DevG., nicht ausdrücklich ausgesprochen, ergibt sich aber aus der Natur der Sache. Es muß also zum wenigsten in den Akten der Devisenstelle eine ordnungsmäßige, in sich abgeschlossene Verfügung mit Datum und Unterschrift eines zeichnungsberechtigten Beamten vorhanden sein. Daß die Feststellungsentscheidung zur Wirksamkeit eines Zugehens an einen Beteiligten bedürfte, ist nicht vorgeschrieben. Mängel, die die Entscheidung nicht nach außen hin als fehlerhaft erkennen lassen (z. B. die Unterschrift einer nicht entscheidungsbefugten Person), machen aber die Entscheidung nicht nichtig (vgl. näher H a t s c h e k, „Verwaltungsrecht“, 5./6. Aufl., S. 96/97). Ebenso zieht die Nichtbeachtung von innerdienstlichen Verwaltungsanweisungen der Reichsstelle für Devisenbewirtschaftung nicht die Unwirksamkeit der Entscheidung einer Devisenstelle nach sich. So ist die Nichtangabe der Tatsachen, auf die sich die Entscheidung stützt, unschädlich. Wirksam ist auch eine Feststellung, die entgegen

der Anordnung in Runderlaß 164/35 = RSBl. 1935, 1118 zur Einleitung oder Durchführung eines Strafverfahrens erlassen ist (RGSt. 69, 257 = JW. 1935, 2432⁹). Eine Entscheidung, bei der die Angabe des Feststellungszeitpunkts fehlt, wird dahin auszulegen sein, daß die Feststellung für das Datum der Entscheidung getroffen ist. Der Mangel der örtlichen Unzuständigkeit einer Devisenstelle hat ebenfalls keine Unwirksamkeit zur Folge, da es dem auf den Bestand der Entscheidung Vertrauenden nicht zugemutet werden kann, die rechtlich oft verwickelte Frage der örtlichen Zuständigkeit von sich aus nachzuprüfen (s. dazu auch H a t s c h e k a. a. O.). Sollten infolge falscher Entscheidung über die örtliche Zuständigkeit entgegenstehende Entscheidungen zweier Devisenstellen ergehen, so kann dadurch geholfen werden, daß die unzuständige Devisenstelle ihren Bescheid zurücknimmt, was nach den obigen Ausführungen für zulässig zu erachten ist.

Die Bindung wird nur erzeugt durch eine Feststellung i. S. des § 6 Abs. 6 DevG. Daher ist zu fordern, daß die Entscheidung die Worte „mit bindender Wirkung“, oder wenigstens eine Bezugnahme auf § 6 DevG. (§ 10 der 8. DurchfW. vom 17. April 1934) enthält. Außert sich die Devisenstelle anläßlich der Entscheidung auf einen Genehmigungsantrag über die devisenrechtliche Eigenschaft einer Person, oder gibt sie als Nebenkläger im gerichtlichen Strafverfahren (§ 50 DevG.) gegenüber dem Gericht oder der Staatsanwaltschaft eine Stellungnahme darüber ab, so führt dies naturgemäß eine Bindung i. S. des § 6 DevG. nicht herbei.

2. Die Bindung wirkt gegenüber jedermann, insbesondere gegenüber derjenigen Person, die als Inländer oder Ausländer festgestellt ist. Von besonderer Bedeutung ist diese Bindung im Bankverkehr und im Grundstücksverkehr. Auch gegenüber Behörden ist die Entscheidung der Devisenstelle bindend. Zu beachten ist, daß die Entscheidung nur die devisenrechtliche Eigenschaft einer Person betrifft. Hinsichtlich der steuerlichen Anerkennung eines Wohnsitzes, gewöhnlichen Aufenthalts, Sitzes oder Orts der Leitung sind die Finanzbehörden vollkommen unbeeinträchtigt. Die Gerichte sind, solange eine Feststellung der Devisenstelle nicht vorliegt, frei in der Entscheidung. Ist aber eine bindende Entscheidung der Devisenstelle oder Reichsstelle ergangen, so ist die Nachprüfung dieser Frage dem Gericht entzogen.

Für die Zivilgerichte war diese Wirkung seit dem Bestehen der Vorschrift anerkannt. Der Prozeßrichter wie der Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit sind weder genötigt noch in der Lage, von sich aus die devisenrechtliche Eigenschaft einer Person nachzuprüfen, wenn die Devisenstelle entschieden hat. In einem scheinbaren Widerspruch zu § 6 Abs. 6 DevG. steht die Bestimmung in III 11 der Richtlinien. Danach ist es für die Devisenstelle bindend, wenn eine Behörde der streitigen oder freiwilligen Gerichtsbarkeit entgegen der Auffassung der Devisenstelle eine Handlung für genehmigungsbedürftig hält. Dieser Widerspruch löst sich, wenn man dem Sinn der letztgenannten Bestimmung nachgeht. Vor Einfügung dieser Vorschrift in das Gesetz bestand die Gefahr, daß ein Kläger kein Urteil erlangen konnte, weil das Gericht eine bestimmte für die Klage erhebliche Rechtshandlung für genehmigungsbedürftig ansah und den Kläger an die Devisenstelle verwies, während die Devisenstelle die Genehmigungsbedürftigkeit verneinte und die Erteilung einer Genehmigung ablehnte (vgl. RG.: JW. 1932, 1975, welches schon vor Schaffung der Ri. III 11 im Sinne dieser Bestimmung entschied). Die Bestimmung in Ri. III 11 ist lediglich die Bestätigung des allgemeinen Rechtsgedankens, daß die Auslegung und Anwendung der Gesetze, die bei der Entscheidung bürgerlicher Rechtsstreitigkeiten zur Anwendung kommen, Sache der zuständigen Gerichte ist. Demgegenüber ist § 6 Abs. 6 DevG. eine Sonderbestimmung, die der allgemeinen durch Ri. III 11 bestätigten Rechtsübung vorgeht. Handelt es sich also um die Frage der devisenrechtlichen In- oder Ausländereigenschaft, so ist die Entscheidung der Devisenstelle der Entscheidung des Gerichts zugrunde zu legen. Hält das Gericht darüber hinaus aus anderen Gründen eine bestimmte Handlung für genehmigungsbedürftig, so behält es bei der allgemeinen Regelung der Ri. III 11 sein Bewenden.

Ob auch die Strafgerichte die bindende Entscheidung der Devisenstelle ohne eigene Nachprüfung hinnehmen konnten und mußten, war bis zu der bereits erwähnten Entscheidung des RG.: RGSt. 69, 257 (= JW. 1935, 2432⁹) streitig. Das RG. hat sich für die Bindung des Strafrichters entschieden und diese Auffassung auch neuerdings wieder vertreten (RG.: JW. 1937, 1339⁴⁸).

3. Die Bindung an die Entscheidung der Devisenstelle hat bei einem Bescheid, der objektiv richtig ist, nur die Bedeutung, daß eine Nachprüfung seitens dritter Stellen, insbesondere seitens des Gerichts, überflüssig wird. Zweifelhaft ist aber der Fall, wenn die Devisenstelle offensichtlich falsche Tatsachen ihrer Entscheidung zugrunde gelegt hat. Hier könnten gewisse Gründe dafür sprechen, den Beteiligten insoweit ein eigenes Prüfungs- und Entscheidungsrecht zu geben. Allein dies würde sowohl dem Wortlaut wie dem Sinn des Gesetzes widersprechen, welches der Feststellung durch die Devisenstelle aus Gründen der Rechtssicherheit die bindende Wirkung verleiht hat.

Bejaht man die bindende Wirkung einer objektiv unrichtigen Entscheidung der Devisenstelle, so muß diese Bindung grundsätzlich auch zugunsten oder zuungunsten desjenigen wirken, der die Unrichtigkeit kannte oder die Feststellung sogar erschließen oder durch sonstige unlautere Mittel herbeigeführt hat. Es sei hierbei darauf hingewiesen, daß die Erschleichung einer derartigen Feststellung gemäß § 43 Abs. 2 DevG. bestraft werden kann. Sache der Devisenstelle ist es in solchem Falle, den unrichtigen Bescheid mit rückwirkender Kraft wieder aufzuheben. Daß dies zulässig ist, wurde bereits ausgeführt. Die Aufhebung einer bindenden Feststellung mit rückwirkender Kraft hat zur Folge, daß die Gerichte nunmehr von sich aus prüfen und entscheiden können, ob die betreffende Person devisenrechtlich Inländer oder Ausländer ist. Fällt diese Prüfung anders als die frühere Entscheidung der Devisenstelle aus, so können trotzdem daraus keine Unbilligkeiten entstehen. In strafrechtlicher Beziehung sind dritte Personen, die auf die Gültigkeit der von der Devisenstelle getroffenen Entscheidung vertrauten, durch § 44 Abs. 1 DevG. geschützt. In zivilrechtlicher Beziehung greift § 38 DevG. ein. Hiernach kann die durch eine etwaige Ausländereigenschaft eines Beteiligten hervorgerufene Nichtigkeit eines Geschäfts nicht zum Nachteil von Personen geltend gemacht werden, die den die Nichtigkeit des Geschäfts begründenden Sachverhalt beim Abschluß des Geschäfts nicht kannten. Wer dagegen die Unrichtigkeit der Feststellungsgrundlagen kannte und den Bescheid der Devisenstelle in unredlicher Weise auszunutzen willens war, kann sich auf diese Schutzbestimmungen nicht berufen. Ihn in strafrechtlicher oder zivilrechtlicher Hinsicht zu schützen, besteht aber auch kein begründeter Anlaß.

4. Die Bindung an die Entscheidung der Devisenstelle wirkt nur für den Zeitpunkt oder für den Zeitraum, für den

die Entscheidung ergangen ist. Stellt die Devisenstelle am 1. Febr. 1936 eine Person für den gegenwärtigen Zeitpunkt als Ausländer fest, so gilt diese für diesen Zeitpunkt als Ausländer. Ebenso ist es, wenn die Entscheidung für einen früheren Zeitpunkt erfolgt. Stellt die Devisenstelle am 1. Febr. 1936 fest, daß eine Person seit dem 1. Okt. 1935 Ausländer ist, so gilt sie für die Zeit vom 1. Okt. 1935 bis zum 1. Febr. 1936 unwiderleglich als Ausländer. Dagegen kommt dem Feststellungsentscheid eine Wirkung für die Zeit nach seinem Erlass nicht zu. An sich sollte allerdings die Feststellungsentscheidung die Unsicherheit über die devisenrechtliche Behandlung einer Person nicht nur für die Gegenwart, sondern auch für die Zukunft beseitigen. Es wurde aber bereits ausgeführt, daß eine Feststellung für die Zukunft aus logischen Gründen nicht möglich ist. Aus den gleichen Gründen ist es auch unmöglich, die Fortdauer der Bindung bei einem auf die Gegenwart abgestellten Entscheid anzunehmen. Es würde sich sofort die Frage aufdrängen, wie lange diese Wirkung bestehen sollte. Die Lösung, daß die Feststellung bis zu ihrer Aufhebung bindend fortwirkt, ist nicht denkbar, denn die Devisenstelle ist praktisch nicht in der Lage, durch eine dauernde Überwachung und Nachprüfung der tatsächlichen Verhältnisse ihre Feststellungsbescheide mit diesen in Einklang zu bringen. Wollte man dagegen den Bescheid so lange für bindend crachten, wie die ihm zugrunde gelegten Tatsachen fortbestehen, so würde dies zu der Folge völliger Unwirksamkeit von Anfang an führen, wenn die dem Bescheid zugrunde gelegten Umstände niemals in dieser Form bestanden haben. Im übrigen würde es nicht mit dem Wesen der bindenden Feststellung in Einklang zu bringen sein, wenn die Prüfung des Fortbestehens der dem Bescheid zugrunde gelegten Tatsachen in die Hand jedes einzelnen Beteiligten gelegt wäre. Es besteht daher über den Zeitpunkt, für den die Feststellung erfolgte, hinaus, weder eine Bindung noch überhaupt eine Vermutung dafür, daß die Feststellung bis zu ihrem Widerruf fortbesteht (vgl. Hartenstein, „DevNotR.“, Anm. 48 zu § 6). Hat insofgedessen jemand mit einer für den 1. Febr. 1936 als Inländer festgestellten Person am 1. März oder am 1. Jan. 1936 ein Rechtsgeschäft abgeschlossen, so ist weder der Prozeßrichter noch der Strafrichter bei der Beurteilung des abgeschlossenen Geschäfts an die vor bzw. nach dem Geschäft erfolgte Feststellung der Devisenstelle gebunden. Hiermit steht die Entscheidung des RG.: JW. 1937, 1339⁴⁸ nicht in Widerspruch, denn dort war durch Entscheidung der Devisenstelle, wie sich allerdings aus dem abgedruckten Teil des Urteils nicht ergibt, im Jahre 1934 festgestellt, daß die betreffende Person seit, nicht am 1. Jan. 1932 Devisenausländer war. Die bindende Wirkung von Feststellungsentscheidungen der Devisenstellen und der Reichsstelle für Devisenbewirtschaftung wird daher von besonders weitreichender Bedeutung nur in den Fällen sein, in denen die Feststellung auf einen Zeitraum abgestellt ist.

Die sogenannte „Tätige Reue“ im Steuerstrafrecht (§ 410 RAbgO.)

A.

Von Rechtsanwält Dr. Bengs, Köln

Das Bestreben des beratenden Anwalts, Ordnung und Klarheit in die steuerlichen Verhältnisse seines Klienten zu bringen, stößt häufig auf Widerstände, welche in Unklarheiten oder Verfehlungen des Pflichtigen in der Vergangenheit wurzeln. Bestehen diese auch vielfach „nur“ darin, daß steuerlich zweifelhaft liegende Fälle nicht oder nur unvollständig dem Finanzamt mitgeteilt, zu niedrige Schätzungen hingenommen wurden o. ä., so genügt ein so verursachtes schlechtes Gewissen und die Angst vor einem Strafverfahren doch, auch die angestrebte Vereinigung für die Zukunft zu verhindern. Die Rückkehr zur Steuerpflicht erleichtert in solchen Fällen die bedeutsame Vorschrift des § 410 (früher § 374) RAbgO., deren Inhalt vielfach nicht bekannt ist. § 410 RAbgO. lautet:

„(1) Wer in den Fällen der §§ 396, 402, 407 bis 409, bevor er angezeigt oder eine Untersuchung gegen ihn eingeleitet ist (§ 441 Abs. 2), unrichtige oder unvollständige Angaben bei der Steuerbehörde, ohne dazu durch eine unmittelbare Gefahr der Entdeckung veranlaßt worden zu sein, berichtigt oder ergänzt oder unterlassene Angaben nachholt, bleibt insoweit straffrei. Sind in den Fällen der §§ 596, 407 Steuerverkürzungen bereits eingetreten oder Steuervorteile gewährt oder belassen, so tritt die Straffreiheit nur ein, wenn der Täter die Summe, die er schuldet, nach ihrer Festsetzung innerhalb der ihm bestimmten Frist entrichtet; das gleiche gilt im Falle des § 402.

(2) Wird die im § 117 vorgeschriebene Anzeige rechtzeitig und ordnungsgemäß erstattet, so werden diejenigen, welche die dort bezeichneten Erklärungen abzugeben unterlassen oder unrichtig oder unvollständig abgegeben haben, diesfalls nicht

strafrechtlich verfolgt, es sei denn, daß vorher Strafanzeige gegen sie erstattet oder eine Untersuchung eingeleitet worden ist."

Die Vorschrift schafft die Möglichkeit, unter Vermeidung eines Steuerstrafverfahrens Straffreiheit für die wichtigsten Steuerdelikte zu erlangen. Von besonderer Bedeutung ist die Gewährung von Straffreiheit für die Vergehen der Steuerhinterziehung (§ 396 ABG.D.) und der fahrlässigen Steuerbeihilfung (§ 402 ABG.D.). Von den weiter in § 410 angeführten Delikten bestraft § 407 die Anlegung und das Unterhalten von Konten unter falscher Bezeichnung, § 408 Verstöße gegen die Verpflichtung der Banken und Sparkassen, die Legitimation der Kunden bei Anlegung eines Kontos zu prüfen. Schließlich erstreckt sich die Straffreiheit nach § 410 auf Verstöße gegen die Mitteilungspflicht des Vorstands oder der Geschäftsführer von Unternehmen gegen die ihnen auferlegten Auskunftspflichten, sowie auf Verstöße gegen die Anzeigepflicht, welche Vermögensverwalter, Treuhänder oder Gesamtnachfolger im Vermögen hinsichtlich der ihnen anvertrauten Vermögen zu erfüllen haben (§§ 408, 409 i. Verb. m. §§ 185, 187, 117 ABG.D.).

Das sachliche Anwendungsgebiet der Vorschrift des § 410 ist trotz der Hervorhebung der einzelnen Straftatbestände, auf welche sich § 410 erstreckt, nicht immer klar.

Für das Gebiet des Steuerstrafrechts ergibt sich aus der Aufzählung der einzelnen Delikte in § 410 das Verbot einer Ausdehnung auf andere, in der ABG.D. unter Strafe gestellte Tatbestände. So sind Steuerhelierei (§ 403) und Fälschung von Steuerzeichen (§ 405) nicht genannt und daher der Erwirkung von Straffreiheit nach § 410 nicht zugänglich. Auch werden die nach der Abgabenordnung zulässigen Ordnungswidrigkeiten (§ 413) durch tätige Reue nicht berührt. Zuwiderhandlungen gegen andere als Steuergesetze, mögen diese auch ganz oder teilweise fiskalischen Charakter haben, werden von § 410 ebenfalls nicht erfaßt. Das gilt z. B. für Verstöße gegen Devisenbestimmungen (BayDVLG. v. 2. Juli 1934; RStBl. 1935, 327) oder Verstöße gegen die Bestimmungen der Monopolgesetze. Im übrigen gilt § 410 ABG.D. wie das gesamte Steuerstrafrecht für alle Steuerzuwiderhandlungen ohne Rücksicht darauf, in welchem Gesetz die Steuerzuwiderhandlung unter Strafe gestellt ist und ob es sich um Reichs-, Gemeinde- oder Kirchensteuern handelt. Zolldelikte sind gemäß § 396 Abs. 6 auch dann als Steuerzuwiderhandlungen anzusehen, wenn sie sich auf die Ausfuhr, Einfuhr oder Durchfuhr verbotener Waren beziehen.

In der Vergangenheit gewann eine besondere Bedeutung die Frage, ob bei Verstößen gegen die 2. StAnnVD. Straffreiheit gemäß § 410 erwirkt werden könne. Diese Amnestieverordnung schuf unter gewissen Voraussetzungen Straffreiheit für die Nichtangabe von Vermögenswerten, falls die Angabe bis zum 26. Okt. 1931 erfolgte; die Unterlassung auch nach diesem Zeitpunkt wurde in § 15 mit besonders schweren Strafen bedroht. Das RG. hat sich in mehreren Entscheidungen (u. a. RGSt. 69, 93 = JW. 1935, 1630¹² m. Anm.) auf den Standpunkt gestellt, daß die in § 15 festgelegte besondere Strafbarkeit (u. U. Zuchthaus!) der Besonderheit des Delikts entspricht, das keine einfache Steuerzuwiderhandlung ist (hierzu vgl. auch RG. v. 8. Sept. 1936: JW. 1936, 3467), so daß die Bestrafung nicht durch eine nach dem 26. Okt. 1931 erfolgende Anzeige unter Berufung auf § 410 ABG.D. vermieden werden kann. Der RStB. vertrat in einem ausführlich begründeten Gutachten v. 23. Jan. 1933 (JW. 1933, 1233) den gegenteiligen Standpunkt, aus der grundsätzlichen Erwägung heraus, daß § 410 ABG.D. als strafmilderndes Gesetz ausdehnend anzuwenden sei. Die Frage hat dadurch ihre Erlebigung gefunden, daß § 22 DurchfVD. zum VolksverrG. die Anwendung des § 410 ABG.D. auch auf die Verheimlichung von Vermögenswerten uneingeschränkt vorschrieb (RGSt. 70, 3 = JW. 1936, 992⁶; Crisfolli: JW. 1935, 1630). Die Bestimmung der DurchfVD. ist allerdings in einigen Entscheidungen des RG. nicht sofort beachtet worden (so RG.: JW. 1935, 1630).

Aus dem damaligen Gegensatz zwischen der Auffassung der beiden höchsten Gerichte verdient festgehalten zu werden,

daß die Möglichkeit einer analogen Anwendung des § 410 ABG.D. auf Steuerzuwiderhandlungen, welche in anderen Gesetzen als der ABG.D. unter Strafe gestellt sind, vom RStB. grundsätzlichen bejaht worden ist. Dem ist zugustimmen. Soweit daher für nicht in der ABG.D. geregelte Steuerstrafstaten die Anwendung des § 410 ausgeschlossen werden soll, bedarf es besonderer gesetzlicher Bestimmung. Ein solcher Ausschluß ist beispielsweise erfolgt für die Verbrechen und Vergehen gegen das VolksverrG. (§§ 21, 22 DurchfVD. zum VolksverrG.).

Die übliche, wenn auch nicht zutreffende Bezeichnung des Inhalts des § 410 als „tätiger Reue“ weist auf die Parallelvorschrift in den Bestimmungen des allgemeinen Teiles des StGB. hin. Als tätige Reue wird dort der Fall des § 46 Ziff. 2 StGB. bezeichnet. Hiernach bleibt der Versuch einer strafbaren Handlung als solcher straflos, wenn der Täter „zu einer Zeit, zu welcher die Handlung noch nicht entdeckt war, den Eintritt des zur Vollendung des Verbrechens oder Vergehens gehörigen Erfolges durch eigene Tätigkeit abgewendet hat“ (sog. Rücktritt vom beendeten Versuch). Daneben billigt § 46 Nr. 1 StGB. dem Täter Straflosigkeit im Falle des nicht beendeten Versuchs zu, wenn er „die Ausführung der beabsichtigten Handlung aufgegeben hat, ohne daß er an dieser Ausführung durch Umstände gehindert worden ist, welche von seinem Willen unabhängig waren.“

Ein erster Vergleich des § 410 ABG.D. mit den bekannten Bestimmungen über den Rücktritt von Versuch zeigt grundsätzliche Unterschiede. § 410 ABG.D. gewährt Straffreiheit auch nach Vollendung des Steuerdelikts. Auf der anderen Seite verlangt er mehr vom Täter als § 46 StGB. Dieser muß nicht nur seine fehlerhaften oder unterlassenen Erklärungen berichtigt, sondern auch den geschuldeten Steuerbetrag fristgemäß nach Neueinstellung durch die Steuerbehörde gezahlt haben. Es wird also volle Wiedergutmachung des begangenen Unrechts einschließlich nunmehr pünktlicher Zahlung, nicht nur die Beseitigung der früheren Unehrlichkeit, verlangt. Die fristgemäße Nachzahlung der geschuldeten Steuern ist objektive Voraussetzung der Straflosigkeit. Darin offenbart sich der besondere Zweck der Bestimmung des § 410: Neben den in § 46 StGB. vorherrschenden kriminalpolitischen Zweck, dem Täter vor Vollendung der Tat die Umkehr zu erleichtern und die Vollendung des strafbaren Erfolges zu verhindern, tritt in § 410 ABG.D. der finanzpolitische Zweck. Die Gleichheit der Besteuerung soll wiederhergestellt und die Befürzung der Einnahmen der Steuerbehörde ausgeglichen werden. Wird dieser fiskalische Erfolg nicht herbeigeführt, gleichgültig, aus welchen Gründen dies nicht geschieht, so ist die Straffreiheit verwirkt. Alsdann ist es auch gleichgültig, aus welcher inneren Einstellung heraus der Täter gehandelt hat, und ob trotz seines ehrlichen Bemühens vielleicht die Nachzahlung infolge von Umständen unterblieben ist, welche außerhalb seiner Einwirkungsmöglichkeit liegen.

Die Voraussetzungen des § 410 ABG.D. sind objektiver und subjektiver Natur. Die objektiven Voraussetzungen sind teils positiver Art insofern, als sie ein bestimmtes Handeln des Täters verlangen, teils sind sie negativer Art insofern, als beim Vorliegen gewisser Umstände die Erwirkung der Straffreiheit ausgeschlossen ist.

Zu den objektiven Voraussetzungen gehört zunächst positiv die Berichtigung, Ergänzung oder Höhlung der bisher gar nicht, unrichtig oder unvollständig gemachten Angaben. Diese Berichtigung kann durch den Täter selbst oder seinen Vertreter erfolgen.

Beim Handeln des Bevollmächtigten ist es zweifelhaft geworden, ob dadurch auch dann Straffreiheit erwirkt wird, wenn dieser aus eigenem Antriebe zur Berichtigung schreibt, ohne besonders beauftragt zu sein. Da der Zweck des § 410 ABG.D. die Wiederherstellung der Gleichheit der Besteuerung ist, es daher auch nicht auf die innere Einstellung des Täters ankommt, wenn dieser selbst berichtigt, muß auch das Handeln des Bevollmächtigten dem Täter zugute kommen, sofern dieser durch die nachfolgende Zahlung der nachveranlagten Steuern sein Einverständnis mit diesem Handeln zum Ausdruck bringt. Das RG. ist gleicher Auffassung nur im Falle fahrlässiger Zuwiderhandlungen (RGSt. 64, 76), während es

bei vorsätzlich begangenen Delikten einen Auftrag an den Bevollmächtigten verlangt, der nach der Straftat und gerade mit Rücksicht auf sie erteilt sei, weil der Täter „dem gesetzgeberischen Gedanken der sog. tätigen Reue durch eigenes Handeln nach der Tat gerecht werden müsse“ (RGSt. 56, 387). Dem kann nicht gefolgt werden, da, wie noch zu zeigen sein wird, § 410 auf die innere Gesinnung des Täters, aus der er handelt, grundsätzlich nicht abstellt, auch die Betätigung eines reuigen Verhaltens, gerade im Gegensatz zu § 46 StGB., nicht voraussetzt.

Die Berichtigung muß bei der Steuerbehörde erfolgen, das ist grundsätzlich die Behörde, welche die Veranlagung des Pflichtigen vorgenommen hat oder bei unterbliebener Veranlagung vorzunehmen hatte. Das Erfordernis darf nicht zu eng ausgelegt werden. Eine Berichtigung bei einer sachlich oder örtlich nicht zuständigen Behörde genügt, wenn diese im Bezirk der an sich zuständigen Behörde ihren Sitz hat und zur Erfüllung gleichartiger Aufgaben wie diese berufen ist, so daß im üblichen Geschäftsverkehr mit einer Weiterleitung an die zuständige Behörde gerechnet werden muß. Zu einer solchen Weiterleitung ist die angegangene Behörde als verpflichtet anzusehen (RGSt. 61, 119).

Von Bedeutung ist in vielen Fällen des § 410 der genaue Zeitpunkt, in welchem die Berichtigung bei der Behörde eingegangen ist. Als Eingangszeitpunkt gilt, falls die Anzeige bei einer unzuständigen Behörde eingegangen ist, der Zeitpunkt, in welchem bei ordnungsmäßigem Geschäftsgang die Weiterleitung der Anzeige bis zur zuständigen Behörde durchgeführt ist. Hierbei eingetretene ordnungswidrige Verzögerungen gehen ebenso wie eine unterlassene Weiterleitung in solchen Fällen nicht zu Lasten des Steuerpflichtigen. Im übrigen spielen aber Verschuldensmomente keine Rolle, wenn die Berichtigung nicht rechtzeitig bei der Behörde eingeht. Es ist Sache des Täters, für rechtzeitigen Eingang Sorge zu tragen (RGSt. 61, 11). Auch ein Verschulden eines Vertreters entlastet ihn nicht (RG. v. 23. Sept. 1924 bei Mrozek, Nr. 3 zu § 374 a. F.; RGSt. 58, 85).

Inhaltlich müssen die Angaben so genau und erschöpfend sein, daß die Steuerbehörde auf Grund der Berichtigung die Neu- oder Nachveranlagung vornehmen kann (RGSt. 59, 118; 70, 3 = JW. 1936, 992⁶). Es genügt also nicht etwa ein Hinweis darauf, daß frühere Erklärungen im ganzen oder in einzelnen Punkten unrichtig oder unvollständig seien, vielmehr muß der gesamte, der Neu- oder Nachveranlagung von Steuern zugrunde liegende Tatbestand erschöpfend dargestellt sein. Der Angabe einer förmlichen Steuererklärung unter Benutzung der vorgeschriebenen Formulare bedarf es bei Vornahme der Berichtigung zwar nicht, insoweit kann die Anforderung des Finanzamtes abgewartet werden. Es genügt aber nicht, das Finanzamt lediglich zu weiteren Ermittlungen zu veranlassen.

Weiteres objektives Erfordernis, falls Steuerverkürzungen bereits eingetreten oder Steuervorteile gewährt oder belassen wurden, ist die Entrichtung der geschuldeten Summe nach ihrer Festsetzung innerhalb der bestimmten Frist. Es entsteht also mit der Berichtigungsanzeige des Täters für diesen zunächst nur eine Anwartschaft auf Straffreiheit, die sich erst dann in ein Recht auf Straffreiheit umwandelt, wenn fristgemäße Zahlung nach erfolgter Festsetzung erfolgt. Die Anwartschaft hat die Bedeutung, daß nach dem Eingang der Anzeige und vor der Festsetzung und Zahlung die Erwirkung der Straffreiheit nicht mehr durch Einleitung einer Untersuchung seitens des Finanzamtes oder in sonstiger Weise bereitet werden kann (RGSt. 63, 307). Häufig ist der Fall, daß Steuern ohne vorherige Festsetzung vom Pflichtigen zu entrichten sind, z. B. bei den geschuldeten Vorauszahlungen für Einkommen- und Umsatzsteuer. Auch wenn solche Voranmeldungen falsch oder gar nicht abgegeben und infolgedessen auch geschuldete Vorauszahlungen unterblieben sind, braucht die Nachholung dieser Zahlungen nicht sofort mit der Anzeige zu erfolgen, vielmehr bedarf es immer noch zunächst der Festsetzung der geschuldeten Summe und einer neuen Fristsetzung durch die Steuerbehörde (RGSt. 63, 306). Die Zahlung selbst braucht nicht notwendigerweise durch den Berichtigenden zu

erfolgen; Zahlung durch einen Gesamtschuldner genügt (RG. v. 23. Sept. 1924 bei Mrozek, Nr. 2 zu § 374 a. F.). Zu auch Zahlung durch jeden Dritten für Rechnung des Schuldners muß genügen, da es sich ja nicht um Zahlung einer Strafe handelt, vielmehr um die fristgemäße Begleichung der Steuerschuld, die dem fiskalischen Zweck des § 410 genügt.

Als negative Merkmale, also solche, welche einer Straffreiheit objektiv entgegenstehen, zählt das Gesetz die Einleitung einer Untersuchung auf, sowie die Erstattung einer Anzeige.

Das erste Merkmal der Einleitung einer Untersuchung gegen den Pflichtigen begegnet insofern regelmäßig keiner Schwierigkeit, als gemäß § 441 Abs. 2 die Einleitung der Untersuchung aktenkundig zu machen ist. Dieser Aktenvermerk des Finanzamtes muß die Merkmale der Straftat, auf welche sich die Untersuchung richtet, sowie den genauen Zeitpunkt der Einleitung enthalten (vgl. im einzelnen Megow, „Das Steuerstrafverfahren“, Schriftenreihe der JW. 1936 Nr. 1 S. 17). Es genügt also nicht ein allgemeiner Vermerk des Inhalts, daß gegen den Pflichtigen A. ein Verfahren wegen Steuerhinterziehung eingeleitet werde. Wenn auch im einzelnen die Merkmale der Straftat noch nicht so aufgezählt zu werden brauchen, wie dies etwa im Strafprozeß für die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft vorgeschrieben ist, so muß doch verlangt werden, daß die Steuerart und der Steuerbestand so weit abgegrenzt werden, daß das Ziel der Untersuchung ebenso feststeht wie der Rahmen des als strafbar angesehenen Verhaltens des Steuerpflichtigen. Der Untersuchungsvermerk schließt nur dann die Strafbefreiung nach § 410 aus, wenn eine Untersuchung auch tatsächlich eingeleitet ist. Im übrigen kann dem Vermerk nur der Wert eines Beweismerkmals zugewilligt werden (RGSt. 56, 342; 68, 99 [105] = JW. 1934, 1503²² m. Anm.). Doch sind wegen § 441 Abs. 2 an den Nachweis, daß eine bestimmte Untersuchung trotz fehlenden Vermerks schon eingeleitet sei, besonders strenge Anforderungen zu stellen. Ermittlungen allgemeiner Art, wie Auftrag zu einer Revision oder Betriebsprüfung beim Steuerpflichtigen, Rückfragen bei anderen Behörden o. ä. reichen keinesfalls aus, die Einleitung der Untersuchung nachzuweisen. Denn diese Maßnahmen dienen zunächst der Steuerermittlung und brauchen nicht die Verfolgung wegen einer bestimmten Straftat zu bezwecken. Der Sinn der Vorschrift des § 441 Abs. 2 über den Untersuchungsvermerk ist aber gerade, den Zeitpunkt der Überleitung des Ermittlungs- in das Strafverfahren genau festzulegen. Mit diesem Augenblick ändert sich die Stellung des Pflichtigen grundlegend, daß abgesehen von der Bedeutung für § 410 (RG.: JW. 1936, 516 m. Anm. Megow). Während der Pflichtige im Steuerermittlungsverfahren durch Auskunftserteilung und in sonstiger Weise an der Aufklärung des Sachverhalts mitzuwirken hat, fällt diese Verpflichtung mit dem Augenblick fort, in dem er Beschuldiger in einem eingeleiteten Strafverfahren ist.

Die Anwendung des § 410 ist weiter ausgeschlossen, wenn eine Anzeige gegen den Täter erstattet ist. Auch von dieser Anzeige muß, ähnlich wie bei der Einleitung der Untersuchung, verlangt werden, daß sie den Tatbestand hinreichend abgrenzt, in welchem die Steuerzuwiderhandlung erblickt wird. Im Gegensatz zu dem Aktenvermerk ist allerdings nicht zu verlangen, daß auch die Steuerart bezeichnet wird, deren Aufkommen verkürzt sein soll. Es muß vielmehr genügen, wenn in der Anzeige der Tatbestand oder der Verdacht eines Straftatbestandes zum Zwecke der Einleitung eines Strafverfahrens so umgrenzt angegeben wird, daß die Behörde die Art der hinterzogenen Steuer feststellen und die Ermittlungen im Hinblick auf das Ziel der Aufdeckung bestimmter Steuerverfehlungen einleiten kann. Die Anzeige muß also den gleichen Erfordernissen entsprechen wie eine Strafanzeige im Sinne der §§ 158, 163 StPD. (RGSt. 57, 132). So wird es genügen, wenn in einer Anzeige darauf hingewiesen wird, daß Einkommen aus einer bestimmten Tätigkeit bisher nicht deklariert, oder ein bei der Vermögensteuer nicht angegebenes Guthaben bei einer Bank vorhanden, oder ein sonstiger der Vermögensteuer unterliegender Gegenstand nicht angegeben sei. Nicht aber wird es genügen, wenn in einer Anzeige lediglich be-

hauptet wird, Herr X. führe die Bücher zwecks Täuschung der Steuerbehörde falsch, ohne daß angegeben wird, worauf sich die angeblichen Falschbuchungen erstrecken; oder wenn behauptet wird, Herr X. schmuggle, ohne daß angegeben wird, welche Ware verzollt eingeführt, oder in welcher Weise der Schmuggel ausgeübt wird.

Die Anzeige kann von Privatpersonen oder von einer Behörde ausgehen. Sie muß jedoch erstattet sein mit dem Ziele der Einleitung eines Strafverfahrens. Hinweis einer Behörde, welche lediglich zu dem Zwecke erfolgen, ein Steuerermittlungsverfahren neu aufzurollen oder zu fördern oder eine Berichtigungsveranlagung zu veranlassen, reichen nicht aus (RGSt. 68, 233 = JW. 1934, 2158³⁰ m. Anm.). Als Beispiel sei der Fall genannt, daß die Körperschaftsteuerstelle eine verdeckte Gewinnausschüttung der Gesellschaft in früheren Jahren aufdeckt und nach Veranlagung zur Körperschaftsteuer den Belegenheitsfinanzämtern der Gesellschafter Mitteilung von der Nachveranlagung macht. Eine solche Mitteilung hat zunächst lediglich die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens zwecks nachträglicher Steuerfeststellung bei den Gesellschaftern zum Ziele. Zum Ausschluß einer Straffreiheit nach § 410 könnte eine solche Anzeige nur führen, wenn sie die Einleitung eines Strafverfahrens anregte, vielleicht unter Bezugnahme auf ein bei der Körperschaftsteuerstelle eingeleitetes Verfahren gegen den Vorstand der Kapitalgesellschaft.

Besondere Bedeutung erlangen in der Praxis die Fälle, in denen eine Betriebsprüfung Steuerergehen aufdeckt. Derartige Betriebsprüfungen gewinnen als Mittel der steuerlichen Überwachung zunehmende Bedeutung. Feststellungen im Rahmen der normalen Betriebsprüfung haben nicht den Sinn einer „Anzeige“ des Betriebsprüfers zum Zwecke der Einleitung eines Strafverfahrens. Auch nach Aufdeckung steuerlicher Verfehlungen durch den Betriebsprüfer wäre also „tätige Reue“ des verantwortlichen Betriebsführers noch möglich, solange nicht das Finanzamt auf Grund dieser Feststellungen eine Untersuchung eingeleitet hat, oder aber der Prüfer selbst wegen der Schwere des Falles eine „Anzeige“ erstattet, d. h. bei der Steuerbehörde die strafrechtliche Verfolgung angeregt hat; meist wird es jedoch in solchen Fällen für die Berichtigung aus dem Grunde zu spät sein, weil eine „unmittelbare Gefahr einer Entdeckung“ vorliegt. Hierzu folgendes:

§ 410 verlangt subjektiv freiwilliges Handeln des Täters in dem Sinne, daß er nicht durch eine unmittelbare Gefahr der Entdeckung veranlaßt sein darf. Erfahrungsgemäß bereitet die Abgrenzung dieses Tatbestandsmerkmals in der Praxis erhebliche Schwierigkeiten. Die reichsgerichtliche Rechtsprechung hatte zu diesem Erfordernis verhältnismäßig selten Stellung zu nehmen, da die Würdigung dieses Tatbestandsmerkmals Frage der tatrichterlichen Würdigung (RG.: RStBl. 1933, 1045) und Revisionsangriffen nur in beschränktem Umfang zugänglich ist.

Die Veranlassung des Täters durch eine unmittelbare Gefahr der Entdeckung setzt zunächst voraus, daß eine solche Gefahr tatsächlich und nicht nur in seiner Einbildung vorliegt. Glaubt der Täter lediglich, er sei entdeckt oder sein Vergehen sei nicht zu verheimlichen, und erstattet daraufhin die Selbstanzeige i. S. des § 410 NWGd., ohne daß bisher beim Finanzamt eine Untersuchung eingeleitet oder Anzeige erstattet ist oder unmittelbare zur Entdeckung führende Ermittlungshandlungen eingeleitet sind, so hat er die Straffreiheit nicht verwirkt. Hierin liegt ein bemerkenswerter Gegensatz gegenüber § 46 StGB., der Freiwilligkeit des Täters insofern fordert, als dieser aus eigenem Entschluß zu einer Zeit zurückgetreten sein muß, wo nach seiner Auffassung die Vollendung des Delikts noch möglich war.

Andererseits muß die unmittelbare Gefahr der Entdeckung den Täter veranlaßt haben. Hat das Finanzamt von sich aus Verdacht geschöpft und beispielsweise eine Untersuchung eines Steuerfalles etwa durch Anordnung einer besonderen Betriebsprüfung angeordnet, ohne daß der Steuerpflichtige dies wußte, und wird dann die Selbstanzeige erstattet, so kann noch Straffreiheit erwirkt werden. Das Vorhandensein auch einer unmittelbaren Gefahr der Entdeckung, ja die Entdeckung selbst schadet also als solche dem Täter nicht, solange er nichts

davon weiß, und auch das Finanzamt eine förmliche Untersuchung nicht eingeleitet hat.

Bei Abgrenzung des Erfordernisses, ob eine unmittelbare Gefahr der Entdeckung vorliegt, ist zunächst zu beachten, daß nicht jede Gefahr der Entdeckung die Strafbefreiung ausschließt. Eine gewisse Gefahr der Entdeckung ist bei jedem Steuerdelikt wie bei jeder strafbaren Handlung vorhanden. Das gilt bei Steuerdelikten vor allem dann, wenn es sich um Betriebe handelt, welche der üblichen Nachschau oder Buch- und Betriebsprüfung in regelmäßigen Abständen unterliegen. Auch wenn kurz vor einer erwarteten Betriebsprüfung oder Nachschau die Selbstanzeige erstattet wird, kann im allgemeinen nicht von einer unmittelbaren Gefahr der Entdeckung gesprochen werden. Denn Nachschau oder Buch- und Betriebsprüfung gehören zu den normalen Hilfsmitteln des Finanzamtes zur Aufklärung der Steuertatbestände und zur Überwachung der Einheitlichkeit der Steuerveranlagungen. Von einer unmittelbaren Gefahr der Entdeckung kann aber regelmäßig nicht gesprochen werden, solange der Steuertäter von nicht mehr als der normalen Tätigkeit des Finanzamtes im Rahmen der Steuerermittlung „bedroht“ ist. Auch eine Aufforderung zum Erscheinen vor dem Finanzamt zwecks Aufklärung von Vorfällen oder zur näheren Erläuterung von Erklärungen begründet noch nicht eine unmittelbare Gefahr der Entdeckung (RGSt. 56, 385), solange die nicht nur entfernte Möglichkeit besteht, daß die mit solchen Ermittlungen zweifellos vergrößerte Gefahr der Entdeckung vorübergeht. Erst wenn sich die Ermittlungen auf ganz bestimmte Vorfälle erstrecken und zu ihrer Aufklärung Schritte eingeleitet worden sind, welche nach dem normalen Verlauf der Dinge in kürzester Zeit zur Aufdeckung des strafbaren Verhaltens führen, kann von einer unmittelbaren Gefahr der Entdeckung gesprochen werden. Das wird insbesondere der Fall sein, wenn eine Betriebsprüfung zur Aufklärung bestimmter steuerlicher Vorgänge besonders angeordnet wird und ein naheliegender Zeitpunkt für sie vorgesehen ist. Nur mit dieser Einschränkung wird man annehmen können, daß die Anordnung einer Betriebsprüfung für die Vorgänge, zu deren Aufklärung sie angelegt ist, die unmittelbare Gefahr der Entdeckung schafft (RG.: JW. 1934, 246; RGSt. 61, 116 spricht von einer „plötzlichen und unvorbereiteten Bücherrevision“ bei Erläuterung des Begriffs der unmittelbaren Gefahr der Entdeckung). Für die normale, bei Großbetrieben in regelmäßigen Zeitabständen wiederkehrende Betriebsprüfung gilt dies nicht. Erst wenn sie begonnen hat, und wenn nach der Art der Steuerzuidewerhandlung unwahrscheinlich ist, daß diese unentdeckt bleibt, wird man auch die normale Betriebsprüfung als ausreichend zur Herbeiführung der unmittelbaren Gefahr der Entdeckung der Steuertat ansehen können.

Schließlich bedeutet unmittelbare Gefahr der Entdeckung, daß es nicht genügt, wenn sie nur mittelbar, d. h. auf dem Umweg über die Aufdeckung anderer Tatbestände zu befürchten ist, die in keinem oder nur losem Zusammenhang mit der offenbarten Tat stehen. Hat beispielsweise das Finanzamt davon Kenntnis erlangt, daß der Pflichtige Vermögen in größerem Umfange besitzt, als dies bisher deklariert wurde, und verlangt es durch Rückfrage Auskunft über die Herkunft dieses Vermögens und darüber, weshalb es nicht zur Vermögensteuer angemeldet worden ist, so wird für eine Selbstanzeige des Pflichtigen im Rahmen des § 410 kein Raum mehr sein, soweit es sich um Hinterziehung oder Gefährdung der Vermögensteuer handelt. Stammt das verheimlichte Vermögen aus bisher nicht deklariertem Einkommen, und berichtigt nunmehr der Pflichtige auch seine früheren Einkommenserklärungen, um weiteren Nachforschungen nach den Vermögensquellen vorzubeugen, so wird ihm insoweit Straffreiheit zugebilligt werden müssen, da für das verheimlichte Einkommen wohl schon die Gefahr der Entdeckung vorlag, ohne daß sie jedoch bisher zu einer unmittelbaren Gefahr geworden wäre.

Die hier erfolgte Aufzählung der Tatbestandsmerkmale des § 410 ist insbesondere in subjektiver Hinsicht, worauf hingewiesen werden muß, erschöpfend. Es wird insbesondere beim Täter nicht vorausgesetzt, daß dieser aus irgendwelchen

moralischen oder ethischen Erwägungen heraus handelt. Auch eine Reue über das bisherige Tun wird nicht verlangt (RGSt. 61, 117). Gleichgültig ist es insbesondere, ob der Täter zur Berichtigung schreitet lediglich aus dem Grunde, weil er für die Zukunft besorgt ist, doch entdeckt zu werden oder das Delikt nicht vollenden zu können. Das Motiv zum Handeln des Täters ist unerheblich, solange er nicht unter dem Druck einer unmittelbaren, tatsächlich vorhandenen Gefahr der Entdeckung handelt. Darin liegt der wesentliche Unterschied zwischen § 410 RAbgD. und § 46 StGB., soweit der innere Tatbestand in Frage kommt. Aus diesem Grunde ist auch die Bezeichnung des § 410 als „Tätige Reue“ unzutreffend und verleitet leicht zu falschen Analogieschlüssen.

§ 46 StGB. setzt stets ein freiwilliges Handeln des Täters voraus, und verjagt die Vergünstigung der Straffreiheit auch beim Vorliegen der objektiven Voraussetzungen stets dann, wenn der Täter unter Zwang oder auch nur eingebildetem Zwang handelt.

Die Erleichterung für die Ermirkung der Straffreiheit nach § 410 RAbgD. gegenüber den Erfordernissen des strafbefreienden Rücktritts verlangt die Anwendung des § 410 auch auf alle die Fälle, in welchen das Steuerdelikt im Versuch steckengeblieben ist. (So RGSt. 56, 385, wo die Anwendbarkeit des § 374 a. F. schlechthin bejaht wurde, während RGSt. 57, 313 und 59, 115 Einschränkungen enthalten. Dagegen ähnlich wie hier wieder RGSt. 62, 362). Denn wer für das vollendete Delikt unter bestimmten Voraussetzungen Straffreiheit erwirkt, muß auch straffrei bleiben, wenn er diese Voraussetzungen erfüllt hat, das begangene Delikt aber nicht zur Vollendung gekommen, sondern im Stadium des Versuchs abgebrochen worden ist.

Andererseits sind Fälle denkbar, in denen vor Vollendung der Tat vom Täter zwar nicht die Voraussetzungen des § 410 RAbgD. erfüllt werden, in denen aber die Voraussetzungen des strafbefreienden Rücktritts erfüllt sind. Zum Beispiel: Der Steuerpflichtige gibt den Verkaufspreis eines Grundstücks im Verkaufsakt bewußt zu niedrig an, läßt den Antrag dem Finanzamt zwecks Berechnung der Grunderwerbsteuer einreichen, berichtigt aber alsdann vor Anforderung der Steuer den Kaufpreis notariell und gegenüber dem Finanzamt. Die daraufhin verlangte höhere Steuer kann er nicht bezahlen. Für solche Fälle ist der Grundsatz von Bedeutung, daß die allgemeinen Strafrechtsbestimmungen durch das Steuerstrafrecht nicht ausgeschlossen werden, vielmehr ergänzend heranzuziehen sind (§ 391 RAbgD.). Wer Straffreiheit nach § 46 für den Versuch eines Delikts erwirkt, darf sich darauf auch bei Abgabendelikten berufen (RGSt. 57, 314).

Es erscheint verfehlt, hier von einer „Gesetzeskonkurrenz“ zwischen § 410 RAbgD. und § 46 StGB. zu sprechen (so Cattien, „Reichssteuerstrafrecht“, 1929, S. 47 ff., 238 ff.). Zweck und Anwendungsgebiet ist verschieden. Wenn nach § 410 RAbgD. im Interesse der Sicherung des Steueraufkommens unter der Bedingung pünktlicher Steuernachzahlung ausnahmsweise Straffreiheit auch bei vollendeten Delikten zugesichert wird, so ist durch nichts der Schluß gerechtfertigt, daß damit die Möglichkeit dem Täter genommen werden soll, durch rechtzeitigen Rücktritt den Eintritt des strafbaren Erfolges überhaupt zu verhindern und so Straffreiheit vor Vollendung der Tat zu gewinnen.

Im Ergebnis zeigt also ein Vergleich der Bestimmungen, daß bei Vollendung eines Steuerdelikts ebenso wie beim Vorliegen eines strafbaren Versuchs § 410 RAbgD. Anwendung zu finden hat. Wenn die Voraussetzungen des § 410 nicht erfüllt sind, so kann sich der Täter im Falle des beendeten wie unbeendeten Versuchs auch auf eine etwa erwirkte Strafbefreiung nach § 46 StGB. berufen.

Die für Fälle des sog. qualifizierten Versuches in der Rechtsprechung anerkannten Grundsätze müssen auch für § 410 RAbgD. gelten. Wenn der Täter Strafbefreiung nach § 46 StGB. erwirkt, so erstreckt sich diese Straffreiheit nur auf das nicht zur Vollendung gekommene Delikt. Soweit die Versuchshandlung gleichzeitig den Tatbestand eines anderen, vollendeten Delikts umfaßt, bleibt insoweit die Strafbarkeit bestehen. Legt also der Steuerpflichtige etwa zwecks Erzielung

einer Grund- und Hauszinssteuerfindung der Behörde gefälschte Mietbescheinigungen vor, berichtigt jedoch seine Angaben vor erfolgter Entscheidung über sein Gesuch, so erwirkt er nach § 46 Ziff. 1 Straffreiheit für das Steuerdelikt, bleibt aber wegen vollendeter Urkundenfälschung strafbar. Ist die Stundung auf Grund falscher Angaben schon erfolgt, ehe die Angaben berichtigt werden, und erwirkt der Täter bei fristgemäßer Nachzahlung nunmehr Straffreiheit nach § 410 RAbgD., so kann auch sie nicht auf die vollendete Urkundenfälschung erstreckt werden. Insofern liegen die Verhältnisse hier nicht anders als bei § 46 StGB.

Die Wirkung des § 410 RAbgD. besteht in der Zusage von Straffreiheit „insoweit“, als der Täter seine früheren Angaben berichtigt, ergänzt oder nachholt. Ist die spätere Berichtigung unvollständig, bezieht sie sich nur auf bestimmte Jahre, ohne erschöpfend zu sein, oder holt sie Erklärungen zwar nach, aber nicht vollständig oder nicht zutreffend, so werden die Wirkungen des § 410 dadurch nicht ausgeschlossen. Jedoch erstreckt sich die Straffreiheit alsdann nur auf den Teil der strafbaren Steuerzuwiderhandlung, der seine erschöpfende Aufklärung durch die Handlung des Steuerpflichtigen erhält. Wegen des nicht vollständig angegebenen Restes einer hinterzogenen Steuer bleibt die Strafbarkeit bestehen (RG. v. 12. April 1932 bei Mrozek, Nr. 1 zu § 410). Das darf nicht lediglich in dem Sinne berücksichtigt werden, daß eine Ermäßigung der Strafe eintritt, welche für die gesamte Steuerzuwiderhandlung verhängt wird. Vielmehr scheiden die vom Täter geoffenbarten Verhältnisse aus dem strafbaren Tatbestand aus. Wenn also z. B. bei einer Einkommenserklärung das Einkommen aus einer stillen Beteiligung etwa in Höhe von 10 000 RM verheimlicht worden, alsdann rechtzeitig gemäß § 410 RAbgD. Anzeige erstattet worden ist, so ist insoweit Straffreiheit erwirkt. Führen die nachträglichen Ermittlungen des Finanzamtes zu dem Ergebnis, daß das verheimlichte Einkommen anstatt mit 10 000 RM mit 15 000 RM anzusetzen ist, etwa weil ein Teil der geltend gemachten Werbungskosten nicht anerkannt wird, so ist wegen des in Höhe von 5000 RM zu gering deklarierten Einkommens die Bestrafung nicht aufgehoben. Wird sie herbeigeführt, so ist der Tatbestand so zu beurteilen, als sei Einkommen von 5000 RM nicht deklariert worden. Das Beispiel zeigt, wie notwendig eine sorgfältige „Gewissensforschung“ bei einer Selbstanzeige nach § 410 RAbgD. ist, und wie genau und sorgfältig die früheren Angaben ergänzt werden müssen. Irrtümer gehen zu Lasten des Steuerpflichtigen, ohne Rücksicht darauf, ob sie verschuldet sind oder nicht. Auch auf unsachgemäßes oder pflichtwidriges Verhalten des Bevollmächtigten kann sich der Anzeigende dem Finanzamt gegenüber nicht berufen.

Die Ermirkung der Straffreiheit bedeutet für den Täter einen persönlichen Strafausschließungsgrund (RGSt. 56, 385; ZW. 1936, 50; BahDbZG.: ZW. 1934, 2169; Cattien, IV zu § 374 a. F.). Die Befreiung des Haupttäters nach § 410 RAbgD. kommt also Teilnehmern nicht ohne weiteres zugute. Diese müssen vielmehr für ihre Person die Befreiungsvoraussetzungen des § 410 RAbgD. selbst erfüllen. Auf Vergünstiger und Helfer ist § 410 überhaupt nicht anwendbar (RG.: ZW. 1936, 50).

B.

Von Rechtsanwalt Dr. Dr. Megow, Küstrin.

Die Ausführungen von Hl. Dr. Bengs möchte ich, wie folgt, noch kurz ergänzen:

1. Die analoge Anwendung des § 410 RAbgD. ist zwar vom RFV. grundsätzlich bejaht worden (vgl. das Gutachten v. 23. Jan. 1933, Gr. S. D 3/32: ZW. 1933, 1283 = RStBl. 1933, 387 ff.). Jedoch ist eine Unterstellung der nicht ausdrücklich in § 410 RAbgD. verzeichneten Straftaten unter diese Vorschrift nur möglich

a) wenn die Zuwiderhandlungen, wegen deren nach § 410 RAbgD. Straffreiheit bei tätiger Reue ausdrücklich vorgegeben ist, mit den Zuwiderhandlungen, für die die tätige Reue nachgesucht wird, in ihren Tatbeständen

übereinstimmen oder wenn es sich um Sondertatbestände der im § 410 RAbgD. genannten Straftaten handelt (Geseseinheit) oder

b) wenn der § 410 RAbgD. trotz seiner Aufzählung entweder von vornherein nicht erschöpfend gedacht oder jedenfalls einer entsprechenden Anwendung fähig ist.

Nach der Feststellung des Gutachtens ist davon auszugehen, daß die entsprechende Anwendung von strafrechtlichen Vorschriften und damit des § 410 RAbgD. dann zulässig ist, wenn es sich um Vorschriften handelt, die zugunsten des Täters wirksam werden, sofern Rechtsseinheit des Tatbestandes vorliegt und wenn die entsprechende Anwendung dem Zwecke der Vorschrift entspricht. Das Vorliegen der ersten Voraussetzung hat der RSt. ganz allgemein bejaht. Die Rechtsähnlichkeit des Tatbestandes ist für die entsprechende Anwendbarkeit des § 410 RAbgD. von Fall zu Fall festzustellen.

2. Beim Handeln des Bevollmächtigten zur Erlangung der tätigen Reue empfiehlt es sich dringend, sich mit einer entsprechenden Vollmacht versehen zu lassen. Der RSt. hat bisher, soweit ich die Rechtsprechung übersehen kann, noch nicht sich dazu äußern können, ob die Nachsuchung tätiger Reue bei fahrlässigen Zuwiderhandlungen durch Bevollmächtigte ohne Sonderauftrag ausreichend ist.

3. Die Feststellung der örtlich und sachlich für die Entgegennahme einer Erklärung aus § 410 RAbgD. zuständigen Behörde muß mit aller Sorgfalt getroffen werden. Das RG. verlangt (RGSt. 61, 120), daß die gegebenenfalls unzulässigerweise angegangene Steuerbehörde zur Erfüllung gleichartiger Staatsaufgaben berufen ist. Ferner bleibt zu be-

rücksichtigen, daß in diesem Urteil vom 4. Jan. 1927 die unzuständige Behörde das Schreiben an die zuständige Behörde weitergeleitet hat. Unentschieden ist die Beurteilung des Vorgangs geblieben, bei welchem die unzuständige Behörde etwa das Schreiben an den Antragsteller wegen Unzuständigkeit zurückgibt. Auch hierin kann unter Umständen eine ordnungsmäßige sachliche Behandlung gesehen werden, zumal wenn die unzuständige Behörde aus der Eingabe selbst nicht mit Sicherheit die zuständige Behörde selbst ermitteln konnte. Hierdurch könnte sich, z. B. wenn inzwischen ein Strafverfahren eingeleitet wird, die Unanwendbarkeit des § 410 RAbgD. ergeben.

4. Hinsichtlich des Inhalts der Berichtigungen verweise ich noch auf die Entscheidung des 3. Sen. des RG. v. 9. Nov. 1936, 3 D 619/36, mit meiner Anmerkung JW. 1937, 402.

5. Endlich ist in diesem Zusammenhange auch auf die Nachklärungspflicht des § 165e RAbgD., eingeführt durch das EinRealStG. v. 1. Dez. 1936, zu verweisen. „Wenn ein Steuerpflichtiger nachträglich, aber vor Ablauf der Steuerverjährungsfrist erkennt, daß eine Steuererklärung oder eine andere Erklärung, die er einer Finanzbehörde abgegeben hat, unrichtig oder unvollständig ist und daß die Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit zu einer Verkürzung von Steuereinnahmen führen kann, so ist er (ohne daß es einer besonderen Aufforderung bedarf) verpflichtet, dies unverzüglich der zuständigen Finanzbehörde anzuzeigen.“

Gemäß § 165e ist auch auf Grund der ihm hierdurch auferlegten Finanzpflicht jeder Steuerpflichtige gezwungen, seine Steuererklärungen zu berichtigen, selbst wenn diese Berichtigungspflicht einer Selbstanzeige gleichkommen würde.

Die Beweisgebühr bei Aktenbeiziehung

I.

Von Oberlandesgerichtsrat Dr. Gerold, Dresden

Im Kostenfestsetzungsverfahren verursacht die Frage, ob eine Beweisgebühr entsteht, wenn das Gericht Akten beigezogen hat, die in der Verhandlung vorgetragen worden sind, viele Streitigkeiten.

Wird in den Schriftsätzen der Parteien auf den Inhalt von Akten Bezug genommen oder wird dem Gericht in anderer Weise bekannt, daß Akten ergangen sind, deren Inhalt für die Aufklärung des Streitverhältnisses möglicherweise in Frage kommen könnte, so wird ein umsichtiger Vorsichtiger diese Akten stets beiziehen und sich über ihren Inhalt unterrichten. Ein gewissenhafter Anwalt wird dann die Akten einsehen, sich Auszüge daraus anfertigen und den Inhalt, soweit er es für erforderlich hält, in seinen Schriftsätzen verwerten.

Schon dadurch entsteht sowohl für das Gericht als für die Rechtsanwältin eine Mehrarbeit, die unter Umständen recht erheblich sein kann. Wäre für die Gerichts- und Anwaltsgebühren das Maß der aufgewendeten Arbeit ausschlaggebend, so müßte sonach für jede Streitsache, in der Akten beigezogen und durchgearbeitet worden sind, eine besondere Gebühr angesetzt werden.

Die Gebührenordnungen kennen aber keine solche Gebühr. Vielmehr kommt für die Mehrarbeit nur dann eine Gebühr in Betracht, wenn durch den Vortrag der Akten über streitige Tatsachen Beweis erhoben wird. Das hat die unerfreuliche Folge, daß der Rechtsanwalt für seine Mehrarbeit nur dann eine Gebühr erhält, wenn die Voraussetzungen vorliegen, unter denen nach § 13 Ziff. 4 RMO. eine Beweisgebühr entsteht. Entsprechendes gilt für die Beweisgebühr des Gerichts nach § 20 Ziff. 2 GKG.

Erste Voraussetzung für die Entstehung der Beweisgebühr ist, daß der Akteninhalt in der Verhandlung vorgetragen worden ist. Dieser Vortrag wird in der Sitzungsniederschrift meist nicht ausdrücklich festgestellt. Vielfach wird auch der Akteninhalt überhaupt nicht mündlich vorgetragen, sondern nur als vorgetragen behandelt, indem die Parteien sich damit

einverstanden erklären, daß das Gericht dasjenige, was es aus dem Akteninhalt für seine Entscheidung verwerten will, in der Entscheidung berücksichtigt. Dieses Einverständnis erlegt den ausdrücklichen Vortrag der Akten selbst dann, wenn die Akten erst nach der Schlussverhandlung beigezogen worden sind, da ohne Vortrag der Akteninhalt bei der Entscheidung nicht verwertet werden darf. Die Feststellung, daß die Akten vorgetragen worden sind, wird meist im Tatbestand des Urteils getroffen, indem dort angegeben wird, daß gewisse Akten vorgelesen haben und in der Verhandlung vorgetragen worden sind. Dabei ist es durchaus nicht selten, daß alle Akten, die überhaupt beigezogen worden sind, als vorgetragen bezeichnet werden, selbst wenn ihr Inhalt nicht für die Entscheidung erheblich war. Meist werden aber nur diejenigen Akten als vorgetragen aufgeführt, deren Inhalt das Gericht in irgendeiner Hinsicht für die Begründung seines Urteils verwenden will.

Gegenüber diesem formlosen Verfahren, das im Gerichtsbetrieb die Regel bildet, ist die Anordnung der Aktenbeiziehung durch besonderen Beweisbeschluß die Ausnahme. Ergeht ein solcher Beweisbeschluß, so besteht kein Zweifel, daß durch die Anordnung der Aktenbeiziehung die gerichtliche Beweisgebühr und durch den Vortrag des Akteninhalts die Beweisgebühr für die Rechtsanwältin entsteht, gleichviel ob sich dann der Inhalt der Akten als für die Entscheidung erheblich erweist oder nicht. Ist aber kein Beweisbeschluß ergangen, so gibt weder die Feststellung in der Sitzungsniederschrift noch diejenige im Urteilstatbestand, daß die Akten vorgetragen worden sind, einen Anhalt für die Beantwortung der Frage, ob der Vortrag der Akten zu Beweis Zwecken erfolgt ist.

Zu verneinen ist die Frage zunächst in den Fällen, in denen sich aus dem Akteninhalt nichts für den Rechtsstreit Sachdienliches ergeben hat, der Inhalt deshalb auch im Urteil nicht verwertet und der Vortrag nur deshalb mit festgestellt worden ist, weil die Akten aus irgendwelchen Gründen einmal beigezogen worden waren.

Aber auch die Verwertung des Akteninhalts im Urteil nötigt nicht immer zur Bejahung der Frage, da der Vortrag des Akteninhalts nicht nur zu Beweis Zwecken, sondern auch zur Ergänzung des Parteivorbringens erfolgt sein kann.

Es ist Sache der Parteien, alle Tatsachen erschöpfend vorzutragen, die für die Beurteilung des zu entscheidenden Lebensvorgangs zur Kenntnis des Gerichts gelangen müssen. Nicht selten haben zwischen den Parteien schon andere Rechtsstreitigkeiten oder Verfahren vor anderen Behörden geschwebt, auf deren Inhalt zur Vereinfachung des Sachvortrags Bezug genommen wird. Zieht dann das Gericht zur Erleichterung des Sachvortrags die betreffenden Akten bei und läßt es sich diese vortragen, so ist das keine Beweisaufnahme, sondern eine Ergänzung des Parteivortrags, die im Urteil verwertet werden kann und muß, soweit sie für die Entscheidung erheblich ist. Es ist zweckmäßig, wenn das Gericht eine solche aus vorgetragenen Akten entnommene Ergänzung des Parteivortrags in den Tatbestand des Urteils als unstreitigen Parteivortrag aufnimmt. Nimmt es aber die Ergänzung erst in die Entscheidungsgründe auf, so wird dadurch und durch daraus gezogene Schlüsse der Aktenvortrag noch nicht zur Beweiserhebung. Dieser Fall wird regelmäßig vorliegen, wenn es sich um Akten über frühere Rechtsstreitigkeiten zwischen den Parteien handelt oder um Verfahren vor anderen Behörden, wie z. B. dem Grundbuchamt, dem Nachlaßgericht oder dem Vormundschaftsgericht, an denen beide Parteien beteiligt waren. Das wird selbst dann zu gelten haben, wenn die Parteien oder eine von ihnen den in den früheren Akten niedergelegten, vielleicht schon jahrelang zurückliegenden Sachverhalt nicht mehr richtig in Erinnerung hatte, deshalb eine vom Akteninhalt abweichende Darstellung gegeben, die Gegenpartei diese bestritten hat und zum Beweis für die Richtigkeit der Darstellung auf den Akteninhalt Bezug genommen worden ist. Denn es wäre nach § 138 ZPO. von Anfang an Pflicht der Partei gewesen, durch Einsichtnahme der Akten ihre Erinnerung aufzufrischen. Zieht das Gericht auf Antrag die Akten bei, so erleichtert es dadurch nur den Parteien die Erfüllung ihrer Wahrheitspflicht. Haben sich nach Vortrag des Akteninhalts die Parteien von der Unrichtigkeit ihres bisherigen Vortrags überzeugt und machen sie nunmehr den Akteninhalt zum Gegenstand ihres übereinstimmenden Parteivorbringens, so hat sich eine Beweiserhebung erübrigt, es ist aber nicht über streitige Parteibehauptungen Beweis erhoben worden, weil als Wille der Partei zu unterstellen ist, daß sie ihrer Wahrheitspflicht entsprechend von Anfang an ihre abweichende Darstellung nur für den Fall geben wollte, daß sie mit dem Akteninhalt übereinstimmte. Es läßt sich hiergegen auch nicht einwenden, daß, falls sich eine Partei nach einer Zeugenvernehmung von der Unrichtigkeit ihrer früheren Behauptung überzeugt hat, an der Tatsache, daß eine Beweisaufnahme stattgefunden habe, nichts geändert werde. Denn einmal fehlt es bei der Aktenbeziehung, wenn kein Beweisbeschluss ergangen ist, an der bei der Zeugenvernehmung stets vorliegenden Beweisordnung. Außerdem ist die Partei weder berechtigt noch verpflichtet, zur Auffrischung ihrer Erinnerung vor ihrem Vortrag Zeugen zu befragen.

Dagegen liegt eine Beweiserhebung vor, wenn die Gegenpartei den Akteninhalt nicht kennt, weil sie an dem Verfahren nicht beteiligt war, sich deshalb mit Nichtwissen erklärt und dadurch die sich auf die Akten berufende Partei zum Beweis ihres Vorbringens nötigt (§ 138 Abs. 4 ZPO.), sowie dann, wenn sie entgegen ihrer Wahrheitspflicht oder wegen anderer Beurteilung des Akteninhalts bei ihrer abweichenden Sachdarstellung bleibt. Ferner ist stets Beweisaufnahme anzunehmen, wenn aus den Akten Niederschriften von Zeugenaussagen oder Sachverständigengutachten über zwischen den Parteien trotz der früheren Beweisaufnahme streitig gebliebene Tatsachen im Parteienverständnis im Wege des Urkundenbeweises verwertet werden. Dasselbe gilt dann, wenn die Glaubwürdigkeit eines Zeugen oder einer Partei bestritten und zum Beweise der Unglaubwürdigkeit der nicht unstreitige Inhalt von Strafakten oder anderen Akten vorgetragen wird.

Keine Beweisaufnahme liegt vor, wenn die Tatsache der Errichtung und der Inhalt von in den vorgetragenen Akten enthaltenen Urkunden unstreitig, dagegen ihre Auslegung streitig ist, das Gericht die Akten, in denen sich die Urkunden, z. B. Testamente, Hypothekenbestellungen, Verträge, befinden, beizieht und nunmehr den Urkundeninhalt auslegt.

Ferner liegt niemals eine Beweisaufnahme vor, wenn

das Gericht Akten nur deshalb beizieht, um sich zu unterrichten, wie andere Gerichte oder Behörden den gleichen streitigen Sachverhalt oder eine einschlägende Rechtsfrage beurteilt haben. Dann ist der Sachverhalt derselbe, wie wenn das Gericht aus Erläuterungsbüchern gleiche oder ähnliche Fälle betreffende Entscheidungen ermittelt und diese in Zeitschriften oder Entscheidungssammlungen nachliest. Nur in solchen Fällen wird man übrigens von einer Aktenbeziehung „zur Information“ des Gerichts sprechen können.

In allen anderen Fällen handelt es sich entweder um Aktenvortrag, der das Parteivorbringen lediglich ergänzen soll, oder um wirkliche Beweisaufnahmen. Ob der eine oder der andere Fall vorliegt und ob daher nach den geltenden Gebührenbestimmungen der Aktenvortrag durch die Prozeßgebühr abgegolten wird, weil es sich nur um Ermittlung von Prozeßstoff handelt, oder ob eine besondere Beweisgebühr verdient worden ist, ist, wenn kein ausdrücklicher Beweisbeschluss ergangen ist, schwer zu ermitteln. Verständlich ist der Wunsch der Anwälte, den Aktenvortrag möglichst als Beweisaufnahme beurteilt zu sehen. Jedoch bietet, wie ausgeführt, weder die Feststellung des Aktenvortrags noch die Verwertung des Akteninhalts in den Urteilsgründen einen sicheren Anhalt. Die mit der Kostenfestsetzung betrauten Stellen müssen vielmehr in jedem Einzelfall prüfen, ob der Vortrag der Akten zum Beweise streitiger Parteibehauptungen erfolgt ist. Dazu ist oft nicht nur eine genaue Prüfung des gesamten Urteilsinhalts, sondern sogar eine Durchsicht der Parteischristsätze nötig.

Erleichtern können die Prozeßgerichte diese Arbeit dadurch, daß sie in jedem Falle, in dem durch Aktenvortrag Beweis erhoben werden soll, einen Beweisbeschluss verkünden, dagegen durch Aktenvortrag erfolgte Ergänzungen des Parteivortrags im Tatbestand als unstreitiges Parteivorbringen ausführen. Den Rechtsanwältinnen ist zu empfehlen, die Verkündung eines Beweisbeschlusses zu beantragen. Ist dies nicht geschehen, so können sie durch Hinweis auf die Schriftsätzstellen, in denen die streitigen Parteibehauptungen und der Beweisantritt durch die Bezugnahme auf die Akten sich findet, sowie auf den Teil der Urteilsgründe, in denen der Akteninhalt zu Beweis Zwecken gewürdigt wird, zu einer richtigen Beantwortung der Frage beitragen.

Vermieden werden könnte der Streit nur durch eine Änderung der Gebührenbestimmungen, die entweder bestimmen könnte, daß bei Aktenvortrag eine Beweisgebühr nur dann entsteht, wenn er durch förmlichen Beweisbeschluss angeordnet worden ist, oder daß jeder Aktenvortrag, gleichviel zu welchem Zwecke, eine besondere Gebühr begründet. Die mit der Durchbearbeitung der Akten verbundene Arbeit ist die gleiche, wenn sie zur Gewinnung von Prozeßstoff, wie wenn sie zu Beweis Zwecken erfolgt. Deshalb ist die Verneinung einer Beweisaufnahme für den Anwalt immer ein unerfreuliches Ergebnis, und es bleibt nach den geltenden Gebührenbestimmungen ein glücklicher Zufall, wenn seine Arbeit durch eine besondere Gebühr entlohnt wird.

II.

Von Kammergerichtsrat Dr. Gaedeker, Berlin

Ich glaube nicht, daß vorstehende Ausführungen erheblich zur grundsätzlichen Klärung der Frage, wann die Benützung von Beiakten eine Beweisaufnahme darstellt, beitragen. Sie zeigen zwar die verschiedenen Einzelfälle sowie die in der Praxis genugsam bekannten Schwierigkeiten auf, ohne sie indes zu entwirren.

Wirklich Klarheit gewinnt man vielmehr nur dann, wenn man einmal von der Tatsache ausgeht, daß die Beiziehung von Akten häufig und sogar meist in ganz neutraler Weise geschieht, und sodann danach forscht, in welchen Fällen sich aus dieser neutralen Maßnahme ein spezifisches Beweisverfahren entwickelt.

Damit scheidet als nichterörterungsbedürftig diejenigen Fälle aus, in denen durch ausdrücklichen Beweisbeschluss, d. h. von vornherein ausgesprochen zwecks Beweises, Akten erfordert werden. Darin liegt eine klare Beweisordnung im Sinne des

§ 20 Ziff. 2 GKG, die zugleich die sog. objektive Voraus-
setzung für die Entstehung der Anwaltsbeweisgebühr nach § 13
Ziff. 4 RWGed. bildet. Es braucht diesfalls nur noch die
subjektive Voraussetzung, nämlich Tätigkeit des Anwalts,
in dem so eingeleiteten Beweisnahmeverfahren hinzuzutreten.

Es bleiben also für unsere Erörterung nur diejenigen
Fälle, in denen die Beziehung von Akten für sich allein eine
prozessual noch farblose „neutrale“ Maßnahme darstellt.

Hier könnte nun das Gericht, wenn es eine Beweis-
aufnahme durch Verwertung von Teilen der Beiakten für
notwendig hält, durch besonderen Beschluß diese Absicht an-
kündigen und damit die Frage der Beweisaufnahme klar-
stellen. Jedermann weiß aber, daß eine solche Anordnung nie-
mals ergeht. Die auf Abkürzung und Vereinfachung bedachte
Praxis bedient sich dieses Weges als zu umständlich nicht.
Folglich muß ein Kriterium gefunden werden, um bei Be-
nutzung des Inhalts von Beiakten die Fälle der Beweis-
aufnahme von den Fällen der Nichtbeweisaufnahme sondern
zu können. Dieses Kriterium ist gar nicht besser denkbar als
durch die Herausarbeitung der begrifflichen Gegenstände
zwischen Benutzung zu Beweis Zwecken und Benutzung zu
anderen Zwecken. Für solche anderen Zwecke hat die Praxis
den Begriff der „Information“ entwickelt. Damit klärt sich
die Rechtslage dahin: Die Beweisaufnahme — hie In-
formation als begriffliche Gegenstände, von denen jedes klar
und eindeutig die verfahrensrechtliche Gestaltung charakterisiert
(so z. B. Entsch. des RG. v. 3. April 1937, 20 Wa 63/37:
JW. 1937, 1420¹⁸).

Eigenartigerweise wird der Begriff „Information“ viel-
fach angefeindet mit der Begründung, weder das Verfahrens-
noch das Gebührenrecht kenne gesetstechnisch eine Benutzung
von Material „zur Information“. Der Hauptton wird dann
vielmehr meist auf das Benutzen gelegt und die Tatsache
der Benutzung schlechthin — aber durchaus fälschlicherweise —
als Beweisaufnahme angesehen. Das ist genau so falsch wie
wenn man in dem Verlesen des genauen Wortlauts eines
seinem Inhalt nach nicht streitigen Briefes, bei dem es aber
für die Beurteilung auf den Wortlaut ankommt, eine Beweis-
aufnahme erblicken wollte, weil ja der Inhalt benutzt wird.
Die Tatsache der Benutzung besagt vielmehr noch gar nichts.
Der Vermerk im Sitzungsprotokoll oder im Urteilstatbestand,
die Beiakten seien „zum Gegenstand der Verhandlung gemacht
worden“, beweist daher, da ein Benutzen von Prozessmaterial
stets nur in der Verhandlung erfolgen kann, indem es „zum
Gegenstand der Verhandlung gemacht“ wird, weder eine
Beweisaufnahme noch auch läßt nur einen gewissen Schluß
auf eine solche zu.

Dieses so sehr beliebte wie häufige Argument zur Begrün-
dung des Ansatzes der Anwaltsbeweisgebühr ist also in Wahr-
heit überhaupt kein Argument, sondern läßt nach wie vor die
Frage völlig offen, zu welchem Zweck die Benutzung er-
folgt ist. Nur darauf kommt es an. Wir stehen damit also
wieder vor der Alternative: Benutzung zwecks Beweises oder
Benutzung zwecks Information?

Es ist richtig: gesetstechnisch gibt es im Prozeß keine
„Information“. Tatsächlich gibt es sie aber. Und zwar
ist dieser Begriff aus dem selbstverständlichen Bedürfnis heraus
entstanden, die Nichtbeweisaufnahme eindeutig und
klar zum Ausdruck zu bringen, d. h. in prägnanter Weise den
begrifflichen Gegensatz zur Beweisaufnahme herauszuarbeiten.
Beweisaufnahme ist stets nur eine Maßnahme zur Klärung
streitiger Parteibehauptung (oder zur Nachprüfung der Richtig-
keit von Amts wegen zu prüfender Parteibehauptungen, auch
wenn sie nicht bestritten sind). Fehlen diese Voraussetzungen,
werden Beiakten aber trotzdem zum Gegenstand einer Verhand-
lung gemacht und so ihrem Inhalte nach für die Verhandlung
und den Prozeß verwertet, so kann es sich also begrifflich und
damit verfahrens- und gebührenrechtlich nicht um eine Be-
weisaufnahme handeln. Diese Art Benutzung wird vielmehr
allgemein unter dem Begriff „zur Information“ zusammen-
gefaßt.

Ob diese nun bezweckt, das Gericht über eine in anderen
Akten ergangene Entscheidung zu „informieren“, oder den an
sich dürftigen, unvollständigen Parteivortrag in Einzel-

heiten zu ergänzen, mit anderen Worten zum Zwecke der
Substantiierung, ist rechtlich völlig gleichgültig. Im
ersteren Falle wird wohl niemand rechtliche Bedenken dagegen
auführen wollen, daß das Gericht von Amts wegen sich unter-
richtet. Im letzteren Falle handelt es sich, streng genommen,
regelmäßig gar nicht um eine von Amts wegen entwickelte
Tätigkeit des Gerichts. Vielmehr ergänzt in Wahrheit die
Partei mit Hilfe des Inhalts der Beiakten ihren Sach-
vortrag, und zwar auch dann, wenn de facto ein be-
sonderer Vortrag aus den Beiakten nicht erfolgt. Denn
die Verwertung durch das Gericht ist stets nur möglich, wenn
der Inhalt vorgetragen ist oder — im ausdrücklichen Ein-
verständnis aller Prozeßbeteiligten, das aber nicht ausdrück-
lich erklärt zu werden braucht — als vorgetragen gilt. Zur
Beziehung der Akten führt aber immer nur eine Bezug-
nahme durch eine der Parteien an irgendeine Stelle in irgend-
welchem Zusammenhang. Diese Bezugnahme wiederum um-
schließt die Bitte an das Gericht, durch Erfordern der ge-
nannten Akten der Partei die Möglichkeit zu beschaffen — eine
andere Möglichkeit steht der Partei dafür ja nicht zur Ver-
fügung —, aus dem Inhalt der Beiakten ihren Vortrag zu
substantiieren. Analysiert man so den „Werdegang“ der Be-
nutzung von Beiakten, die nicht zwecks Beweises benötigt wer-
den, dann sieht man, daß es ebenso unzutreffend ist, von einer
der gesetzlichen Grundlage entbehrenden amtswegigen Tätigkeit
des Gerichts zu sprechen wie den sehr charakteristischen und
— richtig verstanden — prägnanten Ausdruck „zur In-
formation“ zu beanstanden. Der RG. des RG. hat des-
halb in der oben schon erwähnten Entsch. v. 3. April 1937
(JW. 1937, 1420¹⁸) wohl die treffendste Formulierung für
den Begriff der Information gefunden, mit welchem in der
Praxis klargestellt wird, „daß die Beziehung und Benutzung
von Beiakten in Wahrheit nur der Ergänzung der Substan-
tiation des Parteivortrages diene, also eine Maßnahme
bildet, mit deren Hilfe im Interesse der Ver-
einfachung des Rechtsstreits den Parteien die
an sich ihnen an Hand der Beiakten obliegende
Darlegungspflicht erleichtert wird“. Gegen der-
artige, jahrzehntelang als einfach unentbehrlich geübte Zweck-
mäßigkeitsmaßnahmen sollte man heute, wo Vereinfachung,
Konzentration und Beschleunigung des Verfahrens zu den
Grundprinzipien unseres Verfahrensrechts gehören, kein Wort
der Bedenken mehr laut werden lassen. Man sollte aber ebenso
damit aufhören, diese Verfahrensmethode absichtlich oder un-
absichtlich mißzuverstehen und verfahrens- und damit gebühren-
rechtlich mehr aus ihr herauszulesen, als ihrer Natur und
Zweckbestimmung nach aus ihr herauszulesen ist.

Andernfalls vergewaltigt man die Begriffe und damit
— da diese ja nur das Verfahren des Gerichts kennzeichnen
sollen — das tatsächliche prozessuale Geschehen. Nur die Tat-
sächlichkeit des prozessualen Geschehens gibt aber den Maß-
stab für die gebührenrechtliche Beurteilung, erlaubt somit die
Bejahung eines Beweisnahmeverfahrens nur da, wo nach-
weislich Beiakten zwecks Klärung streitiger Parteibehaup-
tungen oder zur Nachprüfung von Amts wegen zu prüfender
Tatsachen vom Gericht benutzt worden sind.

Danach ist es ebenso unzutreffend wie auch an sich be-
deutungslos, wenn Gerold — rein willkürlich und entgegen
der allgemeinen Praxis — den Begriff der Information nur
auf die Fälle des Sichunterrichtens des Gerichts über Rechts-
ansichten beschränken und zwischen diese Art Information
und Beweisaufnahme noch einen dritten Begriff der
Ergänzung des Parteivortragens stellen will. Damit wird
nichts gewonnen, sondern nur der klare Gegensatz zur Be-
weisaufnahme verwischt.

Es sind nun allerdings auch Fälle denkbar, in denen doch
von einer wirklichen Beziehung von Akten von Amts wegen
gesprochen werden könnte. Dies Verfahren rechtfertigt sich unter
dem Gesichtspunkt des § 139 ZPO, ist also demgemäß zu
verstehen und charakterisiert sich damit ohne weiteres als be-
grifflicher Gegensatz zur Beweisaufnahme, fällt also ohne wei-
teres ebenfalls mit unter die Beziehung und Benutzung „zur
Information“. —

Zu welchem Augenblick zunächst zur Information bei-

gezogene Beiakten zwecks Beweises Wertung finden, unterliegt besonderer Feststellung, wie sie weiter unten erörtert ist.

Damit gelangt man allerdings — leider — zu der nicht wegzuleugnenden praktischen Schwierigkeit der „nachweislichen“ Benutzung zum Zwecke des Beweises. Denn wenn weder Sitzungsprotokoll noch Tatbestand den Hinweis auf die Benutzung zu Beweis Zwecken enthalten, kann die Entscheidung darüber nur aus den Gründen der etwa ergangenen Entscheidung entnommen werden. Und damit ist ein Moment der Unsicherheit gegeben, gegen welches ein einwandfreies Mittel bisher nicht gefunden worden ist. Ich nenne hier drei Kategorien von Fällen, in denen sehr wohl eine Benutzung der Beiakten zwecks Beweises stattgefunden haben kann, ohne daß indes aus äußeren Anhaltspunkten eine entsprechende Feststellung sich treffen läßt:

a) die Entscheidungsgründe gehen auf die streitigen Behauptungen und deshalb auf die Beiakten nicht ein, weil es aus irgendwelchen Gründen für die Entscheidung darauf — jetzt — nicht mehr ankommt,

b) die fragliche Behauptung wird für die Entscheidung als unstrittig behandelt, weil nach Vortrag aus den Beiakten zwecks Beweises die Gegenpartei ihr Bestreiten aufgegeben hat,

c) es kommt gar nicht zu einer Entscheidung, weil z. B. die Parteien sich vergleichen oder die Klage zurückgenommen wird, vielleicht gerade auf Grund der durch die Benutzung der Beiakten erfolgten Klärung der Sachlage.

Wie soll in diesen Fällen für die kostenrechtliche Abwicklung — Kostenfestsetzung, Ansatz der Gerichtskosten, Festsetzung

der Armenanwaltskosten — mit genügender Sicherheit festgestellt werden, ob beigezogene Beiakten überhaupt benutzt, wenn ja, zu welchem Zweck sie benutzt worden sind? Es gibt ein Mittel: wenn nämlich die Gerichte dies jeweils im Sitzungsprotokoll kenntlich machen, eine kleine Mühe, die sich im Interesse aller Beteiligten sehr wohl lohnt.

Leider muß man aber mit der Tatsache rechnen, daß dies — man kann sagen in der Mehrzahl der Fälle — nicht geschieht. Dann ist man also mehr oder weniger auf Indizien, auf die Äußerung der Beteiligten, auf den Verlauf des Verfahrens, auf das Vorhandensein von Beweisanträgen in den vorbereitenden Schriftsätzen, kurz auf Momente angewiesen, die zwar gewisse Schlüsse gestatten, eine absolut sichere Beurteilungsgrundlage in aller Regel aber nicht abgeben.

Fast überflüssig zu erwähnen dürfte sein, daß es falsch wäre, etwa deshalb, weil es zu einer Verwertung der stattgehabten Beweisaufnahme aus irgendwelchen Gründen nicht kommt, eine Beweisaufnahme nicht anzuerkennen. Ob ein Zeuge vernommen oder eine Urkunde verwertet oder Beiakten benutzt sind, in jedem Falle ist damit die Beweisaufnahme erfolgt und kann deshalb in ihren gebührenrechtlichen Auswirkungen durch das spätere prozessuale Schicksal nicht mehr berührt werden. Deshalb muß auch der Ansicht von Gerold entgegengetreten werden, eine Beweisaufnahme sei zu verneinen, wenn sich aus dem Akteninhalt nichts Sachdienliches ergebe. Das positive oder negative Ergebnis einer Beweisaufnahme ändert nichts an dem Charakter dieses Verfahrens teils als einer Beweisaufnahme.

Berufsfragen

Rechtsbetreuung und Armenrecht

Von Rechtsanwalt Dr. Sawlikij, Forst i. L.

Die Rechtsbetreuung hat der Anwaltschaft eine Fülle von Aufgaben und Arbeit gebracht, die täglich unbemerkt von der großen Öffentlichkeit in stiller und fleißiger Pflichterfüllung erledigt werden. Die Hilfe, die die Anwälte den rechtlichenden Volksgenossen gewähren, geht dabei sehr oft freiwillig erheblich über die Grenzen hinaus, die für ihre Mitwirkung vorgesehen sind, was außerhalb des Berufes so gut wie unbekannt ist. Die innere Einstellung des Anwalts zu der ihm anvertrauten Sache veranlaßt ihn häufig, auch dann noch für sie tätig zu sein, wenn er der Partei die Weiterverfolgung ihres Anspruches selbst überlassen könnte. Er opfert gern Zeit und Mühe sowie Arbeit und wendet zugleich erhebliche Kostenbeträge auf, ein Berufsidealismus, der von manchen Stellen nicht anerkannt wird und auch nicht für möglich gehalten wird. Diese um der Sache willen geleistete Arbeit wird ohne Aussicht auf irgendeine Anerkennung getan, allein das Bewußtsein befriedigt, dem Recht zu dienen und damit Rechtswahrer im vollen Sinne des Wortes zu sein.

Zu diesem freiwillig übernommenen Aufgabenkreis gehört die Vertretung der armen Partei in dem vom Anwaltszwang freien Verfahren vor den Amtsgerichten und bei der Führung von Verhandlungen außerhalb der Gerichtstätigkeit, so auch bei Rechtsstreitigkeiten, die im ersten Rechtsgange im Armenrecht geführt worden sind, zu denen die besonders zeitraubenden Scheidungsprozesse in erster Reihe zählen. Hier übernimmt der Anwalt die Führung des Briefwechsels mit dem Prozeßbevollmächtigten beim Berufungsgericht, weil er es nicht beantworten kann, die Partei allein zu lassen, die nicht in der Lage ist, sachgemäße Aufklärung dem Anwalt beim Berufungsgericht zu erteilen, auch wenn sie darauf hingewiesen wird, daß sie derartige Anträge bei den Antragstellen der Gerichte anbringen könnte.

Der Anwalt weiß, daß er auf eine Entschädigung dieser Arbeit nicht rechnen kann, nicht einmal seine Kosten werden

gedeckt, er setzt bei einer derartigen Tätigkeit erheblich zu. Die Unkosten, die ihm für sein Büro entstehen, vermag die arme Partei ihm nicht zu erstatten, eine Verordnung als Berlehrsanwalt im Armenrecht findet nicht statt, das Erfordernis dazu wird von den Gerichten regelmäßig verneint. Er hat auch nicht mit einer Vergütung zu rechnen, wenn die arme Partei im Rechtsstreit obsiegt, weil der Gegner in der Regel ebenfalls nichts besitzt. Obendrein wird seine Tätigkeit fast stets als nicht erforderlich angesehen, so daß die entstandenen Gebühren nicht erstattungsfähig sind. Diese von zahlreichen Anwälten besonders des flachen Landes geleistete Arbeit ist auch den Gerichten unbekannt, weil sie, wie schon hervorgehoben ist, nach außenhin nicht in die Erscheinung tritt.

Wie sehr diese Mitarbeit des Anwalts verborgen bleibt, zeigt ein Beschluß des O. G. Guben v. 22. April 1937, 5 Q 8 44/37, in denen es sich um ein Privatklageverfahren gehandelt hat, für das der Privatkläger das Armenrecht beantragt hatte, das ihm vom O. G. abgelehnt worden ist, weil die Armut nicht als gegeben angesehen worden ist. Die Beschwerde, die für ihn eingereicht worden ist, ist vom O. G. mit dem Bemerkten zurückgewiesen worden, daß er bei den verhältnismäßig geringen Kosten bei seinem Einkommen in der Lage sei, die Vor-schlüsse und Kosten zu bezahlen.

Damit war die sachliche Entscheidung gegeben, darüber hinaus aber führt der Beschluß weiter aus:

Es soll aber betont werden, daß das O. G. in Übereinstimmung mit dem RG. seit langem den Standpunkt vertritt, daß ein Privatkläger, der es sich leistet, einen Anwalt in Anspruch zu nehmen und zu bezahlen, auch die geringfügigen Gerichtskosten bezahlen muß.

Hier zeigt sich die Unkenntnis des Gerichts, das von einem Tatbestand ausgeht, der gar nicht gegeben ist. Wenn es schon eine derartige Ausführung machen wollte, wäre es zunächst angebracht gewesen festzustellen, ob und welchen Vor-

Schluß der Privatkläger dem von ihm in Anspruch genommenen Anwalt bezahlt hatte. Es hätte dann erfahren, daß er nicht den geringsten Betrag entrichtet hatte, sondern daß die An gelegenheit, wie es in zahlreichen anderen so gearteten Fällen juristisch, ohne jede Vergütung übernommen worden ist. Es kann auch nicht anerkannt werden, daß eine derartige Recht sprechung ständige Übung des RG. ist. Wer die zahlreichen Aufträge und Abhandlungen des in Kostensachen besonders hervorgetretenen RGK. Dr. Gaedeker in der JW. gelesen hat, weiß, daß in ihnen kein solcher das Wesen der Anwalts tätigkeit nicht zutreffend beurteilender Grundsatz vertreten wird. Dieser Standpunkt des Gerichts wird auch nicht von der Justizverwaltung geteilt, wie die Allgemeine Verfügung des Preussischen Ministers v. 22. Febr. 1934 ergibt, die in DJ. 1934, 273 und JW. 1934, 671 abgedruckt ist.

In ihr ist vorgeesehen, daß bei der Auswahl des im Armenrecht beigeordneten Anwalts in erster Linie auf den Wunsch der armen Partei Rücksicht zu nehmen ist. Es heißt dort weiter, daß dieser Wunsch sich in vielen Fällen darin zeigt, daß die Partei schon vorher einen Anwalt zu Rate ge zogen habe. Daraus ist zu ersehen, daß hier von vornherein mit der Tätigkeit eines Anwalts gerechnet wird, weil sie sach gemäß und notwendig ist. Es heißt dort nicht, daß das Armen recht in einem solchen Falle abzulehnen ist, weil die Partei es sich leisten kann, einen Anwalt in Anspruch zu nehmen.

Wenn auch in der Verfügung unmittelbar an die Bestellung von Anwälten gedacht ist, so gelten die in ihr enthaltenen Richtlinien ebenso für die Verfahren, in denen eine Vertretung durch Anwälte gesetzlich nicht vorgeschrieben ist.

Es muß um so mehr begrüßt und gefördert werden, wenn Anwälte, die keine Aussicht haben, auf Grund der bestehenden Vorschriften im Armenrecht beigeordnet zu werden, für die armen Parteien dennoch die zweckmäßigen Vorbereitungen übernehmen und ihr die Arbeit leisten, die der begüterte Volks genosse ohne weiteres durch den von ihm in Anspruch ge nommenen Anwalt ausführen läßt. Würde der in dem Be schluß ausgesprochene Grundsatz allgemein wirksam werden, so würde dies notgedrungen dazu führen, daß die Anwälte in Zukunft derartige Gesuche für die arme Partei in deren Interesse nicht mehr fertigen oder, wenn sie es dennoch tun, diese durch die arme Partei unmittelbar einreichen lassen und nicht selbst als Vertreter auftreten, was der Rechtspflege nicht dient und ein unerfreulicher Zustand ist.

Die in dem Beschluß nach der Sachlage nicht gebotene Ausführung muß als unzulässig betrachtet werden und kann nicht als Ausdruck der durch den NS. Rechtswahrer-Bund verfolgten Gemeinschaftsarbeit sämtlicher Rechtswahrer an gesehen werden, die gegenseitiges Vertrauen, Unterstützung und Hilfe zur Wahrung der allen gemeinsam obliegenden Rechts pflege verlangt.

Aus der Deutschen Rechtsfront

Schadensverhütung ist Pflicht

Die bisher von einzelnen Finanzämtern in Frage gestellte Urkundensteuerfreiheit von Prozessionsgesellschaften dürfte nunmehr, soweit ersichtlich, allseitig bejaht werden. Die Ur kundensteuerfreiheit ergibt sich aus §§ 1, 2 URG. und § 4 Ziff. 2 UrStG.

Der Rechtswahrer, der sich als Mitglied eines Gläu biger Ausschusses betätigt, muß die Vorschrift des § 88 RD. beachten. Die Kasse des Konkursverwalters ist monatlich zu prüfen; eine Befreiung von dieser Pflicht gibt es unter gar keinen Umständen. Zulässig ist zwar, daß der Gläubigerausschuß ein Mitglied zur Kassenprüfung bestellt, doch ist er dann gehalten, sich von diesem Kassenprüfer all monatlich Bericht erstatten zu lassen.

Wer als Zwangsverwalter tätig wird, kann nach der Auffassung mancher Gerichte sich bei der Bearbeitung von Steuerfragen der Hilfe eines Steuerfachverständigen nicht etwa mit der Wirkung bedienen, daß die Vergütung an den Steuer fachverständigen aus Mitteln der Zwangsverwaltungsmasse zu zahlen ist. Jedenfalls muß vorsichtshalber jeder — und nicht nur der berufsmäßige — Zwangsverwalter sehr sorgfältig prüfen, ob die Zuziehung eines Sachverständigen auch wirklich zu rechtfertigen ist.

Ein Vormund kann gar nicht sorgfältig genug sein; sogenannte „Großzügigkeit“ ist meistens schädlich.

Bei Grundstücksbeleihungen nicht nur Tagen und Ein heitswerte berücksichtigen, lieber einmal das Objekt selbst gründ lich ansehen, gegebenenfalls einen Grundstücksfachverständigen zuziehen und die Rentabilität sowie etwaige Rentabilitäts berechnungen des Grundstücks selbst eingehend nachprüfen.

(Mitgeteilt von der Hauptabteilung Berufsbetreuung.)

Deutsches Recht — volksverbunden

NSK Die erste Juniwoche brachte eine Reihe von großen bedeutsamen Kundgebungen und Ereignissen allgemein poli tischer und auch rechtspolitischer Art, unter denen in erster Linie der Erste Mitteldeutsche Rechtswahrertag in Magdeburg und Thale (Harz) hervortritt. Die Tagung war ein sichtbarer Ausdruck dafür, daß es der Nationalsozialismus verstanden hat, das Recht nicht nur dem

Volke dienstbar zu machen, sondern es den Volksgenossen auch wieder unmittelbar nahezubringen und das Interesse und Ver ständnis des Volkes für sein eigenes Recht zu wecken. Das volksverbundene Recht des Dritten Reiches wendet sich, wie die Großkundgebungen in Magdeburg und Thale und wie auch die sonstigen Tagungen gezeigt haben, heute an ein Volk, das mit großem Verständnis an dem rechtspolitischen Ge schehen der Gegenwart teilnimmt. Denn wirkliches Recht kann an dem für die Gemeinschaft wichtigen Geschehen der Zeit nicht vorbeigehen. Es ist vielmehr unauflösbar mit ihm ver bunden. So stellte der Reichsleiter des Reichsrechtsamtes der NSDAP., Reichsminister Dr. Frank, fest, daß die von ihm eingesetzten Amtswalter des Nationalsozialistischen Rechts wahrer-Bundes im Namen des Führers auf ihren Platz ge stellt sind und die „Brücke zwischen der Bewegung und dem gesamten deutschen Rechtsstand“ bilden. Die nationalsozia listischen Rechtswahrer erfüllen, wie der Reichsrechtsführer in Thale erklärte, ebenso wie alle anderen Stände und Berufs schichten des deutschen Volkes ihre Pflicht im Dienst des Führers.

Vor der Studentinnengruppe der Universität Berlin sprach Reichsminister Dr. Frank über die Stellung der Frau im Rechtswahrerberuf. Er führte dabei aus, daß es zwar die natürlichste Aufgabe der Frau innerhalb der Volks gemeinschaft sei, Mutter und Hüterin des deutschen Familien lebens zu sein. Das bedeute aber nicht eine Ausschaltung der Frau von Tätigkeitsbereichen, in denen gerade sie imstande sei, wertvolle Dienste für das Volksganze zu leisten. Inner halb des deutschen Rechtslebens würden sich für die Frau als Rechtswahrerin mannigfaltige Aufgabengebiete besonders rechtsbetreuender und fürsorgender Art erschließen.

In seiner Eigenschaft als Präsident der Akademie für Deutsches Recht empfing Reichsminister Dr. Frank zwei japanische Rechtsgelehrte, die sich zur Zeit auf einer Studienreise in Deutschland befinden, um die nationalsozialistischen Rechtsseinrichtungen unmittelbar kennenzulernen. Bei dieser Gelegenheit zeigte sich, daß die deutsche Rechtsgestaltung in Japan reges Interesse erregt, und daß dort die Bereitschaft zur Zusammenarbeit auf dem Gebiete des Rechtes groß ist. Prof. Nishimoto an der Kaiser lichen Universität Kioto überreichte dem Reichsrechtsführer sein neuestes Werk über deutsche Rechtsgeschichte.

Schrifttum

Deutsche Rechtswissenschaft. Im Auftrage der Reichsminister Ruff und Dr. Hans Frank herausgegeben von Karl August Eckhardt. Zeitschrift. II. Band, 2. Heft, April 1937. Hanseatische Verlagsanstalt, Hamburg. Preis jährlich 18 RM, Einzelheft 5 RM.

Das Heft enthält 5 Beiträge zur Geschichte des Judenrechts in Deutschland, die jedem an diesem Thema Interessierten dank ihrer Lebendigkeit und wissenschaftlichen Gründlichkeit empfohlen werden können.

Aus dem reichen Inhalt seien nachstehend einige Grundgedanken herausgegriffen, die vor allem den aktuellen Charakter der Beiträge unterstreichen sollen.

Professor Herbert Meyer, Göttingen, behandelt das jüdische Fehlerrecht und weist nach, daß die rechtliche und sittliche Erniedrigung, die über die Juden kam, nicht aus einem religiösen Gegensatz herrührt, sondern ausschließlich daher, daß sich die Juden sittlich und rechtlich außerhalb ihres Volkstums stellten. Die Juden verstehen es schon frühzeitig, sich ein Ausnahmerecht zu erkaufen mit dem Privileg, unter sich nach jüdischem Nationalrecht zu leben. Als in Deutschland an die Stelle der Stammesrechte das Territorialrecht trat, wollten sich allein die Juden nicht angleichen, „sie blieben Landfremde, eine eigene Nation auf fremder Erde“. Eines der verhängnisvollen Privilegien der Juden ist das Fehlerrecht, das uns in Deutschland schon früh begegnet, zuerst in dem Privileg Heinrichs IV. für Speyrer Juden von 1090. Danach konnte der Jude gefahrlos Diebstahl kaufen und auch zu Pfand nehmen. „Melde dich der Eigentümer, so konnte der Jude die Tatsache des Erwerbgeschäfts und die Höhe seiner Auslagen allein auf seinen Eid nehmen und erhielt sein Kapital und bei Verpfändung meist auch die Zinsen ersetzt.“ Nach Meinung des Verf. hat dieses Fehlerrecht den Juden schließlich selbst geschadet, weil es, „abgesehen von dem entsetzlichen Einfluß, den es auf die Juden selbst ausübte, ihre soziale Stellung tief herabdrückte, indem es sie in Gemeinschaft von Räubern und Verbrechern brachte und andererseits billig Denkende durch die bloße Tatsache der Bevorzugung des Juden vor dem Christen mit Recht empörte.“ Die Berichte und Klagen über Juden als Diebstahlhehler rissen im Laufe der ganzen deutschen Geschichte nicht ab. „Sie ziehen sich aus der Zeit Karls des Großen bis ins 19. Jahrhundert hin und sind einer der Hauptgründe für die Gegner der Judenemanzipation geworden.“

Zum Thema Wucher und Wucherrecht der Juden im Mittelalter äußert sich Prof. Rudolf Ruff, Frankfurt a. M. Verf. schildert u. a., wie die Kirche im einzelnen gegen den jüdischen Wucher Stellung genommen hat und wie sie seitens der Juden auch Beachtung ihrer Vorschriften fand, da letztere auf den bei Judenverfolgungen und anderen Gelegenheiten wiederholt gewährten päpstlichen Schutz nicht verzichten konnten. Hier verdient eine Bemerkung des Verf. stärkstes Interesse: Er weist u. a. nach, daß für den Judenhaß seitens der Bevölkerung nicht materielle, sondern religiöse Gründe ausschlaggebend waren und daß sich in jenen Zeiten die Päpste immer wieder genötigt sahen, Schutzbulen zugunsten der Juden zu erlassen. An dieser Stelle zitiert Verf. einen jüdischen Schriftsteller und sagt in einer Anmerkung (S. 120) folgendes: „vgl. Kracauer, S. 7/8; geschürt wurde der Judenhaß bei der christlichen Bevölkerung schon vorher durch Gerüchte, daß die Juden den ungefähr zur gleichen Zeit Deutschland schwer bedrohenden und die Volksmassen sehr beunruhigenden Mongoleneinfall (Anno 1241, Schlacht bei Liegnitz, in der Herzog Heinrich der Fromme von Schlesien fiel) durch Lieferung von Waffen und Lebensmittel unterstützten. Nach der Angabe von Kracauer (S. 6) und Graez (Geschichte der Juden) sollen sich im Mongolenheer jüdische Volksstämme befunden haben. Kracauer bezweifelt jedoch, daß die Juden in Deutschland hiervon Kenntnis hatten. Auch gibt Kracauer — als jüdischer Schriftsteller gewiß unverdächtig — sogar zu, daß die Juden aus dem

Mongoleneinfall eine Besserung ihrer Lage erhofften und daß die freudig erregte Stimmung der jüdischen Bevölkerung allgemein auffiel.“

Verf. setzt sich des weiteren mit dem Kreis der Schuldner der jüdischen Darlehensgläubiger auseinander, ferner mit der Zinshöhe im jüdischen Darlehensgeschäft, wobei er die uns z. T. bekannten, erstaunlich hohen Sätze nennt (z. B. in der ersten Hälfte des 14. Jahrhunderts für Steiermark in den eingesehenen Urkunden meist 130%; seit dem 15. Jahrhundert geht der Zinsfuß erheblich zurück). Ein besonderes Kapitel dieser Ausführungen bildet das jüdische Pfandleihgeschäft, bei welchem die Juden es auch verstanden, aus der eigentümlichen Stellung des deutschen Pfandrechts (das ein Verfallpfand war), durch entsprechend niedrige Beleihung Vorteile für sich herauszuschlagen. Eine besondere Vorzugsstellung erhielten die Juden aus ihrem talmudischen Fehlerprinzip. Es wird ihnen hier allgemein das Recht zugestanden, die Sache nur gegen Ertrag des von ihnen gezahlten Kaufpreises bzw. der darauf geliehenen Summe dem bestohlenen Eigentümer herauszugeben. „Stets durfte der Jude mit seinem Eid den redlichen Erwerb und die Höhe der darauf gezahlten und geliehenen Summe betätigen. Wollte also der Eigentümer zu seiner verlorenen Sache kommen, so mußte er den jüdischen, aber nicht den christlichen Besitzer schadlos halten. Dieser Rechtszustand entspricht wortwörtlich dem Talmud.“ Schon seit dem ersten Judenprivileg (siehe oben) findet sich das jüdische Fehlerrecht als geradezu feststehender Bestandteil in allen späteren Judenordnungen und geht in fast alle deutschen Rechtsordnungen über. In einem Zitat wird darauf aufmerksam gemacht, daß z. B. auch das französische Recht den Juden die gleichen Vergünstigungen seit dem 12. Jahrhundert gewährt; Peter von Clugny beschwert sich bei dem König von Frankreich über dieses „wahrhaft teuflische Vorrecht der Juden“. Das jüdische Geldhandelsmonopol setzte allein die jüdischen Händler in die Lage, das allmählich immer mehr auftretende Kreditbedürfnis zu befriedigen. Der Typ des Hofjuden, der sich unentbehrlich zu machen weiß, wird immer gefährlicher. Eine Folgeerscheinung dieses Zustandes war u. a. die pfandweise Überlassung von Ämtern und sonstigen Staatseinkünften, die dem Juden unmittelbare Herrschaft über die christliche und andersrassige Bevölkerung verschafften. Schließlich stellt Verf. noch fest, daß es den zahlreichen jüdischen Schriftstellern gelungen sei, den jüdischen Geldhändlern die Rolle des ausgefaugten, graufam verfolgten, willkürlich geraubten, gemiedenen und verachteten Volkes zuzuschreiben. Er stellt fest, daß die Dinge hier auf den Kopf gestellt worden seien, durch Behauptungen, wie „Das Wuchergeschäft ist den Juden aufgedrängt worden“ usw. Von einer Rechtlosigkeit der Juden im Sinne jüdischer Schriftsteller zu sprechen, ist, wie Verf. beweist, eine böswillige Fälschung.

Über die Stellung des Juden im katholischen Kirchenrecht gibt Prof. Günther Franz, Jena, einen knappen Überblick. Er stellt fest, daß die Päpste seit den Tagen Gregors I. die Juden gegen Verfolgungen in Schutz genommen haben, ihre Synagogen und Friedhöfe sollten nicht zerstört, ihre Gottesdienste nicht gehindert werden. Allerdings finden sich auch Bestimmungen, die dem Schutz der Christenheit vor den Juden galten. So z. B., daß die Christen durch Kirchenstrafen gezwungen werden, den jüdischen Geldwucher zu boykottieren; um das Verbrechen der verdammenswerten fleischlichen Vermischung nicht mehr durch Unkenntnis entschuldigen zu können, wird bestimmt, daß die Juden beiderlei Geschlechts sich fortan in allen christlichen Ländern durch ihre Kleidung deutlich vom Christen unterscheiden sollen (insbesondere Judenring, Judenhut); in keiner Weise sollten ferner die Juden als Beamte angestellt werden dürfen, und schließlich war es den Juden verboten (durch Beschluß des XI. öumenischen Konzils im Jahre 1179), christliche Hausangestellte in ihrem Hause zu halten. „Auch christliche Hebammen und Ammen durften die Kinder

von Juden nicht pflegen und nähren, christliche Ärzte nur im äußersten Notfall Juden behandeln. Andererseits war es den Christen verboten, jüdische Ärzte hinzuzuziehen, bei jüdischen Apothekern Medikamente zu besorgen und selbst bei jüdischen Fleischern zu kaufen. Jede Verbindung zwischen Christen und Juden sollte unterbunden werden, „denn die Sitten der Juden stimmen mit den unsrigen nicht überein.“ Verf. erklärt am Schluß mit aller Deutlichkeit, daß die Gesamtheit des katholischen Judentums zeige, daß die katholische Kirche seit Jahrhunderten Gesetze gegen die Juden erlassen hat, die in den Grundbestimmungen völlig mit den Rassegesetzen des Dritten Reiches übereinstimmen.

Dr. Hans-Kurt Clausen, Kiel, bringt einen Beitrag über den Judentum. Es würde zu weit führen, die in ihrer Langatmigkeit und Grimmigkeit ausführlich dargestellten Eidesformeln und Eideszeremonien auch nur auszugsweise wiederzugeben. Aus den Formeln ergibt sich jedenfalls, als wie wenig glaubhaft der Jude zu allen Zeiten angesehen worden ist.

Dr. Heinz-Dieter Köhler, Berlin, gibt zum Schluß eine Übersicht zum Thema „Die Juden in Deutschland“, wobei u. a. auch auf die in *JW.* bereits besprochene Schriftenreihe „Das Judentum in der Rechtswissenschaft“ hingewiesen und inhaltlich kurz eingegangen wird.

Das hier besprochene Heft zur Geschichte des Judentums in Deutschland gibt in Verbindung mit der oben genannten Schriftenreihe „Das Judentum in der Rechtswissenschaft“ einen ganz vorzüglichen Überblick über die hier angeschnittenen Fragen.

Dr. Zeller, Berlin.

J. v. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetz. 10., neu bearb. Aufl., Band V, Die 1: Erbrecht, Einleitung und § 1922 erläutert von Prof. Dr. G. Boehmer. München 1937. J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier). Preis 12 *R.M.*

Die Neubearbeitung des Erbrechts des Staudinger-Kommentars haben Gustav Boehmer und Hans Albrecht Fischer übernommen. Diese Neubearbeitung, von der die Lieferung 1 (bearbeitet von Boehmer) vorliegt, will nicht nur das geltende Recht darstellen, sondern sie will auch, in Zeichen der nationalsozialistischen Rechtserneuerung, in die Zukunft des deutschen Rechts gewandt sein. Hierdurch unterscheidet sich diese Neubearbeitung des Erbrechts wesentlich von der Bearbeitung des Erbrechts in der 9. Auflage. Einleitend werden die gesamten Grundprobleme des Erbrechts in geschichtlicher, rechtsvergleichender und rechtspolitischer Übersicht behandelt. Diese einleitende Schau allein schon sichert dem Werk bleibenden Wert auch dann, wenn das Erbrecht des BGB. durch eine Neuordnung abgelöst sein wird. Der Stoff der Einleitung ist in sechs Kapitel gegliedert, von denen jedoch die Kapitel 2-5 innerlich als Schau der rechtspolitischen Grundlagen des Erbrechts enger zusammengehören. Kapitel 1 behandelt „Gesetzestechische Stellung des Erbrechts im System des bürgerlichen Rechts“, die Kapitel 2-5 vier Grundprobleme des Erbrechts („Ersatzung oder Beschränkung der Privaterbfolge durch ein Erbrecht oder Heimfallrecht der öffentlichen Hand“, „Familienrecht und Testierfreiheit“, „Familienerbrecht und Verfügungsfreiheit unter Lebenden“, „Gefährdung des Erbfolgerecht und der Testierbeschränkungen durch Umgehungs-geschäfte unter Lebenden“). Ein fünftes Grundproblem „Rechtlicher Charakter der Erbfolge“ ist in der von der ersten Lieferung miterfassten Erläuterung zu § 1922 BGB. dargestellt. Kapitel 6 „Gesetzestechische Gliederung des erbrechtlichen Stoffes“ leitet in das Erläuterungswort selbst über. Diese Einleitung zeigt die Entwicklungen, welche das Erbrecht geschichtlich bis zur Regelung des BGB. erfahren hat, in ihren Grundlagen auf. Sie stellt gleichzeitig das Erbrecht kritisch und rechtsvergleichend, lehrbuchartig dar. Sie sucht die ethischen und wirtschaftspolitischen Gründe zu erschließen, welche für die Neuordnung des Erbrechts bestimmend sein werden. Der Vielheit des verarbeiteten Stoffes und der Tiefe seiner Bearbeitung gegenüber ist dem Besprecher ein Eingehen auf Einzelheiten versagt. Zur Anwendung des geltenden Rechts ist insbesondere

auf die §§ 25-28 der Einleitung (Fünftes Kapitel „Die Gefährdung des Erbfolgerecht und der Testierbeschränkungen durch Umgehungs-geschäfte unter Lebenden“) hinzuweisen.

R.M. Dr. Alfons Roth, Berlin.

Dozent Dr. jur. habil. Hans Möller: Summen- und Einzelschaden. Beiträge zur Erneuerung der Schadenslehre vom Wirtschaftsrecht aus (Heft 30 der Hamburger Rechtsstudien). Hamburg 1937. Verlag Friederichsen, de Gruyter & Co. GmbH. Preis brosch. 9 *R.M.*

Die Frage, wessen Schultern mit der Tragung eines eingetretenen Schadens endgültig belastet werden sollen, stellt die Rechtsordnung bekanntlich vor eines ihrer schwierigsten Probleme, und auf wenigen Gebieten reagiert gegen unbillige oder unzweckmäßige Entscheidungen des Gesetzes oder des Richters das Rechtsgefühl der Betroffenen so empfindlich wie auf dem des Schadenersatzrechtes. Kein Wunder, daß die Dogmatik sich mit dieser Materie besonders gern und immer von neuem wieder beschäftigt, und gerade in der deutschen Rechtslehre sind seit einer Reihe von Jahren Tendenzen bemerkbar, das Schadenersatzrecht, wo es noch allzu starre und schablonenhafte Züge aufweist, im Sinne einer Auslockerung zu reformieren. Auch die vorliegende Schrift stellt sich in den Dienst dieser Bestrebungen und ihr Verf. ist um so mehr berufen, sich an ihnen zu beteiligen, als er durch die Schule des Versicherungsrechtes gegangen ist, für das ja die Begriffe „Schaden“ und „Schadenersatz“ aktueller als für irgendeinen anderen Zweig des Rechtslebens sind. Indem die Gedankenwelt dieser Disziplin hier für die allgemeinen Probleme des Schadenersatzrechtes dienstbar gemacht wird, bestätigt sich wieder die alte Erfahrung, daß die stärkste Befruchtung der allgemeinen Lehren des Zivilrechts von den Einzeluntersuchungen aus dem sich ständig erneuernden und erweiternden Gebiet des Wirtschaftsrechtes ausgeht. Was dem Verf. als geeignetes Mittel vorschwebt für eine freiere und beweglichere Ausgestaltung des Schadenersatzrechtes, ist nicht so sehr eine Stärkung der Richtermacht bei der Schadensabschätzung durch irgendeine Generalklausel, sei es im Sinne einer Abstufung der Haftung nach Verschuldensgraden, sei es im Sinne einer Abwägung der Vermögensverhältnisse von Schadensurheber und Geschädigtem. Sondern am wichtigsten erscheint ihm die Auflösung des einheitlichen Schadensbegriffes als einer festen Endsumme in seine einzelnen Bestandteile. „Der Schadenersatzpflichtige hat heute jenen vollen Schaden zu ersetzen, den die gemeinrechtliche Pandektenwissenschaft auf den Namen Interesse getauft hat. Es herrscht ein grausames Alles-oder-Nichts-Prinzip.“ In diesem Summenschadensbegriff erscheint der Schaden „zu einem Klumpen geballt“, der die „vielerlei Teile, die er vereinigt“, nicht erkennen läßt. Eine Besserung erhofft Verf. von einer stärkeren Beachtung der einzelnen Elemente, aus denen sich ein Schaden zusammensetzt oder möglicherweise zusammensetzen kann: Zerstörung oder Beschädigung der Beziehungen einer Person zu einem Rechtsgut oder Begründung oder Vergrößerung der Beziehungen einer Person zu einem Rechtsgut; deutlicher ausgedrückt: Beschädigung oder Vernichtung von Aktivwerten auf der einen, Belastung oder Mehrbelastung mit Passivwerten auf der anderen Seite. Die Beziehungen, um die es sich in der ersten Gruppe handelt, sind entweder Sachen- oder Forderungsrechte oder Geistesprodukte oder Anwartschaften (entgangener Gewinn!); in die zweite Gruppe gehören nicht nur die entstandenen, sondern auch die sich möglicherweise erst einstellenden Verbindlichkeiten (Haftpflichtversicherung!). Wie bei der Sachversicherung nur die Vernichtung oder Verminderung des Sachwertes und nicht auch ein etwa entgangener Gewinn ersetzt wird, so läßt sich der Gedanke, den zu reparierenden Schaden, statt ihn dem Endergebnis einer Kaufreihe gleichzusetzen, auf einen Teil der Schadens-elemente zu beschränken, auch in anderen Bedürfnisfällen wirksam verwerten. Das wird vom Verf. mittels einer Fülle von Material, das er aus der Literatur, der Judikatur und der Sondergesetzgebung des In- und Auslands beibringt, dargetan. Auf diese Einzelausführungen ein-

zugehen, ist im Rahmen dieser kurzen Besprechung nicht möglich. Sie sind reich an feinen Bemerkungen und beachtlichen Anregungen und stellen eine zweifellose Bereicherung des schäfersjahrrechtlichen Schrifttums dar.

Prof. Dr. Tige, Berlin.

Zivilprozessordnung in der vom 1. Jan. 1935 an geltenden Fassung mit Gerichtsverfassungsgezet, den Einführungsgesetzen, der Entlastungsverordnung und den wichtigsten Bestimmungen über den Mobilarvollstreckungsschub. Textausgabe mit Einleitung, kurzen Verweisungen und Sachregister. Herausgegeben von Dr. Erich Volkmar, MinDir. im RZM. (Sammlg. Deutscher Gesetze Bd. 132.) Berlin 1937. Weidmannsche Verlagsbuchhblg. XVII, 416 S. Preis geb. 3 RM.

Der Herausgeber hat der Textausgabe eine Einleitung vorangesezt, die die Bedeutung der seit 1933 geschaffenen Gesetzesänderungen darstellt und eine Reihe von sehr bemerkenswerten Hinweisen auf die richtige Handhabung des Verfahrens enthält. Volkmar tritt vor allem dafür ein, das Verfahren nach gründlicher Vorbereitung in einer einzigen Verhandlung so zu konzentrieren, daß einem ausführlichen erschöpfenden Parteivortrag unmittelbar die Beweiserhebung und dieser das Urteil folgt. Er legt den Gerichten die strengste Befolgung der auf Wiederherstellung der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme abzielenden neuen Vorschriften nahe. Mit Recht führt er aus, daß durch den Gesetzeswortlaut die Verwirklichung der Ziele des neuen Gesetzes allein nicht gewährleistet werden.

„Alles hängt vielmehr von den Personen ab, die das neue Recht handhaben sollen. Die Reform kann nur gelingen, wenn Richter und Anwälte mit derselben Einnütigkeit, mit der sie sich auf dem Leipziger Juristentage zum Volke bekannten, von dem ernstesten Willen durchdrungen sind, kein Opfer zu scheuen, um das hohe Ziel eines schleunigen lebensvollen Verfahrens, dem das Volk Verständnis und Vertrauen entgegenbringen kann, zu erreichen, wenn sie vor allem um dieses Ziel willen die Unbequemlichkeiten und Anfangsschwierigkeiten, die der Übergang zu einer völlig neuen Verfahrensmethode notwendig mit sich bringt, willig auf sich nehmen.“

Die 7. Aufl. berücksichtigt die bis zum 15. März 1937 eingetretenen Gesetzesänderungen einschließlich der Auswirkungen des am 1. Juli 1937 in Kraft tretenden deutschen Beamtengesetzes. D. S.

Dr. von Rozhdi-von Hoewel, AGM. und Leiter des Entschuldungsamts in Magdeburg, und Dr. von Rozhdi, RegR.: **Das Gesetz zur Regelung der landwirtschaftlichen Schuldverhältnisse v. 1. Juni 1933** nebst allen Durchführungsverordnungen und Ergänzungsvorschriften, der Dsthilfeentschuldung, Pächterentschuldung, dem Roggenzuschußgesetz und den Vorschriften über den landwirtschaftlichen Vollstreckungsschub. Fünfte Neubearb. und verm. Aufl. Schneidemühl 1936/37. Verlag „Die Grenzacht“. 5. und 6. Nachtrag. Preis 8 RM und 8,50 RM.

Dieser Kommentar, den ich schon in meinen früheren Besprechungen als sicheren Führer durch das gesamte Entschuldungsrecht und die damit in Zusammenhang stehenden Rechtsgebiete bezeichnet habe, konnte innerhalb eines Zeitraums von zwei Jahren fünf jeweils neubearbeitete Auflagen erleben. Er ist im Sommer 1935 mit der fünften Auflage in seiner endgültigen Gestaltung erschienen (Loseblattform mit Klemmeinband). Die durch Gesetzgebung, Rechtsprechung usw. notwendig werdenden Ergänzungen erscheinen nach Bedarf in Ergänzungslieferungen, so daß das Werk durch Auswechslung der veralteten und Einfügen der neuen bzw. neubearbeiteten Blätter immer wieder auf den neuesten Stand gebracht wird.

Es liegen nummehr der fünfte und sechste umfangreiche Nachtrag vor, welche ebenfalls die dem gesamten Werk und den bisherigen Ergänzungslieferungen eigentümlichen Vorzüge, insbesondere die gewissenhafte Kommentierung und die

vollkommene Verarbeitung der Rechtsprechung (auch noch nicht veröffentlichter Entscheidungen), der ministeriellen Richtlinien und des Schrifttums, genießen. Sie bringen vor allem die überaus wichtige Erläuterung der die Erbhofentschuldung regelnden 8. DurchfVd. v. 20. Juni 1936, ferner den Text der bis zum Beginn des Jahres 1937 ergangenen Gesetzgebung — DsthilfeeschlußVd. v. 20. Juni 1936, AuslosungsVd. v. 27. Okt. 1936, Vd. über die Gewährung von Schuldbuchforderungen nach § 65 SchuldReglG. v. 8. Dez. 1936, Vd. über die Veräußerung von Entschuldungsbetrieben v. 6. Jan. 1937 und die neuen gesetzlichen Ergänzungen des landwirtschaftlichen Vollstreckungsschubes und der Zinsermäßigung —, deren wichtigste Vorschriften außerdem eingehend erläutert sind. Ein siebenter Nachtrag mit den seit Erscheinen der hier besprochenen Nachträge erlassenen und daher noch nicht aufgenommenen Verordnungen — vor allem der Vd. über die Behandlung der Mitschuldner und Bürgen im Schuldenregelungsverfahren v. 16. Febr. 1937 und der AblösungsVd. v. 27. Febr. 1937 — dürfte bedürftig sein.

RM. Dr. Eduard Gebhard, Karlsruhe.

Wichtige Steuerfragen der Praxis. (Band 4 der Schriftenreihe „Betriebswirtschaft und Steuer.“) Deutscher Betriebswirte-Verlag GmbH. Berlin 1937. 154 S. Preis brosch. 4 RM.

Die Schrift enthält 12 Beiträge verschiedener Verf. über eine Reihe im Vordergrund stehender Steuerfragen. Zum Teil gehen die Beiträge auf Vorträge zurück, die auf Tagungen im Dezember 1936 gehalten worden sind. Diese Anordnung des Festes erklärt es, wenn sich die einzelnen Aufsätze in ihrem Inhalt vielfach überschneiden und wenn sich mancherlei Wiederholungen finden. Entsprechend dem Zweck der Schrift enthalten die Aufsätze weniger das Ergebnis wissenschaftlicher Forschungen oder eine Kritik der bisherigen Forschung und Rechtsprechung, als vielmehr eine beherrschende Darstellung für den Anfänger und für die Praxis.

Am wichtigsten ist der Aufsatz über Rechtspflicht und Rechtsschutz im autoritären Steuerrecht von Prof. Bühler (Münster). Nachdrücklich wiederholt er mit Recht (und hoffentlich nicht ohne Erfolg) seine alte Forderung nach einer Stärkung der Unabhängigkeit der Finanzgerichte und nach Ausbau der mündlichen Verhandlungen bei diesen Gerichten. „Nichts schadet dem Vertrauen des Publikums in die Gerechtigkeit einer Spruchbehörde mehr, als wenn dem Pflichten das elementarste Recht, sich vor seinen Richtern auszusprechen, genommen wird.“ Das bekannte Urteil des RZM. über die Behandlung offener Unrichtigkeiten, das zu einer erheblichen Lockerung der Rechtskraft von Steuerbescheiden führt, wird von ihm im Ergebnis gebilligt, er ist allerdings der Meinung, daß dieses Ergebnis doch wohl richtiger im Wege der Gesetzgebung, als im Wege der Rechtsprechung erreicht worden wäre. Kurz nimmt er auch zu der in der letzten Zeit wieder stärker hervorgetretenen Tatsache Stellung, daß die Steuerverwaltung die Rechtsprechung des RZM. nicht als unbedingt bindend betrachtet. Er erkennt das Recht des RZM. zu derartigen Anweisungen an die Steuerverwaltungsbehörden an, wobei er allerdings nicht zu der Frage Stellung nimmt, daß ja gerade dadurch eine erhebliche Verschiedenheit in der Behandlung der einzelnen Fälle herbeigeführt wird, weil diejenigen Steuerpflichtigen, die ihre Sache bis zum RZM. durchsetzen, dabei zu einem günstigeren Ergebnis gelangen können als diejenigen, die sich mit den Verwaltungsanweisungen abfinden.

In einem Aufsatz über „Betriebswirtschaftliche Gewinnverlagerungen und ihre steuerliche Behandlung“ berichtet Dr. Geisler über die Rechtsprechung auf dem Gebiet der Familiengesellschaften, der verdeckten Gewinnausschüttungen usw. Soweit ersichtlich, wird die Rechtsprechung auf diesem zum Teil sehr verwickelten Gebiet vollständig wiedergegeben. Inhaltlich berührt sich hiermit sehr nahe der Aufsatz über „Gewinnabschreibung, Treuhandschaft und Gewinnausschluß“ von Dr. Schulte-Schlatus. Besonders lesenswert ist seine Gegenüberstellung der erlaubten und der unerlaubten

Fälle einer Gewinnabführung, insbesondere im Zusammenhang mit dem Vorhandensein eines Organverhältnisses.

Mit Rücksicht auf den bevorstehenden Ablauf der Frist für die steuerlich begünstigte Umwandlung von Kapitalgesellschaften beansprucht der Aufsatz von Dr. Meilcke über „Steuerlich zweckmäßige Kapitalinvestitionen und Betriebsumwandlungen“ erhebliche Beachtung. Mit Recht hebt er allerdings hervor, daß diese Umwandlung nicht ohne weiteres für sämtliche vorkommenden Fälle einer Kapitalgesellschaft geeignet ist.

Aus dem übrigen Inhalt seien hervorgehoben die Aufsätze von MinDir. Dr. Hedding über Doppelbesteuerungsfragen, von Dr. Frank über „Betriebswirtschaftliche Grundzüge und Grenzen der steuerlichen Schätzung“ („Man muß sich hüten, in der Schätzung etwa in erster Linie ein besonderes Mittel finanzpolitischer Erziehungsaspirationen oder auch wirtschaftspädagogischer Absichten zu sehen. Es hieße sonst aus einem Ermittlungsverfahren ein latentes Strafverfahren machen.“), der Aufsatz von Dr. Wacke über Körperschaftsteuerfragen der Praxis (insbesondere wiederum über verdeckte Gewinnverteilung und Mindestbesteuerung) und der Aufsatz von Dr. Mattern über neue Grundzüge im Verwaltungsverfahren (unter besonderer Hervorhebung der neueren Rechtsprechung sowie über die vorläufige Veranlagung).

Ein Aufsatz von Eich über Abschreibungs- und Bewertungsausgleich in der Handels- und Steuerbilanz nimmt sehr scharf und zuweilen etwas überheblich gegen verschiedene in der Wirtschaft durchaus nicht unübliche Abschreibungsgrundsätze Stellung.

R. A. Dr. Delbrück, Stettin.

Dr. Paul Sattelmacher, OLGPräs. in Naumburg: Bericht, Gutachten und Urteil. Eine Anleitung für praktische Juristen im Vorbereitungsdiens. 15., veränderte u. ergänzte Aufl. von Daubenspeck: Referat, Botum und Urteil. Berlin 1937. Verlag Franz Vahlen. 298 S. Preis geb. 7,80 R. M.

Nicht ganz drei Jahre nach dem Erscheinen der 14. Aufl. liegt nunmehr die 15. Aufl. des bekannten Werkes vor.

Diese Auflage ist mehr als die sonst übliche verbesserte und durchgesehene frühere Auflage, sie ist ein ganz neues Werk, für das die bisherigen Auflagen nur die Grundlage bilden. Allein ein Vergleich der Inhaltsübersicht mit der Inhaltsübersicht der 14. Aufl. zeigt, daß eine grundlegende Umarbeitung stattgefunden hat. Bisher war dieses Anleitungsbuch für die praktische Richtertätigkeit so aufgebaut, daß in drei verschiedenen Abschnitten jeweils der Bericht, das Rechtsgutachten und das Urteil behandelt wurden. In der Neuaufgabe ist als erster Abschnitt ein „allgemeiner Teil“ der Richtertätigkeit unter der Überschrift „Die vorbereitende Tätigkeit des Berichterstatters“ vorangestellt. In diesem Abschnitt sind diejenigen Hinweise und Ratschläge zusammengefaßt, die für jeden der drei nachfolgenden Abschnitte von Bedeutung sind. Es werden dadurch Wiederholungen bei den einzelnen Abschnitten vermieden, und die Neuaufgabe kann auf weniger Seiten im Ergebnis einen größeren Inhalt bringen.

Zu begrüßen ist ferner, daß der Verf. von den fünf bei den bisherigen Auflagen im Anhang aufgeführten Formularbeispielen nur noch zwei Typenbeispiele im Anhang beibehalten hat, und dafür innerhalb der Hauptabschnitte die Darstellung durch Einarbeitung von Beispielen lebendiger und verständlicher gestaltet hat. Es wird dadurch auch vermieden, daß das Buch zur Anfertigung von Arbeiten im Vorbereitungsdiens benutzt wird, daß der junge Jurist sich das am besten passende Formularbeispiel für seine Arbeit aussucht, um an Hand dieses Schemas seine Arbeit aufzubauen. Die Neugestaltung zwingt zur gedanklichen Erarbeitung der besonderen Voraussetzungen des einzelnen Falles, da der ratsuchende Leser den einzelnen Abschnitt und damit die Begründung der Besonderheiten des einzelnen Falles durcharbeiten muß.

Durch diese grundlegende Umarbeitung hat das vorliegende Buch noch weiterhin an Wert gewonnen. Es ist bisher schon so

allgemein bekannt — man kann sagen, daß es in der Bücherei eines jeden Volljuristen zu finden ist —, daß ein nochmaliges Hervorheben der bisherigen Vorzüge nicht notwendig ist. Ich verweise insofern auf meine Besprechung der 14. Aufl. ZB. 1934, 2327.

Die neue Auflage verdient, noch mehr als bisher, das Interesse aller Rechtswahrer, die sich mit praktischer Richtertätigkeit befassen.

R. A. Dr. Otto Riß, Berlin.

Dr. Albert Stöckmann, OBR.: Der Zwangsversteigerungsrichter und seine Abteilung (Buchreihe: Deutsches Gerichtswesen, das Amtsgericht). Berlin 1937. Deutscher Rechtsverlag. 110 S. Preis brosch. 2,40 R. M.

Der Verf. veranschaulicht an Hand eines Einzelfalles, der durch sämtliche Stadien durchgeführt wird, das gesamte Zwangsversteigerungsverfahren. Große wissenschaftliche Auseinandersetzungen über im Zwangsversteigerungsrecht reichlich vorhandene Streitfragen werden vermieden. Sie sollten und konnten im Rahmen des vorliegenden Werkes auch nicht gegeben werden. Der Verf. hat sich vielmehr darauf beschränkt, die in der Praxis gebräuchlichen Formulare und Verfügungsentwürfe zusammenzustellen und durch kurze Begleitworte und Hinweise auf Gesetzesbestimmungen ihren Sinn und ihre Berechtigung und Notwendigkeit zu erklären. Die Erläuterungen sind sorgfältig, klar und leicht verständlich geschrieben.

Neben dem Grundstücksversteigerungs- und Verwaltungsrecht ist auch die Zwangsversteigerung von im Schiffsregister eingetragenen Schiffen und die Zwangsversteigerung in besonderen Fällen (§§ 172—184 ZwVerfG.) dargestellt worden.

Das Recht der Immobiliarvollstreckung ist ein Spezialgebiet, das nicht nur dem jungen Juristen, der in der Ausbildung steht, außerordentliche Schwierigkeiten bereitet. Auch dem Praktiker, der nicht gerade regelmäßig mit diesen Fragen zu tun hat, macht es immer wieder Mühe, sich durch die Finessen des Zwangsversteigerungsrechtes hindurchzufinden. Insbesondere bereitet dies auch deswegen Schwierigkeiten, weil das starre und formal ausgerichtete Verfahren, wie es sich aus dem ZwVerfG. von 1897 ergibt, heutigem Rechtsdenken, das gegenüber der formalen Richtigkeit eines Ergebnisses dessen wirtschaftliche und moralische Berechtigung in den Vordergrund der Betrachtung rückt, nicht immer leicht faßlich ist. Diesem Bestreben nach wirtschaftlich angemessenen Ergebnissen dienen im Zwangsversteigerungsrecht besonders die WD. über Maßnahmen auf dem Gebiete der Zwangsvollstreckung v. 26. Mai 1933 und das VollstrMißbrG. vom 13. Dez. 1934. Dem in diesen Bestimmungen zum Ausdruck gelangenden Willen des Gesetzgebers kann der Richter nicht durch ein rein schriftliches und zeitaubendes Verfahren — Auflageverfügung, Erklärung, Gegenerklärung, Beschluß — voll gerecht werden. Das ist auch von Stöckmann in der Einleitung seines Werkes unter Hinweis auf die Verfügung des RM. v. 3. Jan. 1935 betr. Aufgaben der Vollstreckungsgerichte bei der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen (DZ. 45) anerkannt worden. In der Arbeit selbst hätte der Gedanke, daß in dem Einstellungsverfahren nach § 5 VollstrMißbrWD. in erster Linie auf Grund einer mündlichen Erörterung gemeinsam mit allen Beteiligten, und zwar unter sorgfältigster Vorbereitung des Termins durch den Richter, gegebenenfalls durch Ausarbeitung eines eingehenden Sanierungsplans, entschieden werden sollte, stärker betont werden sollen. Das gleiche gilt für das Verfahren nach dem VollstrMißbrG., das seit seinem Erlaß besonders für das Zuschlagsverfahren eine erhebliche Bedeutung erlangt hat. Erst wenn der Richter sich in diesem Verfahren als der in mündlicher Aussprache allen Beteiligten zur Verfügung stehende Rechtswahrer ansieht, wird er seiner Aufgabe voll gerecht werden können.

Diese Ausführungen erschienen notwendig. Sie ändern nichts an der Auffassung, daß das Buch Stöckmanns ein willkommenes und geeignetes Mittel zur Unterrichtung ist sowohl für den Rechtspfleger, den Studenten und Referendar, als auch für den Zwangsversteigerungsrichter selbst.

Richter Dr. Hermann Vogel, Hamburg.

Wettbewerb und Wirtschaftsordnung. Eine öffentlich-rechtliche Untersuchung über wirtschaftliches Kampfrecht und Freiheit der Wirtschaft von Dr. iur. Friedrich Wehner. Hamburg 1936. Paul Evert Verlag. 106 S. Preis brosch. 3,80 RM.

Die Abhandlung beschäftigt sich mit dem Wettbewerb als Bestandteil der öffentlichen Ordnung der Wirtschaft.

Der Verf. unterzieht den Konkurrenzgedanken einer gründlichen Würdigung. Er unterteilt seine Arbeit in eine Betrachtung unter den Gesichtspunkten der liberalen Wirtschaft und der nationalsozialistischen Wirtschaft. Er knüpft eine Übersicht über die privatrechtlichen Schutzmöglichkeiten an und schließt mit einer Übersicht über Führung und Pflege des gesunden Wettbewerbes durch Staat und Partei.

Interessant an den Ausführungen ist der Versuch, Wettbewerbsleben als privatrechtlichen Tatbestand abzugrenzen gegenüber der allgemeinen Bedeutung des Konkurrenzgedankens in der Wirtschaft. Bei einer eingehenden Beschäftigung mit den Problemen der wirtschaftlichen Konkurrenz wird man vielleicht zu dem Ergebnis kommen, daß das ungeheuerere Gebiet der Marktordnung einerseits und der Wettbewerbsregelung andererseits nicht erschöpfend in einer Abhandlung von rund 100 Seiten erörtert werden kann. Soweit es in diesem Rahmen überhaupt möglich ist, grundsätzliche Erkenntnisse zu erörtern, hat der Verf. dies getan.

Der Überblick, den er über die Geschichte der freien Konkurrenz in der liberalen Wirtschaft gibt, ist interessant geschrieben und im großen ganzen auch richtig gesehen.

Man darf nur eins nicht verkennen, gerade das Prinzip der freien Konkurrenz ist organisch gewachsen aus den unbedeutenden Anfängen der 70er Jahre zu den Zeiten der Hemmungslosigkeit nach dem Zusammenbruch von 1918. Weniger ein falscher Begriff der freien Konkurrenz als vielmehr die geschäftliche Sittenlosigkeit der Inflations- und Nachinflationszeit hat zu den betrüblichen Wettbewerbserscheinungen geführt, denen nur eine grundlegende Umstellung des Menschen zur Wirtschaft Abhilfe schaffen konnte. Die Auswirkung der freien Konkurrenz wird letztlich für den Verbraucher wie auch für den wirtschaftenden Menschen stets die gleiche sein. Ihnen gegenüber steht aber die Spielregel, unter denen sich die Tätigkeit vollzieht.

Der Verf. sieht in seinen interessanten Ausführungen ohne Zweifel die Auswirkung richtig. Er erkennt aber, daß die freie Konkurrenz gewandelt wurde von einer Ausrichtung des Jch-Strebens auf den bestmöglichen Gewinn hinüber zur Ausrichtung auf das Gemeinwohl. Gerade diese feine Unterscheidung, die am Einzeltatbestand so außergewöhnlich schwer festzustellen ist, bringt die Schwierigkeiten mit sich, vor denen man bei einer Beurteilung der wettbewerbslichen Handlungen steht.

Am Einzeltatbestand läßt sich eben nur sehr schwer feststellen, ob die Handlung von frischem Gewinnstreben diktiert ist oder eine notwendige Folge der Leistung ist. Gerade darin begegnet man immer wieder einer schweren Verdächtigungs-möglichkeit, da der Wettbewerber nur zu leicht geneigt ist, die ihm unbequeme Wettbewerbsbehandlung des Mitbewerbers als unlauter und damit als gemeinschädlich anzusehen. Von diesem Gesichtspunkt aus geht die Arbeit mehr den Auswirkungen der Rechtsordnung nach als den sie bestimmenden Grundgedanken.

Man vermißt vielleicht etwas die an sich notwendige Definition des Begriffes der Unlauterkeit. Denn gleichgültig wie man das Prinzip der Konkurrenz betrachtet, sei es in seiner privatrechtlichen, sei es in einer öffentlich-rechtlichen Auswirkung, immer wird es beherrscht von dem Begriff der Unlauterkeit, über dessen Definition man sich schlüssig sein muß, ehe man zu einem Aufbau gesunden Wettbewerbslebens kommen kann.

Dieser Umstand beeinträchtigt aber keineswegs Wert und Brauchbarkeit der Abhandlung. Sie stellt für jeden, der sich einen gründlichen Überblick über die Wettbewerbspähare im öffentlichen und privaten Recht verschaffen will, eine gute Grundlage dar, auf der sich weiterarbeiten läßt. Die Schrift ist ein dankenswerter Beitrag, der weiterhelfen wird, den Be-

griffen der Marktordnung und der freien Konkurrenz näher zukommen und sie für ein neues, allgemeingültiges Wettbewerbsrecht auszuwerten.

RM. Dr. Günter Hecht, Berlin.

Dr. Friedrich Deerberg, SenPräf. am RG., und Dr. Friedrich Preiser, LGN.: Kraftfahrer vor dem Richter. Eine gemeinverständliche Darstellung des gesamten Verkehrsrechts auf Grund praktischer Fälle. Berlin 1937. Verlag Franz Vahlen. 149 S. Preis kart. 3,65 RM.

Die Vielgestaltigkeit des heutigen Straßenverkehrs mit seiner Schnelligkeit und Dichte, der unaufhaltbare Strom des Verkehrslebens mit seinem rastlosen Wechsel verlangt ein Recht, welches ununterbrochen in beweglicher Anpassung an die lebendige Wirklichkeit und in schöpferischer Fortentwicklung erhalten wird. Es ist kein Zweifel, daß die üblichen Erläuterungsbücher allein diesem Bedürfnis nicht genügen, sondern daß sie eine erwünschte und notwendige Ergänzung durch Sammlungen erfahren, wie sie das vorliegende Werk eine bietet.

Die Verf. haben 49 Beispielfälle des Kraftfahrzeugverkehrs zusammengestellt und erörtern ausführlich die strafrechtlichen und haftpflichtrechtlichen Folgen der Unfalls-tatbestände. In anschaulicher und lebendiger Weise werden alle, die es angeht, mit den rechtlichen Schwierigkeiten des Kraftfahrzeugverkehrs vertraut gemacht. Das Buch ist nach dem Vorwort der Verf. nicht zuletzt für die Rechtsmahrer bestimmt. Aber auch die Fahrer und Halter von Kraftfahrzeugen können aus den besprochenen Fällen viel lernen.

Nicht allen Lösungen der Rechtsfragen vermag ich beizustimmen. J. B. ist Fall 24 unrichtig gelöst. Er behandelt den Zusammenstoß zwischen einem Kraftfahrzeug, welches auf einer Hauptverkehrsstraße fährt, mit einem Aderwagen, welcher aus einem Seitenweg kommt, an der Einmündung des Seitenwegs in die Hauptverkehrsstraße. Die Verf. billigen zwar dem Kraftfahrzeug das grundsätzliche Vorfahrtrecht zu, messen aber seinem Führer trotzdem Schuld bei, weil er trotz praktischer Erlebigung seines Vorfahrtrechts noch versucht habe, vor dem Aderwagen vorbeizufahren. Sie übersehen, daß der Kutscher des Aderwagens nur dann aus dem Seitenweg hätte herausfahren dürfen, wenn er die Gewißheit gehabt hätte, das Kraftfahrzeug weder zu behindern noch zu gefährden. Auch fehlt im Tatbestand die unentbehrliche Angabe, ob die Einmündung übersichtlich oder unübersichtlich war, und ob der Kraftfahrer rechtzeitig die Nichtbeachtung seines Vorfahrtrechts durch den Kutscher des Aderwagens wahrnehmen konnte. In den Fällen 19 und 20 wird in zutreffender Weise die Unhaltbarkeit des vom RG. entwickelten Betriebsbegriffs klargestellt. Besondere Aufmerksamkeit verdienen die Erörterungen zu Fall 48. Hier wird zunächst überzeugend dargelegt, daß die RStV. an schienengleichen Eisenbahnübergängen auch für die Eisenbahn gilt, und daß insbesondere § 25 RStV. von den Lokomotivführern zu beachten ist. Eine Ausnahme bilden lediglich die Vorschriften des § 27 RStV. über das Vorfahrtrecht, weil die Eisenbahn insoweit das besondere Vorrecht aus § 79 EStV. genießt. Es wird aber außerdem recht anschaulich gezeigt, daß die größten Gefahren des Verkehrs regelmäßig aus dem Verschulden, d. h. aus dem Mangel an Aufmerksamkeit und Sorgfalt, erwachsen, nicht dagegen aus den Elementen der sogenannten Betriebsgefahr. Ein wertvoller Beitrag zu den Bestrebungen, die Gefährdungshaftung aus dem Straßenverkehrsrecht zu beseitigen!

Alles in allem ist das Werk ein gelungener Versuch, das Kraftverkehrsrecht an praktischen Beispielen lebendig werden zu lassen. Ich kann seine Anschaffung allen empfehlen, welche mit dem Kraftfahrzeugverkehr zu tun haben, besonders aber den damit besaßten Rechtsmahrer. Den Verf. darf ich empfehlen, die Sammlung fortzusetzen. Ein Gesetzesverzeichnis, wie es die amtlichen Sammlungen der Entscheidungen des RG. aufweisen, und ein knappes Sachverzeichnis würden die praktische Verwendbarkeit der Sammlung erhöhen.

RM. Dr. Gültde, Dresden.

Rechtspredung

Nachdruck der Entscheidungen nur auszugsweise und mit genauer Quellenangabe gestattet

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

Sundstellenverzeichnis der Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen

Band 153

Vorbemerkung: Ein Nachweis über die Abdruckstellen der früheren Sundstellenverzeichnisse ist im Register zu *JW.* 1937 Bd. I S. * 84 veröffentlicht.

- RGZ.* 153, 1: 14. Nov. 1936, I 124/36, Schallplatten und Rundfunk: *JW.* 1937, 690^a
- RGZ.* 153, 29: 30. Okt. 1936, IV 126/36, Nießbrauch an einem Vermögen, Vermögensteuer: *JW.* 1937, 462^a (m. Anm. Voesebeck)
- RGZ.* 153, 38: 4. Jan. 1937, VI 274/36, Berufsgenossenschaft, Forderungsübergang: *JW.* 1937, 745^a (m. Anm. Kersting)
- RGZ.* 153, 47: 4. Nov. 1936, I 15/36, Patentbeschränkung: *JW.* 1937, 309^a
- RGZ.* 153, 52: 6. Nov. 1936, II 69/36, Schuldberechtigungsbesitzer, Versammlungsbeschlüsse: *JW.* 1937, 537^a
- RGZ.* 153, 57: 10. Nov. 1936, II 57/36, Prozeßgebühr: *JW.* 1937, 625^a (m. Anm. Culemann)
- RGZ.* 153, 59: 12. Nov. 1936, IV 202/36, Formmangel, Arglisteinrede: *JW.* 1937, 1057^a
- RGZ.* 153, 62: 20. Nov. 1936, VII 111/36, Versicherungsbedingungen, Auslegung: *JW.* 1937, 673^a (m. Anm. Pröfl)
- RGZ.* 153, 65: 10. Nov. 1936, VII 97/36, Anfechtung eines Prozeßvergleichs: *JW.* 1937, 544^a (m. Anm. Jonas)
- RGZ.* 153, 71: 2. Dez. 1936, I 332/35, Bearbeitung älterer Volksliedmelodien: *JW.* 1937, 933^a (Rechtssatz)
- RGZ.* 153, 78: 3. Dez. 1936, IV 220/36, Eheanfechtung, Erbkrankheit: *JW.* 1937, 616^a (m. Anm. Maßfeller)
- RGZ.* 153, 85: 8. Dez. 1936, VII 116/36, Dittelferverfahren, Entschuldungsplan: *JW.* 1937, 934^a (m. Anm. Bogels)
- RGZ.* 153, 93: 17. Dez. 1936, IV B 58/36, Beschwerverecht in Vormundschaftsachen, Blutprobe: *JW.* 1937, 623^a (m. Anm. Roquette)
- RGZ.* 153, 101: 1. Dez. 1936, III 271/35, Anschlußberufung, Verjährung: *JW.* 1937, 815^a
- RGZ.* 153, 113: 5. Dez. 1936, I 67/36, Urächlicher Zusammenhang: *JW.* 1937, 877^a (m. Anm. Naumann)
- RGZ.* 153, 123: 17. Dez. 1936, VI 257/36, Zeitbürgschaft, Gesellschaftliche Stundung: *JW.* 1937, 676^a (m. Anm. Weimar)
- RGZ.* 153, 129: 8. Dez. 1936, III 74/36, Beamtenrechts-Änderungsgesetz: *JW.* 1937, 935^a
- RGZ.* 153, 135: 11. Dez. 1936, VII 172/36, Einbruchsdiebstahlversicherung, Beweislast: *JW.* 1937, 880^a (m. Anm. Pröfl)
- RGZ.* 153, 139: 15. Dez. 1936, II 70/36, Raubbattgesetz, Konsumverein: *JW.* 1937, 931^a (m. Anm. Culemann)
- RGZ.* 153, 147, 8. Dez. 1936, III 44/36, Haftpflichtversicherung: *JW.* 1937, 874^a (m. Anm. Kersting)
- RGZ.* 153, 153, 153: 18. Dez. 1936, V 60/36, Notarshaftung: *JW.* 1937, 873^a
- RGZ.* 153, 162: 8. Dez. 1936, III 322/35, Kommunalbeamte, Vorbescheid, Entlastung: *JW.* 1937, 939^a
- RGZ.* 153, 167: 18. Dez. 1936, V 190/36, Vorläufige Eigentümergrundschuld, Übergang in Gläubigerhypothek: *JW.* 1937, 615^a (m. Anm. Voesebeck)
- RGZ.* 153, 171: 19. Dez. 1936, I 99/36, Zinsanspruch, Schiffszusammenstoß: *JW.* 1937, 931^a
- RGZ.* 153, 174: 19. Dez. 1936, I 62/36, Neuheitsschädliche Patentbenutzung: *JW.* 1937, 1149^a
- RGZ.* 153, 176: 21. Dez. 1936, IV 241/36, Anerbenordnung: *JW.* 1937, 698^a (m. Anm. Bogels)
- RGZ.* 153, 179: 22. Dez. 1936, VII 137/36, Kundenwechsel und Kaufpreisforderung im Vergleichsverfahren: *JW.* 1937, 1649^a
- RGZ.* 153, 184: 8. Jan. 1937, VII 192/36, Rückversicherung, Konkursvorrecht: *JW.* 1937, 1493^a (m. Anm. Kersting)
- RGZ.* 153, 193: 22. Dez. 1936, VII 178/36, Schiedsrichter oder Schiedsgutachter: *JW.* 1937, 531^a (m. Anm. Jonas)
- RGZ.* 153, 197: 4. Jan. 1937, I 127/36, Börsentermingeschäft, Sicherheitsleistung: *JW.* 1937, 743^a
- RGZ.* 153, 200: 5. Jan. 1937, VII 138/36, Pfändungspfandgläubiger, Auslandskonkurs, Schadensersatz: *JW.* 1937, 1507^a (m. Anm. Bleh)
- RGZ.* 153, 210: 8. Jan. 1937, VII 177/36, Rechtsnachfolge bei der Feststellungsklage: *JW.* 1937, 1667^a (m. Anm. Jonas)
- RGZ.* 153, 216: 12. Jan. 1937, III 131/36, Kommunalbeamte, Vorbescheid: *JW.* 1937, 1250^a
- RGZ.* 153, 220: 12. Jan. 1937, VII 208/36, Lebensversicherung, Bezugsrecht: *JW.* 1937, 1504^a (m. Anm. Pröfl)
- RGZ.* 153, 231: 13. Jan. 1937, V 201/36, Maschinen, Eigentumsvorbehalt: *JW.* 1937, 987^a
- RGZ.* 153, 238: 14. Jan. 1937, IV B 69/36, Persönlicher Verkehr mit dem Kinde: *JW.* 1937, 928^a (m. Anm. Roquette)
- RGZ.* 153, 244: 8. Jan. 1937, III 110/36, Wiederherstellung des Berufsbeamtentums, Ruhegeld: *JW.* 1937, 1249^a
- RGZ.* 153, 252: 20. Jan. 1937, V 194/36, Zwangsversteigerung, Zuschlagsbeschluss: *JW.* 1937, 993^a
- RGZ.* 153, 257: 15. Dez. 1936, III 88/36, Gerichtsvollzieher, Pfandversteigerung: *JW.* 1937, 1443^a
- RGZ.* 153, 264: 18. Jan. 1937, VI 329/36, Schadensersatz, Fürsorgeeinrichtung bayerischer Notare: *JW.* 1937, 1241^a
- RGZ.* 153, 267: 5. Febr. 1937, VII 168/36, Kartellschiedsgerichte: *JW.* 1937, 1557^a (m. Anm. Dörinkel)
- RGZ.* 153, 271: 5. Febr. 1937, V 223/36, Wirkung der Streitverkündung: *JW.* 1937, 1433^a
- RGZ.* 153, 274: 18. Dez. 1936, II 170/36, Offene Handelsgesellschaft, Übernahme des Geschäfts: *JW.* 1937, 1242^a
- RGZ.* 153, 280: 24. Nov. 1936, II 131/36, Verkauf einer Rechtsanwaltspraxis, Sittenwidrigkeit: *JW.* 1937, 921^a; *Auff. Schulz*: 1937, 1377
- RGZ.* 153, 294: 8. Jan. 1937, II 126/36, Verkauf einer ärztlichen Praxis: *JW.* 1937, 923^a; *Auff. Kallfelz* 1937, 1513
- RGZ.* 153, 305: 5. Jan. 1937, II 182/36, Offene Handelsgesellschaft, Haftung für Gesellschafterforderungen: *JW.* 1937, 1637^a (m. Anm. Würdinger)
- RGZ.* 153, 315: 18. Jan. 1937, I 200/36, Patentnichtigkeitsverfahren: *JW.* 1937, 1554^a
- RGZ.* 153, 321: 4. Jan. 1937, I 128/36, Patentrecht, Vorkennungsrecht: *JW.* 1937, 1149^a

- RGZ. 153, 329: 9. Jan. 1937, I 90/36, Vereinbarungen im Patentverletzungsprozeß: *ZB.* 1937, 1247¹⁴
- RGZ. 153, 333: 21. Jan. 1937, IV 237/36, Kirchenpatronat. Gebietsabtrennung: *ZB.* 1937, 1663²⁰
- RGZ. 153, 338: 8. Febr. 1937, VI 291/36, Erlöschen der Bürgschaft und des Pfandrechts: *ZB.* 1937, 1408⁵
- RGZ. 153, 348: 10. Febr. 1937, V 108/36, Anschlußberufung: *ZB.* 1937, 1440⁵⁴ (m. Anm. Jonas)
- RGZ. 153, 350, 12. Febr. 1937, VII 238/36, Gläubigeranfechtung. Treuhandverhältnis: *ZB.* 1937, 1145¹ (Rechtsfah)
- RGZ. 153, 354: 15. Febr. 1937, I 188/36, Gebrauchsmuster. Eigene Vorbenutzung: *ZB.* 1937, 1555¹⁷ (m. Anm. Müller)
- RGZ. 153, 356: 16. Febr. 1937, VII 233/36, Vergleich. Unrichtige Rechtsausübung. Gemeindehaftung: *ZB.* 1937, 1149⁶ (Rechtsfah)
- RGZ. 153, 361: 18. Febr. 1937, IV 288/36, Wohnlaubenentgelt. Zwischenpacht: *ZB.* 1937, 1562²³
- RGZ. 153, 366: 19. Febr. 1937, V 205/36, Treuhandvertrag. Widerspruchsklage: *ZB.* 1937, 1484⁵
- RGZ. 153, 371: 8. Jan. 1937, II 122/36, Stille Gesellschaft: *ZB.* 1937, 1492¹² (m. Anm. Boesebeck)
- RGZ. 153, 375: 19. Febr. 1937, VII 211/36, Verjährung. Wiederkehrende Leistungen: *ZB.* 1937, 1476³ (m. Anm. Lindemann)
- RGZ. 153, 384: 22. Febr. 1937, IV 270/36, Devisenrecht: *ZB.* 1937, 1401³ (m. Anm. Gartenstein)
- RGZ. 153, 395: 23. Febr. 1937, VII 222/36, Außergerichtlicher Vergleich. Rücktritt: *ZB.* 1937, 1473¹

Zivilrecht

Bürgerliches Gesetzbuch

** 1. RG. — §§ 126, 127, 133, 157, 276, 611 BGB. Ein Anwalt, der bei Vertragsverhandlungen als Beistand hinzugezogen wird und einen Vertrag entwirft, hat diesem eine sichere Grundlage zu geben, die eine Gefährdung seines Rechtsbestandes ausschließt. Er haftet daher schon dann, wenn eine mangelhafte Form zum mindesten erhebliche, rechtliche Bedenken gegen die Rechtsgültigkeit des entworfenen Vertrages auslösen muß. Die Beurteilung eines Rechtsgeschäftes, das nach dem Gesetz zu seiner Rechtswirksamkeit der schriftlichen Form bedarf, muß alle wesentlichen Teile des Rechtsgeschäftes, also insbes. die Bezeichnung derjenigen Personen enthalten, die das Geschäft schließen und für die es wirksam sein soll. †)

Die Kl. Eugen und Emil H. und die durch die Witwe H. vertretenen minderjährigen Kinder Karl und Franz H. sind in Bruchteilgemeinschaft Eigentümer eines Hauses in Köln. Im Jahr 1927 sollte das Erdgeschoß des Hauses an die D.-Verkaufsgesellschaft (DVG.) vermietet werden. Bei den Vorverhandlungen handelte Emil H. zugleich im Namen seiner Schwägerin, der Witwe H. Am 9. Dez. 1927 wurde in Gegenwart der Brüder Eugen und Emil H., aber in Abwesenheit der Witwe H., der Mietvertrag mit der DVG. schriftlich abgeschlossen. Im Eingang des Vertrags wurden als Vermieter die „Gebrüder H., 1. Dr. med. Eugen H., 2. Dipl.-Ing. Emil H., 3. Witwe WGR. Josef H. als Vormünderin ihrer Kinder Karl und Franz H., ... in folgendem kurz H. genannt“, aufgeführt. Unterschriften sind als Vermieter Eugen und Emil H. ihre Berater war von den Kl. der im Laufe des Berufungsverfahrens verstorbene FN. RA. Dr. J. (weiterhin als Vekl. bezeichnet) zugezogen worden. Der jährliche Mietpreis betrug 25 000 GM. Für ein von der DVG. gegebenes Darlehen sollte Hypothek bestellt werden. Der Abschluß des Mietvertrags erfolgte auf 10 Jahre vom Tage der Übergabe des Mietobjekts bis zum 30. März 1938. Der Vertrag verlängerte sich nach Ablauf um weitere 5 Jahre, wenn nicht ein Jahr vor Ablauf der Mietzeit Kündigung erfolgte. Die Vermieter räumten der DVG. ein Vorkaufsrecht ein. Später übertrug die DVG. ihre Rechte aus dem Mietvertrag auf die D.-A.-Gesellschaft (DAG.) unter Fortbestand ihrer eigenen Haftung.

Mit Schreiben v. 2. Jan. 1932 teilte die DVG. dem Emil H. mit, daß sie das Mietverhältnis auf Grund der Notw. v. 8. Dez. 1931 kündige. Der Vertrag sei aber nach ihrer Ansicht überhaupt nichtig, weil die Witwe H. ihn nicht unterschrieben habe. Darauf klagten Eugen und Emil H. gegen die DVG. und die DAG. auf Zahlung rückständiger Mieten. Die Vekl. wendeten ein, die Kl. seien allein nicht klageberechtigt, da in der Vertragsurkunde auch die Witwe H. als Vermieterin aufgeführt sei. Mangels ihrer Unterschrift sei der Vertrag nichtig. Er sei weiter nichtig, weil das Vorkaufsrecht nicht notariell beurkundet sei. Schließlich wendeten sie Mietwucher ein und erhoben wegen der zuviel bezahlten

Beträge Widerklage. Die Kl. stellten sich anfänglich auf den Standpunkt, daß sie den Mietvertrag allein abgeschlossen hätten, trugen aber später vor, die Witwe H. sei bei dem Vertragsabschluß durch Emil H. vertreten gewesen, und er habe auch in ihrer Vollmacht unterzeichnet. Die Vekl., denen das bekannt gewesen sei, handelten arglistig, wenn sie sich auf die mangelnde Unterschrift beriefen. Nach Einholung eines Gutachtens über die Angemessenheit des Mietpreises verurteilte das LG. die Vekl. unter Abweisung ihrer Widerklage nach dem Klageantrag.

Auf die Ver. der Vekl. ordnete das OVG. Beweis an über die Abhängigkeit des ganzen Vertrags von der Vereinbarung des Vorkaufsrechts, über die Kenntnis der Vekl. hinsichtlich der Vertretungsbefugnis des Emil H. und über den ausdrücklichen Verzicht der Vertragsparteien auf die Unterschrift der Witwe H. und, soweit nach Ausführung des übrigen Beweisbeschlusses noch erforderlich, über die Angemessenheit des Mietpreises. Der jetzt Vekl. und der Geschäftsführer der DVG. bestätigten als Zeugen, daß alle Beteiligten bei Vertragsabschluß gewußt hätten, daß die Witwe H. durch Emil H. vertreten wurde. Die Frage des Vorkaufsrechts erwies sich als nicht wesentlich für den übrigen Vertragsabschluß. Das Gericht beschloß dann die weitere Ausführung des Beweisbeschlusses und vernahm einen Sachverständigen über den angemessenen Mietpreis.

Durch Beschluß v. 12. März 1934 unterbreitete das Gericht den Parteien einen Vergleichsvorschlag. Dabei führte es aus, daß es für den Fall, daß ein gültiger Mietvertrag bestünde, eine Vertragsmiete von 20 000 RM vorschlagen würde. Da hierüber jedoch Streit bestehe, werde die Ermäßigung der Miete auf 17 000 RM vorgeschlagen. Am 14. April 1934 schlossen die Parteien einen gerichtlich protokollierten Vergleich, in dem sie die Fortsetzung des Mietverhältnisses bis zum 30. März 1938 und die Ermäßigung der Miete auf 16 500 RM vereinbarten.

Von einer Streitverkündung an den Vekl. wurde abgesehen, weil er sich bereit erklärt hatte, sich wie einen Streitverkündeten behandeln zu lassen. Grundsätzlich verweigerte er die Anerkennung einer Ersatzpflicht, erklärte sich aber bis zu 16 000 RM zum Ersatz bereit.

Nach Scheitern der Verhandlungen zwischen den Parteien wurde nun als Teilschaden gegen den Vekl. ein Betrag von 10 000 RM eingeklagt. Die Klage wurde in zwei Rechtssätzen abgewiesen, vom LG., weil der Vergleich ein freiwilliger Verzicht der Kl. gewesen sei, vom OVG., weil zwar ein Verschulden des Vekl. und der Eintritt eines Schadens festzustellen seien, nicht aber erwiesen sei, daß die Pflichtwidrigkeit des Vekl. den Schaden verursacht habe.

RG. verwies zurück an das LG.

Nach den in RGZ. 80, 402 ff. = *ZB.* 1912, 1101 mit Nachweisen entwickelten Rechtsgrundsätzen muß die Beurteilung eines Rechtsgeschäftes, das nach dem Gesetz zu seiner Rechtswirksamkeit der schriftlichen Form bedarf, alle wesentlichen Teile des Rechtsgeschäftes, also insbes. die Bezeichnung derjenigen Personen enthalten, die das Geschäft schließen und für die es wirksam sein soll. Im Eingang der Vertragsurkunde v. 9. Dez. 1927 ist wohl die Witwe H. als Vormünderin ihrer

Kinder bei der Bezeichnung der Vermieter aufgeführt und bemerkt, daß sie in der „in folgendem kurz §... genannten“ Vermieterpartei mitbegriffen sei. Ob sie aber beim Vertragsabschluß vertreten war und welcher von den unterzeichneten Erbkütern §. in ihrem Namen handelte, ist mit keinem Wort erwähnt. Für die Auslegung des Rechtsgeschäfts sind allerdings, da es eine Willenserklärung der Vertragsschließenden darstellt, zur Ermittlung des Vertragswillens auch Umstände, die außerhalb der Urkunde liegen, heranzuziehen, und es ist aus ihnen zu prüfen, ob die Beteiligten nach Maß und Inhalt ihres beiderseitigen Wissens den niedergelegten Wortlaut für einen genügenden Ausdruck ihres Vertragswillens gehalten und ihn deshalb gewählt haben, auch wenn darin der Vertragswille nicht für jeden Dritten deutlich erkennbar wird. Das BG. hat festgestellt, daß alle Beteiligten wußten und wollten, daß Emil H. den Vertrag zugleich in Vollmacht der Witwe H. abschließen. Es hat angenommen, daß die Parteien auch glaubten, ihren Willen hinreichend zum Ausdruck gebracht zu haben, da sonst die Vertreter der Mietpartei, die als Beauftragte eines so bedeutenden und bekannten Unternehmens offensichtlich rechtskundig und geschäftsgewandt gewesen seien, den Mangel sofort erkannt und gerügt hätten. Allein in der Urkunde ist dieser Vertragswille nicht nur nicht eindeutig, sondern nicht einmal andeutungsweise in Erscheinung getreten. Auch in RGZ. 96, 289 = JW. 1920, 47 ist die Unvollständigkeit der Vertragsurkunde daraus hergeleitet, daß ihr Text nicht die geringste Andeutung darüber enthalte, daß der eine Unterzeichnete als Vertreter einer Partei gehandelt hätte.

Es kann hier aber offen bleiben, ob trotzdem der die Teilhaber der Vermieterpartei einzeln ausführende Eingang der Urkunde im Zusammenhang mit den Begleitumständen noch als genügender schriftlicher Ausdruck des auf die Vertretung der Witwe H. gerichteten Parteiwillens angesehen werden kann. Es genügt für die Entsch., festzustellen, daß die mangelhafte Form zum mindesten erhebliche rechtliche Bedenken gegen die Rechtsgültigkeit des Vertrags auslösen mußte. Aus diesem Grunde braucht auch nicht erörtert zu werden, ob der Vertrag wenigstens die beiden anderen Teilhaber der Vermieterpartei gebunden hat und ob der Mietpartei mit dieser Bindung ohne Verpflichtung der Kinder §. gebietet war.

Der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bedurfte der Mietvertrag nach §§ 1822 Nr. 5, 1643 Abs. 1 BGB. nicht, soweit er auf 10 Jahre abgeschlossen war. Er sollte nicht auf weitere 5 Jahre als verlängert gelten, wenn er nicht rechtzeitig gekündigt wurde. Allein die Unwirksamkeit dieser weiteren Bindung hatte nach § 139 BGB. nicht ohne weiteres die Unwirksamkeit des Vertrags für die ersten 10 Jahre zur Folge (RGZ. 82, 124 = JW. 1913, 687; RGZ. 114, 39; RArbG. 11, 335). Die Mietpartei hat nie geltend gemacht, daß sie den Vertrag ohne sichere Bindung für weitere 5 Jahre nicht abgeschlossen hätte und konnte einen solchen Einwand angesichts der Vereinbarung der beiderseitigen Rückbarkeit des Vertrags nach den ersten 10 Jahren wohl auch nicht vorbringen.

Für das den Kl. von der DWG. zu gewährende Darlehen war nach dem Vertrag Hypothek zu bestellen. Die Belastung des Grundstücks bedurfte der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung nach § 1821 Nr. 1 mit § 1643 Abs. 1 BGB., die Eingehung der Verpflichtung zu der Belastung ebenso nach § 1821 Nr. 3. Die Annahme des BG., daß die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung nicht erforderlich war, weil nach § 1821 Abs. 2 Hypotheken nicht zu den Rechten an Grundstücken i. S. des § 1821 Abs. 1 gehören, ist rechtsunrichtig. Denn die Belastung mit einer Hypothek ist nicht die Verfügung über die Hypothek, sondern über das Grundstück. Hier war deshalb zu prüfen, ob die Unwirksamkeit dieser Verpflichtung nach § 139 BGB. die Wichtigkeit des ganzen Rechtsgeschäfts — auch in der Form eines bloßen Vorvertrags — zur Folge hatte, ob also etwa die Darlehenshingabe mit Hypothekbestellung zum Ausbau des Mietobjekts dienen sollte und ob die Parteien insfolgedessen den Mietvertrag ohne das Darlehensgeschäft nebst seiner Sicherstellung nicht ab-

geschlossen hätten, und weiter, ob die Hypothek hinterher mit vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung bestellt und dadurch der Mangel des verpflichtenden Vertrags geheilt wurde, sowie ob die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung dem Vertragsgegner rechtzeitig (§ 1829 BGB.) mitgeteilt wurde. Das RG. kann diese Feststellungen nicht nachholen.

Das BG. hat die Bedenken gegen die Formgültigkeit des Vertrags nicht für durchgreifend gehalten und hat dem Vekl. nur zum Vorwurf gemacht, daß er nicht für eine ganz zweifelsfreie Vertragsform gesorgt hat.

Auch darin lag in der Tat ein Verschulden des Vekl. Er hatte als Anwalt die Aufgabe, dem Vertrag eine sichere Rechtsgrundlage zu geben, die eine Gefährdung seines Rechtsbestandes ausschloß. Eine Untersuchung, ob dadurch unabhängig von dem Vergleich in dem Prozeß der Kl. gegen die DWG. und die DWG. ein Schaden entstanden ist, ist müßig. Denn die Kl. haben nur Schaden aus dem Prozeßvergleich geltend gemacht.

Hier hat das BG. den ursächlichen Zusammenhang verneint. Der Prozeßvertreter der Kl. hätte den Rechtsbestand des Vertrags erkennen müssen und hätte sich darin auch nicht durch Bedenken des Gerichts irremachen lassen dürfen. Das Gericht habe zudem durch die Ausführung seines zuerst nur befehlsweise angeordneten Beweisbeschlusses über die Einrede des Mietwuchers zu erkennen gegeben, daß es den Mietvertrag für rechtswirksam abgeschlossen angesehen habe. Denselben Standpunkt habe der Berichterstatter in seinem zweiten, zu den Akten gegebenen Botum eingenommen. Auch die Fassung des Vergleichsvorschlags durch das Gericht deute nicht auf das Gegenteil. Die Eingangsworte „für den Fall, daß ein gültiger Mietvertrag zwischen den Parteien bestünde“, hätten nur den Sinn gehabt: „Wenn feststände, daß ein gültiger Mietvertrag besteht.“ Aber auch wenn das Gericht über die Wirksamkeit des Vertrags irriger Meinung gewesen sei, könne der Schadenersatzanspruch gegen den Vekl. nicht darauf gestützt werden, da die Schadensentstehung von der Betrachtung der wirklichen Rechtslage aus zu beurteilen sei.

Diesen Ausführungen des BG. kann nach keiner Richtung beigegeben werden. Die rechtlichen Bedenken gegen die Formgültigkeit des Vertrags waren so erheblich, daß der Prozeßbevollmächtigte der Kl., auch wenn unterstellt wird, daß dem Erfordernis der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung nachgekommen war, bei aller Sorgfalt nicht wissen konnte, wie sich das Gericht dazu stellen würde. Auf die vorläufige Stellungnahme des Gerichts oder eines Beisitzers kam gar nichts an. Ganz unverständlich ist es, wie das BG. von sich aus die Voten der Gerichtsmitglieder des Vorprozesses in die Verhandlung einführen und den Parteien bekanntgeben konnte. § 299 Abs. 3 ZPO. verbietet ausdrücklich die Mitteilung vorbereitender Arbeiten und der Abstimmungen betreffenden Schriftstücke an die Parteien. Deshalb und sachlich wegen ihrer grundsätzlichen Unverbindlichkeit waren sie für die Beurteilung der Erfolgsaussichten für die Parteien des Vorprozesses ganz unverwertbar. Daher können aber auch jetzt aus ihnen nicht irgendwelche Schlüsse auf eine schuldhafte Empfehlung des Vergleichs durch den damaligen Prozeßbevollmächtigten der Kl. gezogen werden. Es kann weiter durchaus dahingestellt bleiben, ob die Fassung des Vergleichsvorschlags so ausgelegt werden kann, wie das BG. es tut, oder ob aus der Fassung zu entnehmen ist, daß das Gericht schließlich zur Ablehnung der Rechtswirksamkeit des Vertrags geneigt war. Ausschlaggebend ist allein die unbestreitbare Unklarheit der damaligen Rechtslage. Auch die Berufung auf die Rspr. über die Maßgeblichkeit der wirklichen Rechtslage geht fehl. Sie wäre nur berechtigt, wenn der Schaden durch eine fehlerhafte Entscheidung des Gerichts, nicht durch den Vergleich der Parteien entstanden wäre. Deshalb konnte die Frage der objektiven Rechtswirksamkeit des Vertrags offen gelassen werden. Es genügte, daß durch die Schuld des Vekl. die Rechtslage undurchsichtig geworden war. Den Kl. kann kein Vorwurf daraus gemacht werden, wenn sie sich bei dieser Sachlage nicht auf die Rechtsansicht ihres Prozeßvertreeters unter allen Umständen verlassen wollten, sondern dem Vergleichsvorschlag des Gerichts, der ausdrücklich damit begründet war, daß über den Rechts-

bestand des Vertrags Streit bestehe, Gehör gaben. Selbst wenn sie sich dazu vorschnell entschlossen hätten, würde der adäquate Ursachenzusammenhang zwischen dem Verschulden des Bekl. und dem Schaden nicht unterbrochen. Es genügt, wenn der Schaden durch die als Ursache anzuprechende Handlung in einer ihr gemäßen Richtung gefördert worden ist und nicht nur aus besonderen, ganz unwahrscheinlichen und nach dem regelmäßigen Verlauf der Dinge außer Betracht zu lassenden Umständen entsteht (RGZ. 133, 127 mit Nachweisen = JW. 1931, 3313⁵ m. Anm.).

Das BG. hat weiter erwogen, daß die Kl. zu dem Vergleich nicht genötigt gewesen seien, weil sich der Bekl., der als vermögens bekannt gewesen sei, bereit erklärt hätte, sich als Streitverkündeten behandeln zu lassen. Auch daraus läßt sich nichts für die Unterbrechung des Ursachenzusammenhangs ableiten. Es kann dahingestellt bleiben, ob die Sorge der Kl. berechtigt war, daß der Bekl. zum Ersatz der beträchtlichen Schadenssumme schließlich doch nicht in der Lage gewesen wäre. Zu dem Vergleichsvorschlag hatte er eine Stellungnahme verweigert. Ob er sich nicht nachher doch darauf berufen möchte, daß die Kl. durch die Ablehnung des Vergleichs schuldhaft den Schaden vergrößert hätten, war nicht voranzusehen. Wenn sie nicht die Gefahr einer erheblichen Kosten-erhöhung durch die Fortführung des Prozesses und des gänzlichen Prozeßverlustes im Vertrauen auf einen späteren Ersatz durch den Bekl. übernehmen wollten, so ist darin weder eine so außer aller Erfahrung liegende Handlung gegeben, daß dadurch der Ursachenzusammenhang unterbrochen würde, noch ein Verschulden oder auch nur Mitverschulden der Kl. an dem Schaden zu sehen, um so weniger, als sich der Bekl. zwar einverstanden erklärt hatte, daß ihm der Streit vorläufig nicht verkündet werde, aber gleichzeitig seine Regreßpflicht bestritten und die Entschliebung über den gerichtlichen Vergleichsvorschlag ausdrücklich den Kl. überlassen hatte. Auch insoweit hat das BG. die Begriffe des ursächlichen Zusammenhangs und des Verschuldens verkannt.

(RG., III. ZivSen., II. v. 12. Febr. 1937, III 105/36.)

[v. B.]

<= RGZ. 154, 41.>

Anmerkung: Im Interesse der von ihm vertretenen Partei muß ein Anwalt alles tun, was man nach Lage der Sache von ihm als einem gewissenhaften Rechtsanwalt verlangen kann. Dazu gehört, daß Verträge so vollständig, klar und einwandfrei wie möglich abgefaßt werden. Alle wesentlichen Teile, insbes. die Bezeichnung und Vertretung der Vertragsparteien, müssen darin enthalten sein, die Formvorschriften gewahrt sein. Es ist jedoch nicht immer möglich, dem Willen der Parteien gerecht zu werden und dabei dem Verträge eine Grundlage zu geben, die rechtlich jeden Zweifel ausschließt. Häufig treten Zweifel auch erst auf, wenn der Vertrag in Wirksamkeit getreten ist, sich die Sachlage verändert hat.

Dem Tatbestand des Urteils nach hat der Bekl. schuldhaft gehandelt. Ob durch sein Handeln, unabhängig von dem Vergleich, den die Kl. geschlossen haben, ein Schaden entstanden sein könnte, ist nach Ansicht des RG. müßig zu unteruchen, weil die Kl. durch ihren Abschluß des Prozeßvergleichs einen Schaden gehabt und diesen geltend gemacht haben. Die Kl. haben den Vergleich aus freien Stücken geschlossen. Infolge dieses Vergleichs liegt keine Entsch. des Gerichts darüber vor, ob sonst das Handeln des Bekl. einen Schaden verursacht hätte.

Diese Sachlage, Eintritt des Schadens durch einen Umstand, für den die Partei selbst verantwortlich oder wenigstens mitverantwortlich ist (Vergleichsabschluß) rechtfertigt es m. E. nicht, einem Anwalt eine Haftung schon dann aufzuerlegen, wenn durch seine Schuld eine Rechtslage undurchsichtig und zweifelhaft geworden ist. Das würde eine unbillige und untragbare Ausdehnung der Anwaltschaft sein. Nur bei tatsächlichem Eintritt eines Schadens ist der Rechtsanwalt haftbar, wenn er den Schaden verschuldet hat.

Ohne eine Prüfung, ob der vom Bekl. entworfene Vertrag rechtswirksam war oder nicht, durfte m. E. über die Haftung des Anwalts nicht entschieden werden. Ist der Vertrag

rechtswirksam, entfällt jede Haftung; ist er unwirksam, so haftet der Anwalt für den entstandenen Schaden. Der Vergleichsabschluß hat nur im letzten Fall eine Bedeutung, und zwar für die Höhe des Schadens.

Bei Rechtsgültigkeit des Vertrags bestand für die Kl. nach sachlicher Beurteilung keine Veranlassung zum Vergleich. Insofern gewinnt die Prüfung der wahren Rechtslage Bedeutung auch hinsichtlich des angemessenen ursächlichen Zusammenhangs.

Prof. Dr. Roack, Halle a. S.

*

2. RG. — §§ 249 ff., 326, 677, 446, 434 B G B.

Zur Frage der Ersatzpflicht der durch verspätete Lieferung der Konnossemente entstandenen Lagerkosten. Unzulässig ist der Einwand, daß der Schaden auch ohne die schädigende Handlung entstanden wäre.

Schadenersatz wegen Verschuldens bei Vertragsbruch entfällt, wenn das schuldhaft Verhalten für den Abschluß des Vertrages nicht ursächlich gewesen ist.

Bei Geschäften, die ihrer Natur nach eigene oder fremde sein können, entscheidet der Wille des Handelnden darüber, ob für den anderen gehandelt wird.

Der Übergang von Lasten der Kaufsache vollzieht sich unabhängig vom Eigentumserwerb des Käufers.

Die Kl. hat von der Bekl. im Spätsommer 1934 zwei Partien Matahafer gekauft, die aus Argentinien nach Schweden eingeführt waren, von den schwedischen Mühlen aber auf Anordnung ihrer Regierung wieder abgestoßen werden sollten, weil die schwedische Ernte zur Deckung des Bedarfs ausreichte. Die erste Partie von etwa 100 t hat die Kl. zum Preise von 15,25 dän. Kr. für 100 kg eif. Hamburg, zahlbar in Reichsmark gegen Verladepapiere, zu den Bedingungen des London Corn Trade Association Contract Nr. 41, die zweite Partie von 550/570 t zum Preise von 15 dän. Kr. für 100 kg einschließlich Fracht und Versicherung bis Hamburg, zahlbar in Reichsmark gegen Aushändigung der Konnossemente, zu den Bedingungen des Deutsch-Niederländischen Vertrages Nr. 2 gekauft. Die erste Partie ist am 12. Sept. 1934 mit dem Segelschiff „Werner“ in Hamburg eingetroffen und der Spediturin der Kl., der Firma B. & B. in Hamburg, am 13. Sept. 1934 gegen einen Revers ausgehändigt worden, in dem die Spediturin sich zur sofortigen Nachlieferung der Konnossemente verpflichtete und die Haftung für die Folgen der Aushändigung vor Übergabe der Konnossemente übernahm. Von der zweiten Partie ist ein Teil von 192 t mit dem Motorsegler „Margrid“ am 14. Sept. 1934 in Hamburg eingetroffen und am 15. Sept. 1934 der Firma B. & B. übergeben worden. Der Rest der zweiten Partie ist am 18. Sept. mit dem Motorsegler „Luleå“ in Hamburg angekommen und der Firma B. & B. am 19. Sept. 1934 gegen einen Revers, in dem sie die Haftung für die Folgen der Aushändigung vor Auslieferung der Dokumente übernahm, übergeben worden. Die Firma B. & B. hat den Hafer in Hamburg in dort liegende Standflähe eingelagert.

Die Bekl. hat die Genehmigung der Devisenstelle zur Bezahlung des Hafers in deutsch-schwedischen Claring erst nach längeren Verhandlungen erhalten. Aus diesem Grunde hat sie die Konnossemente der Kl. für den im Segelschiff „Werner“ verfrachteten Hafer erst am 30. Nov. 1934, für die Haferladung des Motorseglers „Margrid“ am 20. Jan. 1935 und des Motorseglers „Luleå“ am 29. Jan. 1935 übergeben. Der Hafer hat bis zum Mai 1935 im Hamburger Hafen gelagert und ist von der Kl. dann dem inländischen Verkehr zugeleitet worden.

Die Kl. verlangt von der Bekl. die Erstattung der Kosten, die sie für die Lagerung des Hafers in dem im Hamburger Hafen liegenden Standflähen in der Zeit bis zur Übergabe der Konnossemente hat aufwenden müssen. Sie hat diese Kosten mit 960,73 R.M. bei der Bezahlung der ersten Haferladung am

5. Dez. 1935 gekürzt, bei der Zahlung der Preise der zweiten und dritten Ladung aber mitbezahlt, nachdem eine Vereinbarung der Parteien darüber zustande gekommen war, daß der Streit darüber, wer zur Tragung dieser Lagerkosten verpflichtet war, im Rechtswege ausgetragen werden sollte. Die Kl. beziffert die Lagerkosten der zweiten und dritten Ladung bis zur Übergabe der Dokumente auf 5605,96 RM und verlangt von der Bekl. die Zahlung dieses Betrages. Sie macht zur Begründung der Klage geltend, daß die Bekl. die bis zur Aushändigung der Konnossemente entstandenen Lagerkosten tragen müsse, weil sie den Kaufvertrag erst durch die Übergabe der Konnossemente erfüllt habe. Erst mit der Aushändigung der Konnossemente sei das Eigentum auf sie übergegangen. Bis zu diesem Zeitpunkt habe der Hافر der Bekl. gehört, die deshalb auch die Kosten seiner Aufbewahrung tragen müsse. Wenn sie (die Kl.) den Hافر durch ihre Speditourin habe in Empfang nehmen und einlagern lassen, so habe sie damit ein der Bekl. obliegendes Geschäft wahrgenommen, dessen Aufwendungen ihr die Bekl. ersetzen müsse. Die Bekl. verlangt im Wege der Widerklage die Bezahlung der Lagerkosten, die die Kl. ihr bei Bezahlung des Preises der ersten Ladung gekürzt hat. Sie hat ferner die Erstattung der Zinsen beansprucht, die sie an ihre schwedischen Verkäufer für die verspätete Zahlung des Kaufpreises hat erbracht. Sie behauptet, sie habe sich vor dem Verkauf des Hafers an die Kl. bei der Reichsbank erkundigt, ob sie den Preis des Hafers im deutsch-schwedischen Clearing bezahlen könne, und die Auskunft erhalten, daß die Zahlung zulässig sei. Tatsächlich sei die Zahlung damals auch noch zulässig gewesen, erst einige Tage nachher seien die Bestimmungen dahin geändert worden, daß argentinischer Hافر im deutsch-schwedischen Clearing nicht mehr bezahlt werden dürfe. Sie habe den Vertrag im Vertrauen auf die Richtigkeit der erhaltenen Auskunft geschlossen und könne nicht dafür verantwortlich gemacht werden, daß das Reich die Bestimmungen geändert und ihr die rechtzeitige Zahlung des Kaufpreises dadurch unmöglich gemacht habe. Die Kl. sei selber eine Stelle des Reiches und handele arglistig, wenn sie Gewinn daraus ziehen wolle, daß eine andere Reichsstelle ihrer Vertragsgegnerin die rechtzeitige Erfüllung des Kaufvertrages mit den schwedischen Lieferanten unmöglich gemacht habe. Das Verlangen der Kl. sei aber auch deshalb ungerechtfertigt, weil die Kl. die Lagerkosten auch im Falle rechtzeitiger Aushändigung der Dokumente aufgewendet haben würde. Die Kl. habe den Hافر gekauft, um den nach Verbrauch der deutschen unzulänglichen Hafereinteilung eintretenden Bedarf zu decken. Sie würde den Hافر auch im Falle rechtzeitiger Aushändigung der Konnossemente bis in den Mai hinein im Hamburger Hafen lagern lassen. Sie habe also durch die verspätete Übergabe der Konnossemente keinen Nachteil erlitten und würde einen ungerechtfertigten Gewinn erzielen, wenn sie einen Teil der Lagerkosten auf sie abwälzen könnte. Die Kl. bestreitet, daß die Bekl. von der Reichsbank die Auskunft über die Zulässigkeit der Clearing erhalten hat. Sie behauptet, die Bezahlung auf diesem Wege sei bereits unzulässig gewesen, als die Bekl. ihr den Hافر verkauft habe. Die Bekl. habe bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt wissen müssen, daß sie den Kaufvertrag nicht rechtzeitig erfüllen konnte, und hafte ihr für den durch die verspätete Aushändigung der Dokumente entstandenen Schaden. Sie bestreitet, daß sie den Hافر auch bei sofortiger Übergabe der Dokumente eingelagert haben würde, und führt hierzu aus, es lasse sich jetzt nicht mehr feststellen, ob sie den Hافر dann nicht alsbald dem Verkehr zugeführt haben würde. Für die Beweisschwierigkeiten der Bekl. könne sie nicht verantwortlich gemacht werden.

Das BG. hat die Klage abgewiesen und der Widerklage insoweit stattgegeben, als die Bekl. die Erstattung der Lagerkosten der ersten Ladung fordert. Die weitergehende Widerklage auf Erstattung der an die schwedischen Verkäufer gezahlten Zinsen hat das BG. abgewiesen. Die Berufung und Rev. der Kl. hatten keinen Erfolg.

Dem Schadenersatzanspruch der Kl. wegen Verzuges der Bekl. mit der Erfüllung ihrer Vertragspflichten steht die das RevG. bindende tatsächliche Feststellung des BG. entgegen, daß

der Kl. ein Schaden nicht entstanden ist. Das BG. folgert aus der Aussage des Zeugen B., daß der von der Kl. gekaufte Hافر auch dann in Standföhnen eingelagert worden sein würde, wenn die Bekl. der Kl. die Konnossemente rechtzeitig übergeben hätte, weil das in jedem Falle einer Getreideanlieferung so üblich gewesen sei. Es führt aus, daß die Kl. einen Verzugschaden deshalb nur dann geltend machen könnte, wenn sie nachzuweisen vermöchte, daß die Dauer der Lagerung durch die verzögerte Lieferung der Dokumente beeinflusst sei. Einen solchen Beweis habe die Kl. nicht erbracht und könne sie offenbar nicht erbringen. Aus der Angabe ihres eigenen Vertreters in der mündlichen Verhandlung und der Aussage des Zeugen B. ergebe sich, daß der Hافر auch nach der Auslieferung der Dokumente noch monatelang, nämlich bis zum Mai 1935, in den Standföhnen verblieben sei. Die Kl. behauptet auch gar nicht, daß sie ursprünglich eine andere Verfügung über den Hافر beabsichtigt habe, die durch das spätere Eintreffen der Konnossemente verhindert worden sei. Die wirtschaftspolitische Aufgabe der Kl. als Reichsstelle habe darin bestanden, durch den Ankauf ausländischen Getreides einen Lagerbestand zu schaffen, der erst nach Eröffnung der heimischen Ernte vor Zufluß des Ertrages der neuen Ernte dem Verbrauch zugeführt werden sollte. Es habe also von vornherein festgestanden, daß auch der von der Bekl. gekaufte Hافر, gleichgültig wann die Kl. die Konnossemente dafür erhielt, bis zum Frühjahr 1935 eingelagert bleiben sollte. Zwar habe die Kl. gelegentlich Getreidemengen, die im Verhältnis zu ihrem Gesamtvorrat eine unbedeutende Rolle spielten, schon in den Wintermonaten 1934/35 dem Verbrauch zugeführt. Aber die Kl. habe gar nicht den Versuch gemacht, zu beweisen, daß sie den von der Bekl. gekauften Hافر bei rechtzeitiger Aushändigung der Dokumente dem Verbrauch früher zugeführt haben würde, als es dann tatsächlich geschehen sei.

Beachtliche prozessuale Rügen hat die Rev. gegen die tatsächliche Feststellung der BG. nicht erhoben. Ihr Einwand, daß das BG. die Beweislast verkannt habe, ist nicht berechtigt. Wenn die Bekl. dem Schadenersatzanspruch der Kl. mit der Behauptung begegnet, daß die Kl. die Lagerkosten für den Hافر in derselben Höhe auch dann aufgewendet haben würde, wenn ihr die Dokumente schon bei der Ankauf des Hafers ausgehändigt wären, so erhebt sie damit nicht die Einrede der allgemeinen Arglist, wie die Rev. meint. Sie bestreitet vielmehr, daß der Kl. durch ihren angeblichen Verzug bei der Aushändigung der Konnossemente ein Schaden entstanden ist. Gegenüber diesem Bestreiten war es Sache der Kl., den Beweis dafür zu erbringen, daß sie durch die verspätete Auslieferung der Dokumente einen Schaden erlitten habe. Die Kl. hat aber, wie das BG. mit Recht hervorhebt, selber gar nicht behaupten können, daß sie den Hافر weniger lange hätte lagern lassen, wenn sie die Dokumente von der Bekl. früher erhalten hätte. Sie hat in dieser Hinsicht nur geltend gemacht, es ließe sich nicht mehr feststellen, ob der von der Bekl. gelieferte Hافر dem Verbrauch nicht früher zugeführt worden wäre, wenn sie die Konnossemente rechtzeitig erhalten hätte. Die Behauptung der bloßen Möglichkeit, daß der Hافر dem Verkehr früher hätte zugeführt werden können, genügt zur Begründung des von der Kl. wegen der Lagerkosten geltend gemachten Schadenersatzanspruchs nicht. Die Kl. mußte vielmehr, wie das BG. mit Recht darlegt, beweisen, daß sie gerade der von der Bekl. gelieferten Hافر früher in den Verkehr gebracht hätte, wenn sie die Konnossemente früher erhalten hätte. Einen solchen Beweis hat die Kl. nicht erbracht. Sie hat nicht einmal die zur Begründung ihres Schadenersatzanspruchs erforderlichen Behauptungen aufgestellt.

Fehl geht auch der Einwand der Rev., die Begründung des Kl. verstoße gegen den in der Ispr. des BG. entwickelten Rechtsatz, wer einen anderen durch eine widerrechtliche Handlung geschädigt habe, könne dem Schadenersatzanspruch nicht mit der Behauptung begegnen, daß der gleiche Schaden auch ohne seine Handlung durch ein später eingetretenes Ereignis herbeigeführt sein würde (RGZ. 141, 365 = JW. 1933, 2383², 2641; vgl. auch RGZ. 144, 80 [84] = JW. 1934, 1564², 1904²; RGZ. 147, 134 = JW. 1935, 1617³; RStUrt. v. 5. Okt. 1934, III 85/34). Im vorl. Fall hat das BG. nicht festgestellt, daß der Kl. der gleiche Schaden, wie sie ihn durch den Ver-

zug der Bekl. erlitten habe, durch ein später eingetretenes Ereignis zugefügt worden wäre. Es hat vielmehr festgestellt, daß der Kl. ein Schaden überhaupt nicht entstanden ist. Es bedarf deshalb nicht der Erörterung, ob der in den angeführten Entsch. aufgestellte Grundsatz in vollem Umfange aufrechterhalten werden kann. Ebenso wenig kommt, wie die Rev. meint, nach der festgestellten Sachlage eine Vorteilsausgleichung in Frage.

Nun hat die Kl. ihren Schadenersatzanspruch wegen der Lagerkosten nicht nur auf den Verzug der Bekl., sondern auch auf die Behauptung gestützt, daß der Bekl. ein Verschulden beim Vertragschluß zur Last falle. Sie führt aus, die Bekl. habe wissen müssen, daß sie von der Devisenstelle die Genehmigung zur Zahlung des Kaufpreises an ihre schwedischen Verkäufer im deutsch-schwedischen Clearing nicht erhalten werde und habe sich deshalb zur Aushändigung der Dokumente bei Ankunft der Ladung nicht verpflichten dürfen. Dann würde es zum Abschluß des Kaufvertrages nicht gekommen sein und die Lagerkosten wären ihr dann nicht erwachsen. Auch dieser Schadenersatzanspruch scheitert an den tatsächlichen Feststellungen des BG. Denn das BG. stellt fest, daß die Kl. den Kaufvertrag mit der Bekl. auch dann geschlossen haben würde, wenn sie beim Vertragschluß gewußt hätte, daß die Bekl. ihr die Konnossemente nicht gleich, sondern erst zu einem späteren Zeitpunkt werde verschaffen können. Es erwägt hierzu, daß das Angebot der Bekl. eine besonders günstige Kaufgelegenheit dargestellt habe, welche sich die Kl. nicht hätte entgehen lassen. Der Hafser sei von den schwedischen Mühlen abgefloßen worden, weil die schwedische Regierung nur die Verarbeitung der ausreichenden heimischen Ernte zugelassen habe. Auf spätere Lieferung würden sich die schwedischen Mühlen bei gleichem Preise nicht eingelassen haben. Da Deutschland im Jahre 1934 in Futtergetreide eine Missernte gehabt habe, habe die Kl. Futtergetreide in großem Umfange einführen müssen und würde deshalb den ihr von der Bekl. angebotenen Hafser in jedem Falle gekauft haben. Inwiefern diese Begründung, wie die Rev. meint, den allgemeinen Denkgesetzen widersprechen soll, ist nicht einzusehen. Der von der Rev. aufgestellte Satz, daß niemand eine Ware zu einem bestimmten Lieferungsstermine kaufe, wenn feststehe, daß dieser Termin nicht eingehalten werden könne, trifft für einen Fall, in dem der Käufer entscheidendes Interesse daran hat, daß er die Ware erhält, während ihm der Lieferungsstermin gleichgültig ist, nicht zu. Wenn die Rev. geltend macht, es sei nicht geklärt, zu welchem Preise sie den Hafser in einem späteren Zeitpunkt hätte kaufen können, so übersieht sie, daß es Sache der Kl. war, zur Begründung ihres Schadenersatzanspruches zu beweisen, daß sie den Hafser zum gleichen Preise auch später noch hätte kaufen können.

Auch die Begründung, mit der das BG. einen Anspruch der Kl. aus auftragloser Geschäftsführung verneint, läßt einen rechtlichen Irrtum nicht erkennen. Das BG. führt hierzu aus, die Kl. habe mit der Einlagerung des Hafers gar nicht ein fremdes Geschäft i. S. des § 677 BGB. betrieben, sondern ihre allereigensten Geschäftsinteressen verfolgt. Daß die Kl. selber damals dieser Auffassung gewesen sei, erhelle daraus, daß sie sich die Zustimmung der Bekl. trotz der naheliegenden Möglichkeit nicht beschafft habe. Sie habe die Einlagerung auch nicht der Bekl. alsbald angezeigt und ihre weitere Entschliebung abgewartet, obwohl sie als auftraglose Geschäftsführerin dazu verpflichtet gewesen wäre. Die Kl. berufe sich selber darauf, daß sie nach Handelsbrauch verpflichtet gewesen sei, die Ware gegen Revers vom Schiff abzunehmen und einzulagern. Auch hieraus folge, daß sie mit der Einlagerung ihr eigenes Geschäft besorgt habe. Ihr Verhalten und die wirtschaftspolitischen Aufgaben, die sie mit dem Anlauf des Getreides verfolgt habe, rechtfertigten den Schluß, daß sie gar nicht die Absicht gehabt habe, von dem Geschäftsherrn Ersatz zu verlangen. Hierfür spreche auch der Inhalt ihres Briefes v. 22. Nov. 1934, in dem sie der Bekl. mitgeteilt habe, daß die bis dahin aufgelaufenen und noch entstehenden Kosten zu Lasten der Bekl. bzw. zu Lasten der Ware gingen, sofern die Ware infolge der Devisenfrage von ihr nicht übernommen werde. Denn aus der Fassung dieses Schreibens ergebe sich, daß die Kl. Ersatz der Lagerkosten dann nicht habe verlangen wollen, wenn die Ware doch übernommen wurde, wie es dann tatsächlich geschehen sei.

Die Rev. bemängelt die Auffassung des BG., daß die Kl. mit der Einlagerung der Ware nicht ein fremdes, sondern ein eigenes Geschäft besorgt habe. Sie führt aus, daß die Kl. durch die Übergabe des Hafers weder Eigentum noch Eigenbesitz erworben habe, und will hieraus folgern, daß sie mit der Einlagerung des Hafers nicht ihr eigenes Geschäft, sondern das Geschäft des mittelbaren Besitzers des Hafers besorgt habe. Der mittelbare Besitz habe der Bekl. als der Empfängerin der Konnossemente zugestanden. Die Bekl. sei auch aus dem Kaufvertrage zur Abnahme des Hafers verpflichtet gewesen. Die Kl. habe deshalb mit der Einlagerung des Hafers ein Geschäft der Bekl. besorgt. Von diesen Ausführungen ist nur so viel richtig, daß die Kl. mit der Übergabe des Hafers weder Eigentum noch Eigenbesitz erworben hat. Denn zur Übertragung des Eigentums wäre außer der Übergabe an die Firma B. & B., die den Hafser als Vertreterin der Kl. in Empfang genommen hat, noch die Einigung über den Eigentumsübergang erforderlich gewesen, die tatsächlich nicht zustande gekommen ist. Ob neben dem Fremdbesitz, den die Firma B. & B. für die Kl. erworben hat, auch noch ein mittelbarer Besitz des Eigentümers des Hafers bestehen geblieben ist, steht nicht fest. Regelmäßig erlischt der mittelbare Besitz des Konnossementeninhabers, wenn der Schiffer oder die sonst als Vermittler in Betracht kommende Person den unmittelbaren Besitz aufgibt oder in anderer Weise verliert (S. 4 p. 5, Anm. 3 zu § 647 HGB.). Etwas anderes würde nur dann gelten, wenn die Firma B. & B. bei der Übernahme des Hafers als Vertreterin der Kl. durch Vereinbarung mit dem Schiffer oder mit sich selbst einen mittelbaren Besitz des Konnossementeninhabers vereinbart hätte, was auch stillschweigend geschehen konnte. Hierüber steht aber nichts fest und jedenfalls würde durch eine solche Vereinbarung nur ein mittelbarer Besitz des Konnossementeninhabers, nicht aber der Bekl. begründet worden sein, die die Konnossemente damals unstreitig noch nicht aufgenommen hatte. Es kommt hierauf aber nicht entscheidend an. Denn selbst wenn man zugunsten der Kl. davon ausgeht, daß die Einlagerung des Hafers auch im Interesse der Bekl. gelegen hat, weil sie auf Grund des Kaufvertrages mit den schwedischen Verkäufern zur Abnahme verpflichtet war, so könnte dies nichts daran ändern, daß die Einlagerung des Hafers zugleich auch ein Geschäft der Kl. war, weil sie den Hafser gekauft hatte und das Eigentum daran erwerben sollte, sobald er von der Bekl. bezahlt war, außerdem nach ihrem eigenen Vorbringen kraft Handelsbrauchs verpflichtet war, den Hafser gegen Revers aus dem Schiff zu nehmen. In einem solchen Falle, in dem das Geschäft seiner Natur nach sowohl ein eigenes als auch ein fremdes desjenigen sein kann, der es besorgt, kommt es auf die Willensrichtung des Geschäftsbesorgers, also darauf an, ob er das Bewußtsein und den Willen hat, für einen anderen tätig zu werden (RGZ. 130, 310 = JW. 1931, 2724). Ein solcher Wille hat der Kl. nach der tatsächlichen Feststellung des BG. gefehlt, weil sie mit der Einlagerung des Hafers nicht ein fremdes Geschäft, sondern ihr eigenes als der Käuferin des Hafers hat besorgen wollen. Eine solche tatsächliche Feststellung war rechtlich möglich. Daß sie durch einen rechtlichen Irrtum des BG. beeinflusst wäre, ist nicht erkennbar. Es bedarf deshalb nicht der Erörterung, ob das BG. auch insoweit rechtsirrtumsfrei begründet ist, als es der Kl. einen Anspruch aus auftragloser Geschäftsführung deshalb versagen will, weil ihr die Absicht gefehlt habe, von der Bekl. Ersatz zu verlangen. § 685 BGB. setzt voraus, daß ein Fall auftragloser Geschäftsführung gegeben ist. Er bestimmt für diesen Fall eine Ausnahme von der Regel der §§ 683, 684 BGB., nach der der Geschäftsführer Ersatz seiner Aufwendungen oder Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung verlangen kann. Er kann deshalb nicht zur Anwendung kommen, wenn eine Geschäftsführung ohne Auftrag überhaupt nicht stattgefunden hat. Das BG. hat ihn deshalb auch nur hilfsweise für den Fall herangezogen, daß entgegen seiner in erster Linie gegebenen Begründung eine auftraglose Geschäftsführung der Kl. angenommen wird.

Nach den Feststellungen des BG. entfällt für die Kl. auch die Möglichkeit, ihren Ersatzanspruch auf einen Auftrag der Bekl. zu stützen. Einen ausdrücklichen Auftrag der Bekl. behauptet die Kl. selber nicht. Der Auftrag soll vielmehr stillschweigend dadurch zustande gekommen sein, daß die Bekl. der Kl. die Be-

forgung des ihr selber obliegenden Geschäfts der Einlagerung des Hafers übertragen hat. Die Annahme eines solchen stillschweigend erteilten Auftrages würde also voraussetzen, daß die Kl. mit der Einlagerung des Hafers ein Geschäft der Befl. be-
 sorgt hat. Dies ist nach der rechtsirrtumsfrei begründeten Feststellung des BG. nicht der Fall.

Auch aus der Bestimmung des § 446 BGB., nach der der Käufer die Lasten der Kaufsache von der Übergabe an zu tragen hat, kann die Kl. ihren Anspruch nicht herleiten. Die Kl. will unter der Übergabe i. S. dieser Vorschrift nur eine mit der Wirkung des Eigentumsüberganges verbundene Besitzverschaffung verstehen und daraus folgern, daß sie die Lagerkosten nicht zu tragen hat, weil das Eigentum an dem Haffer erst später auf sie übergegangen sei. Diese Begründung des Klageanspruchs scheidet schon daran, daß sich der Übergang der Lasten und Lasten auf den Käufer nach § 446 BGB. ebenso wie der Gefahrübergang ganz unabhängig von dem Übergange des Eigentums vollzieht (RGZ. 85, 320 = JW. 1915, 23; RGKomm., Erl. 4 zu § 446 BGB.). Die von der Kl., wie festgestellt, im eigenen Interesse veranlaßten Lagerkosten können zudem nicht als Lasten der Kaufsache angesehen werden. Ebenjowenig kann die von der RevBegr. herangezogene Bestimmung des § 434 BGB. der Klage zum Erfolg verhelfen. Allerdings umfassen die Rechte Dritter, von denen der Verkäufer die Kaufsache zu befreien hat, auch solche Rechte, die erst nach der Übergabe, aber vor dem Eigentumsübergange entstanden sind (RGZ. 83, 215 = JW. 1914, 143). Aber auch hier schlägt durch, daß die streitigen Lagerkosten darauf zurückzuführen sind, daß die Kl. selber den Haffer nach der Übergabe in Standföhnen eingelagert hat. Auf einen Fall, in dem die Rechte Dritter durch einen Vertrag entstehen, den der Käufer selber nach der Übergabe zur Unterbringung der Kaufsache abgeschlossen hat, paßt die Bestimmung des § 434 BGB. nicht. Einen Anspruch auf Befreiung solcher von ihm selber begründeten Rechte Dritter kann der Käufer nur erheben, wenn er ihn auf andere Vorschriften, wie z. B. diejenigen über die Geschäftsführung ohne Auftrag, zu stützen vermag. Das ist hier nicht der Fall.

(RG., I. ZivSen., U. v. 6. Febr. 1937, I 157/36.) [P.]

*

3. RG. — §§ 392, 404, 406 BGB. Die §§ 392, 406 BGB. sind Sonderbestimmungen für die Aufrechnung und gehen daher anderen allgemeinen Regelungen und somit auch dem § 404 BGB. vor. Eine „bedingte Aufrechnungsmöglichkeit“ ist keine Einwendung i. S. des § 404 BGB. †)

Der Weinhändler R. hatte gegen den Kl. eine Forderung in einem Vorprozeß eingeklagt. Während des Verfahrens ließ die Befl. den Anspruch R.s pfänden und sich überweisen.

Durch Ur. v. 6. Juni 1935 wurde der Kl. zur Zahlung von 420 RM an die Befl. verurteilt. Wegen Abweisung seiner weitergehenden Anträge wurden R. $\frac{3}{4}$ der Kosten, dem Kl. $\frac{1}{4}$ auferlegt.

Der Kl. erklärte danach, daß er mit seinem Kostenerstattungsanspruch aufrechne. Die ihm von R. zu erstattenden Kosten wurden auf 200,98 RM festgesetzt. Deshalb zahlte der Kl. an die Befl., die inzwischen vollstreckbare Ausfertigung des Urteils gemäß § 727 ZPO. erhalten hatte, am 28. April 1936 nur die Urteilssumme von 420 RM abzüglich der 200,98 RM, also 219,02 RM. Die Befl. wollte jedoch diese Aufrechnung nicht gegen sich gelten lassen, sondern leitete durch Zustellung der umgeschriebenen Vollstreckungsklausel die Zwangsvollstreckung gegen den Kl. wegen des Betrages von 200,98 RM ein.

Nunmehr hat der Kl. die Zwangsvollstreckungsgegenklage erhoben mit der Begründung, der gepfändete Anspruch sei durch die Aufrechnung erloschen und dies müsse auch die Befl. gegen sich gelten lassen.

Die Befl. hat ausgeführt, die Aufrechnung sei hier gemäß § 392 BGB. unzulässig.

Das BG. hat sich dieser Auffassung angeschlossen und deshalb die Klage abgewiesen. Gegen dieses Urteil hat der Kl. Berufung eingelegt mit dem Antrage, die Zwangsvoll-

streckung für unzulässig zu erklären, hilfsweise die Zwangsvollstreckung nur Zug um Zug gegen Befriedigung des Kl. wegen seines Kostenerstattungsanspruchs von 200,98 RM für zulässig zu erklären.

Neben der Aufrechnung macht er nunmehr noch ein Zurückbehaltungsrecht geltend.

Die Berufung ist zum Hilfsantrag des Kl. begründet.

1. Die prozessualen Voraussetzungen der Vollstreckungsgegenklage sind gemäß § 767 ZPO. gegeben. Die Aufrechnung und das Zurückbehaltungsrecht, die eine Einwendung i. S. des § 767 Abs. 1 ZPO. begründen, hatte der Kl. in der letzten mündlichen Verhandlung des Vorprozesses noch nicht geltend machen können. Denn beide setzen einen fälligen Anspruch voraus (§§ 387 u. 273 BGB.); der Kostenerstattungsanspruch des Kl. war aber mit Beginn des Vorprozesses nur als ein bedingter entstanden (RGZ. 145, 13 = JW. 1934, 2467¹⁾) und wurde fällig erst mit Erlass des Urteils. Deshalb konnte der Kl. im Vorprozeß weder aufrechnen noch sich auf ein Zurückbehaltungsrecht wegen seines Kostenerstattungsanspruchs berufen.

2. Aber auch im gegenwärtigen Rechtsstreit kann der Kl. eine Aufrechnung nicht geltend machen. Trotz des durch die Beschlagnahme ausgesprochenen Zahlungsverbots (§ 829 ZPO.) erklärt zwar § 392 BGB. grundsätzlich eine Aufrechnung für zulässig. Jedoch wird dies gleichzeitig dahin eingeschränkt, daß die Aufrechnung einer dem Schuldner gegen den Gläubiger zustehenden Forderung dann ausgeschlossen ist, wenn der Schuldner seine Gegenforderung nach der Beschlagnahme erworben hat oder wenn seine Gegenforderung erst nach der Beschlagnahme und später als die in Beschlagnahme genommene Forderung fällig geworden ist. Der letztere Ausnahmefall liegt hier vor. Zwar hatte der Kl. seinen Kostenerstattungsanspruch schon vor der Beschlagnahme, wenn auch nur als einen bedingten, erworben; doch war die im Vorprozeß geltend gemachte Forderung bereits zur Zeit ihrer Beschlagnahme fällig, während der Kostenerstattungsanspruch des Kl. erst mit Erlass des Urteils, also später, fällig wurde. Der Aufrechnung steht somit das Verbot des § 392 BGB. entgegen.

Der Kl. will hier nun in entsprecher Anwendung des § 404 BGB. die Aufrechnung ermöglichen und beruft sich dabei auf die Entsch. des 19. ZivSen. des RG.: JW. 1935, 2751. Der dort entschiedene Fall unterscheidet sich von dem hier vorliegenden nur dadurch, daß die Gegenforderung während des Vorprozesses nicht beschlagnahmt, sondern abgetreten worden war. Der 19. ZivSen. des RG. hat hier nicht § 406 BGB. angewendet, der für die Abtretung eine dem § 392 BGB. entsprechende Regelung enthält, sondern § 404 BGB., und zwar mit folgender Begründung:

Da dem Kl. bereits vor der Abtretung ein bedingter Kostenerstattungsanspruch zugestanden habe, sei ihm eine bedingte Aufrechnungsmöglichkeit gegenüber der Klageforderung gegeben gewesen. Diese bedingte Aufrechnungsmöglichkeit sei eine Schwäche, ein Nachteil, der auf der Forderung lastet habe. Die Befl. habe die Forderung nur mit dieser Schwäche belastet erwerben können, da der Schuldner (Kl.) durch die Abtretung nicht schlechter gestellt werden dürfe. Die bedingte Aufrechnungsmöglichkeit sei also als eine Einwendung i. S. des § 404 BGB. anzusehen, die der Kl. auch der Befl. entgegenhalten könne.

Zwar handelt es sich hier nicht um eine Abtretung, sondern um eine Pfändung; doch sind, wie allgemein anerkannt ist, die Vorschriften des BGB. über das vertragliche Pfandrecht auf das Pfändungspfandrecht entsprechend anzuwenden, soweit sich nicht aus der ZPO. eine abweichende Regelung ergibt (§ 804 ZPO.; RGZ. 87, 415 = JW. 1916, 426; RGKomm. § 1275 Anm. 2); gemäß § 1275 BGB. finden aber im Verhältnis des Pfandgläubigers zum Schuldner die §§ 404 f. BGB. entsprechende Anwendung. Es läßt sich also gegen die Heranziehung des § 404 grundsätzlich nichts einwenden, im vorl. Fall muß er jedoch außer Betracht bleiben.

Der Senat vermag der Ansicht des 19. ZivSen. nicht beizutreten. Die §§ 392 u. 406 BGB. sind Sonderbestimmungen für die Aufrechnung und gehen daher anderen allgemeinen Regelungen vor, somit auch dem § 404 BGB.

§§ 406 u. 404 behandeln verschiedene Tatbestände. § 404 betrifft alle Arten von Einwendungen, die gegen die Forderung geltend gemacht werden können, § 406 dagegen die Aufrechnung, die keine Einwendung, sondern ein Rechtsgeschäft ist, das zum Erlöschen der Forderung führt. Deshalb kann § 406 nicht als ein Unterfall des § 404 angesehen werden, vielmehr ist er dieser Bestimmung gegenüber völlig selbständig. Deshalb kann man, wenn das Aufrechnungsverbot des § 406 eingreift, nicht auf dem Umweg über § 404 die Aufrechnung doch für zulässig erklären. Zwar ist der Grundgedanke sowohl des § 404 wie auch der §§ 392 u. 406, daß der Schuldner durch die Abtretung bzw. Beschlagnahme der Forderung nicht schlechter gestellt werden soll. Die Bestimmungen geben dem Schuldner einen Schutz gegen den Verlust seiner Rechte. Der Gesetzgeber hat aber klar zum Ausdruck gebracht, daß dieser Grundsatz nicht bis zur letzten Konsequenz durchgeführt werden soll, sondern daß ihm Grenzen gesetzt sind, jenseits deren der Schuldner nicht mehr schutzbedürftig erscheint. Diese Grenzen hat der Gesetzgeber in den §§ 392 u. 406 BGB. neu aufgestellt. Wenn der Anspruch des Schuldners erst nach der Beschlagnahme der Gegenforderung und sogar noch später als diese Forderung fällig wurde, dann soll ihm die Aufrechnung versagt sein; in diesem Fall ist der Anspruch nicht stark genug, um mehr geschützt zu werden als die immerhin auch zu beachtenden Interessen des Pfändungsgläubigers. Angesichts dieses vom Gesetzgeber klar zum Ausdruck gebrachten Willens ist es unzulässig, das Aufrechnungsverbot der §§ 392 oder 406 durch Anwendung des § 404 zu umgehen; entgegen der Entsch. des 19. ZivSen. ist der Bess. und dem Vorderrichter darin beizustimmen, daß eine „bedingte Aufrechnungsmöglichkeit“ als Einwendung i. S. des § 404 nicht anerkannt werden kann.

3. Die Frage ist also, soweit sie sich auf Aufrechnung stützt, nicht schlüssig; doch kann sich der Kl. auf ein Zurückbehaltungsrecht berufen. Grundsätzlich folgt dies daraus, daß die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts eine Einwendung i. S. des § 404 BGB. ist und diese Bestimmung, wie oben gezeigt, auf die Fälle der Forderungspfändung entsprechend anzuwenden ist (§ 804 ZPO., § 1275 BGB.). Das Zurückbehaltungsrecht setzt nach § 273 BGB. einen fälligen Anspruch des Schuldners voraus, der auf demselben rechtlichen Verhältnis beruhen muß, wie seine Verpflichtung. Zwar war im Zeitpunkt der Beschlagnahme der Anspruch des Kl. (als Schuldners) noch nicht fällig, der Kl. hat zu dieser Zeit also noch kein Zurückbehaltungsrecht gehabt. Zur Anwendung des § 404 BGB., der von den bei der Abtretung „begründeten“ Einwendungen spricht, genügt es aber, wenn diese nur ihrem Grunde nach gegeben waren. Die weiteren Umstände, die erst die tatsächliche Geltendmachung ermöglichen, können auch erst nach der Abtretung (bzw. Beschlagnahme) eintreten. Deshalb genügt für das Zurückbehaltungsrecht insoweit auch ein bedingter Anspruch (so auch die OLG. Königsberg: ZW. 1935, 1109, und Kassel: HöchstRspr. 1936 Nr. 187).

Die Urteilsforderung und der Kostenersatzanspruch beruhen auch „auf demselben rechtlichen Verhältnis“ i. S. des § 273 BGB. Diese Worte sind nach allgemeiner Ansicht weit auszulegen; ein innerlich zusammengehöriges einheitliches Lebensverhältnis muß genügen. Der Kostenersatzanspruch beruht zwar auf dem Prozeßrechtsverhältnis, also auf anderer Grundlage als die beschlagnahmte Forderung. Aber der Kostenersatzanspruch war überhaupt erst dadurch entstanden, daß die Forderung in dem Vorprozeß geltend gemacht wurde; beide gehören insoweit zusammen, sind durch den Rechtsstreit miteinander verbunden. Ohne die Forderung wäre dieser Ersatzanspruch nicht denkbar. Mithin besteht zwischen beiden ein natürlicher Zusammenhang, der es als mit Treu und Glauben nicht vereinbar erscheinen läßt, wenn einerseits Leistung entsprechend dem Urteil verlangt, andererseits aber Verteidigung wegen des Kostenersatzanspruches verweigert werden könnte (RGW. 1914 Nr. 241; RGR. Komm. § 273 Anm. 1 Abs. 4).

Das Aufrechnungsverbot steht hier der Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts nicht entgegen. Die Aufrechnung

hat, wie gerade dieser Fall zeigt, andere Voraussetzungen und führt auch zu anderen Rechtsfolgen: sie bringt den Gegenanspruch zum Erlöschen, läßt also die Zwangsvollstreckung als von Anfang an unzulässig und demzufolge den Hauptantrag des Kl. gerechtfertigt erscheinen. Das Zurückbehaltungsrecht gibt dem Schuldner nur ein Recht zur Leistungsverweigerung; die Gegenforderung bleibt bestehen, die Zwangsvollstreckung ist an sich zulässig, wenn auch nur Zug um Zug gegen Befriedigung des Schuldners (Kl.) (§§ 320, 322 BGB.; Baumbach, ZPO., § 767 Anm. 2), und deshalb kann hier nur dem Hilfsantrag des Kl. stattgegeben werden. Daraus erhellt, daß in der Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts hier keine verschleierte Aufrechnung, die unter das Verbot des § 392 BGB. fallen würde, zu erblicken ist (ebenso RG.: Gruch. 53, 918 sowie die beiden erwähnten Entsch. der OLG. Königsberg und Kassel).

Demgemäß war nach dem vom Kl. hilfsweise gestellten Antrag zu erkennen.

(RG., 7. ZivSen., Ur. v. 25. Jan. 1937, 7 U 5378/36.)

Anmerkung: Der 7. ZivSen. des RG. hat im obigen Urteil über einen ähnlichen Tatbestand zu befinden gehabt, wie er der Entsch. des 19. ZivSen. des RG.: ZW. 1935, 2751 zugrunde liegt, und dabei ist es zu einer Meinungsverschiedenheit beider Senate in einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung aus den allgemeinen Lehren des Obligationenrechts gekommen. Sie betrifft das Verhältnis, in welchem § 404 BGB. zum § 406 (bzw. dem inhaltsähnlichen § 392) steht. Der § 404 gestattet bekanntlich dem Schuldner, alle Einwendungen, die er im Augenblick der Forderungsabtretung dem Zedenten gegenüber hätte geltend machen können, auch dem Zessionar entgegenzusetzen; und der § 406 handelt von der Befugnis des Schuldners, mit Forderungen, die ihm gegen den Zedenten zustehen, aufzurechnen gegen die vom Zessionar erworbene Forderung, eine Befugnis, für die das Bestehen der Schuldnerforderung im Zeitpunkt der Abtretung weder erforderlich noch genügend ist: der Schuldner kann auch mit Forderungen, die er erst nach der Abtretung gegen den Zedenten erworben hat, gegenüber dem Zessionar kompensieren, wenn er bei dem Erwerb der Forderung von der Abtretung keine Kenntnis hatte, und er kann selbst mit solchen Gegenforderungen gegen den Zedenten, die er bereits im Moment der Zession besessen hat, gegenüber dem Zessionar nicht kompensieren, wenn die Gegenforderung später als die abgetretene Forderung fällig wird und dem Schuldner die Abtretung bei Fälligkeitseintritt bereits bekannt gewesen ist. In den Augen des 19. ZivSen. sind nun §§ 404 u. § 406 offenbar gänzlich verschiedene Tatbestände und darum in ihrem Verhältnis zueinander völlig selbständiger Natur, so daß der Schuldner, wenn die Schranken des § 406 die Vornahme der Aufrechnung verwehren, eine Aufrechnungsmöglichkeit, die ohne jene Schranken bestehen würde, noch immer als eine unter den § 404 fallende „Einwendung“ geltend machen kann. Der Zessionar müßte sich dieser Gesetzesbestimmung zufolge eine solche Einwendung als eine der abgetretenen Forderung „anhängende Schwäche“ gefallen lassen. Von diesem Standpunkt aus kommt der 19. ZivSen. dazu, dem Schuldner die Berufung auf eine Gegenforderung auch da zu gestatten, wo letztere erst nach Erlangung der Kenntnis von der Abtretung und später als die abgetretene Forderung fällig geworden ist, wo aber im Zeitpunkt der Abtretung die Gegenforderung schon als eine bedingte oder betagte bestanden hat: er gibt alsdann dem Schuldner die „Einwendung der bedingten oder befristeten Aufrechnungsmöglichkeit“ (so soll gegenüber einer abgetretenen Klageforderung der Bess., der zum überwiegenden Teile die Abweisung der Klage erzielt und dadurch einen Kostenanspruch gegen den Kl. erworben hat, diesen Kostenanspruch auf dem Umweg des § 404 BGB. dem Zessionar gegenüber zur Kompensation stellen können). Im Gegensatz dazu vertritt der 7. ZivSen. im obigen Urteil die Ansicht, daß § 404 im Verhältnis zu § 406 die lex specialis darstelle, durch die der Einfluß der Zession auf die Kompensationsbefugnis des Schuldners seine erschöpfende Regelung gefunden habe, und daß darum aus § 404 keine die Grenzen des § 406 über-

„Einwendung der Aufrechnungsmöglichkeit“ abgeleitet werden könne. In diesem Meinungsstreit ist der Auffassung des 7. ZivSen. beizutreten. Unter die Einwendungen des § 404 fallen alle Rechtsbehelfe und Verteidigungsmittel, durch die der Schuldner die Geltendmachung der Forderung erfolgreich abwehren kann; es würde also an sich auch die Aufrechnung darunter fallen (und wenn dies der 7. ZivSen. in dem oben abgedruckten Erkenntnis bestritt, so ist das ein Schönheitsfehler in der sonst so zutreffenden Urteilsbegründung: denn wenn die Aufrechnung keine Einwendung darstellte, wie könnte dann der § 406 zum § 404 im Verhältnis einer die Aufrechnung betreffenden „Sonderbestimmung“ stehen?). Für den Aufrechnungseinwand trifft aber § 406 eine Spezialregelung, durch welche der Schuldner teils besser, teils schlechter gestellt wird, als er nach § 404 stehen würde: besser insofern, als er, wie wir sahen, gegenüber dem Zessionar möglicherweise mit Gegenforderungen gegen den Zedenten kompensieren kann, die ihm im Moment der Abtretung noch nicht zustanden; schlechter, insofern er unter Umständen mit Gegenforderungen, die bereits im Zeitpunkt der Abtretung gegen den Zedenten erworben waren, gegenüber dem Zessionar nicht anrechnen kann. In letzterer Hinsicht bricht der § 406 allerdings mit dem sonst das Zessionsrecht beherrschenden Prinzip, daß durch die Abtretung die Rechtsstellung des Schuldners nicht verschlechtert werden darf. Aber diese Ausnahme ist vom Gesetz mit gutem Grunde gemacht worden, wie überhaupt der ganze § 406 auf sorgfältigster Interessenauswägung beruht, die durch subsidiäre Heranziehung anderer Gesetzesparagrafen zu korrigieren, der Richter weder das Recht noch einen durch irgendwelche Verkehrsbedürfnisse gebotenen Anlaß hat. Der Schuldner, der beim Erwerb einer Gegenforderung von der unterbesseren erfolgten Zession der Hauptforderung nichts weiß, soll die Kompensationsmöglichkeit, mit der er rechnen durfte, nicht verlieren; umgekehrt soll der Gläubiger in der Verfügung über seine Forderung nicht dadurch beengt werden, daß dem Schuldner Aufrechnungsmöglichkeiten in einem Zeitpunkt winken, für die er die Aufrechterhaltung des status quo billigerweise nicht verlangen kann. Dieser wohlwollendere Interessenausgleich würde gestört werden, wenn der Schuldner da, wo ihm der klare Wortlaut der Sondervorschrift des § 406 die Berufung auf die Aufrechnung verböte, aus dem generellen Rechtsatz des § 404 eine „Einwendung der Aufrechnungsmöglichkeit“ sollte ableiten dürfen.

Prof. Dr. T i s e, Berlin.

*

4. RG. — §§ 611 ff. BGB. Grundsätze für die Sorgfalts- pflicht des Rechtsanwalts.

Es ist in der Rspr. anerkannt, daß der Rechtsanwalt bei Wahrnehmung der Interessen seines Auftraggebers nach sorgfältiger Prüfung sich selbst eine Rechtsanschauung bilden muß und nicht jeder abweichenden Meinung Rechnung zu tragen braucht, daß er aber auch andererseits allgemein anerkannte Ergebnisse der Rechtslehre sowie die oberstrichterliche Rspr. berücksichtigen muß (RGKomm. Erl. 2b vor § 611 BGB. und die dort angeführten Entsch.). Folgerichtig ist davon auszugehen, daß der Rechtsanwalt regelmäßig dann als entlastet angesehen werden muß und ihm ein Vorwurf der Fahrlässigkeit nicht gemacht werden kann, wenn er bei der Führung eines Prozesses einer vom RG. gebilligten Ansicht gefolgt ist (WarnRspr. 1915 Nr. 303 = JW. 1915, 1259³).

Der Rechtsanwalt hat bei der Ausführung eines ihm erteilten Auftrages von zwei in Frage kommenden Wegen immer denjenigen zu wählen, der für den Auftraggeber der sicherere oder weniger gefährlichere ist (vgl. RGZ. 151, 259 = JW. 1936, 2533⁶ m. Anm.).

(RG., III. ZivSen., U. v. 2. März 1937, III 191/36.)

[v. B.]

*

5. RG. — § 823 BGB. Das Vorliegen eines stillschweigenden Haftungsausschließungsvertrages hinsichtlich der aus einer Gefälligkeitssahrt entstandenen Gefahren erfordert das Bewußtsein des Verletzten von der Möglichkeit einer Gefährdung (RGZ. 128, 233 = JW. 1930, 2854⁴ m. Anm. nebst Verweisen; RG. VI 261/36 v. 26. Nov. 1936; RG. VI 295/36 v. 3. Dez. 1936). Ist der Unfall durch grobe Fahrlässigkeit verursacht, so wird in der Regel der Wille, auf Erfahansprüche zu verzichten, nur aus besonderen Umständen zu folgern sein (RG. VI 337/33 v. 30. Dez. 1933; JW. 1934, 346). +)

(RG., VI. ZivSen., U. v. 28. Jan. 1937, VI 283/36.) [L.]

Anmerkung: Der Entsch. ist zuzustimmen.

Daß im vorl. Falle eine ausgesprochene Gefälligkeitssahrt vorliegt, kann nicht zweifelhaft sein und ist mit Recht angenommen worden. Der Bekl. hat den Verunglückten unterwegs zufällig getroffen und ihn aufgefordert, mitzufahren. Ein geschäftliches Interesse des Bekl. am Verunglückten, wie etwa, wenn ein Wirt einen ständigen Gast seiner Wirtschaft unterwegs trifft und mitnimmt, lag nach dem Tatbestand nicht vor. (In einem solchen Falle hat OLG. Dresden im Ur. vom 18. Dez. 1936 das Vorliegen einer Gefälligkeitssahrt verneint: BGE. 1937, 118 meine Übersicht 1937, 357 c), und zwar mit Recht, wie auch die Rspr. des RG. seit der Entsch. RGZ. 65, 313 = JW. 1907, 308⁰ die U n e i g e n n ü h i g k e i t der Fahrt für den Fahrer und Halter des benutzten Kraftfahrzeugs als unbedingt erforderliches Merkmal verlangt (vgl. dazu auch B e c k e r: JurRdschPrVerf. 1937, 66).

Die Frage, ob die Gefälligkeitssahrt vertragliche Beziehungen zwischen dem Fahrer oder Halter und dem Mitgenommenen begründe, ist trotz der ständig festgehaltenen Auffassung des RG., daß das nicht der Fall und auch nur entsprechende Anwendung der für das Vertragsrecht geltenden Bestimmungen unzulässig sei (RGZ. 141, 262 = JW. 1933, 2389 m. Nachw.; JW. 1935, 2033) streitig und findet verschiedenartige Beantwortung (vgl. L o u i s: JW. 1936, 425; G r o e b e und G ü l d e a. a. O. 1581, 1584; die Ausführungen bei W ü l l e r¹¹, § 8 A I b S. 263 ff. und schließlich die Hinweise bei B e c k e r: JRPPrVerf. 1937, 65 ff.).

Die Entscheidungen finden sich ziemlich vollständig RGKomm., Vorbem. 4 b zu § 823 BGB.

Da das RG. nicht grundsätzlich etwa die Haftung für leichte Fahrlässigkeit bei Gefälligkeitssahrt ablehnt, sondern erst die Umstände des Einzelfalles entscheiden läßt, ob Haftungsausschluß, Verzicht auf die Haftung, Handeln auf eigene Gefahr oder mitwirkendes Verschulden bei der Verursachung des Unfalles vorliegt, ist von seinem Standpunkt eine peinlich genaue Abgrenzung der Gefälligkeitssahrt im allgemeinen nicht erforderlich, weil die Schuldfrage unter Zuhilfenahme des Beweises vom ersten Anschein bei Kraftfahrzeugfällen sich meistens beantworten läßt und dieser Beweis auch im Gebiete der unerlaubten Handlungen Anwendung findet (vgl. RGKomm., Vorbem. vor § 823 Anm. 5 c, S. 599 und RG.: VertRdsch. 1935, 473 und 535; JW. 1936, 1890⁴ = Übers. 1937, 357 a).

L o u i s, G r o e b e und G ü l d e wenden sich JW. 1936, 425 und 1581 ff. dagegen, daß das RG. vom Einzelfalle abhängen läßt, welche Folgen die Gefälligkeitssahrt hat und verlangen, daß eine einheitliche Regelung getroffen werde; L o u i s dahin, daß bei solcher Fahrt Haftung für Fahrlässigkeit schlecht hin ausgeschlossen werde, G r o e b e, daß nur für grobe Fahrlässigkeit gehaftet werde, während G ü l d e darauf hinweist, daß man die Frage der Haftung nicht nur vom Standpunkt des Mitnehmenden, sondern auch von dem des Mitgenommenen betrachten müsse, der sich in die D b h u t des Fahrers begeben und im allgemeinen ersichtlich auf dessen Sorgfalt und Zuverlässigkeit v e r t r a u e. Der in der gegenteiligen Auffassung zutage tretende Mangel an Verantwortungsfreudigkeit sei mit dem heutigen Rechtsdenken nicht vereinbar.

Aber gerade bei Berücksichtigung der Vielfalt der Fälle ist es ungerechtfertigt, a l l g e m e i n e Grundsätze für die Gefälligkeit

teitsfahrt zu verlangen. Vielmehr scheint der Auffassung des RG. durchaus zugestimmt sein, daß mit der Frage, ob Gefälligkeit oder nicht bei der Mitnahme vorliege, die Frage der Haftung noch nicht beantwortet ist. „Reine“ Gefälligkeit liegt nicht immer vor. Der Durchschnittsmensch erwartet, daß seine Wohltat Zinsen trägt, eine Hoffnung, die nicht nur bei der Mitnahme im Auto vorkommen soll. Aber gerade in solchen Fällen wird sich der Mitgenommene mit Rücksicht auf die persönlichen Beziehungen darauf verlassen, daß er sorgfältig befördert wird. Gültigkeit weist mit vollem Recht darauf hin, daß zu beachten bleibt, daß der Mitgenommene sich in die Obhut des anderen begibt und erwartet, daß dieser sich auch der Verantwortung bewußt ist, die in der Mitnahme anderer Personen im Kraftwagen liegt. Demgemäß hat die Rspr. auch im Verlobtenverhältnis nicht etwa den Anlaß gefunden, auf Haftungsverzicht zu schließen und hervorgehoben, daß eine Verlobte von ihrem Partner besondere Fürsorge erwarte (RG. Potsdam: DAR. 1936, 271 und ähnlich RG.: JW. 1936, 3382³). Daß bei der Mitnahme einer Verlobten Gefälligkeit ebenso vorliegt, wie wenn zwei junge Männer zusammen herausfahren, die Nacht hindurch zechen und dann wieder im Kraftwagen zurückfahren, ist zweifelsfrei.

Daß die Unentgeltlichkeit allein noch nicht den stillschweigenden Haftungsausschluß bedinge, daß also Gefälligkeit als solche nicht den Ausschluß der Haftung zur leichten Fahrlässigkeit zur Folge hat, hat das RG. daher zutreffend stets angenommen (vgl. neuesten VI 171/36 v. 9. Nov. 1936: RGWarn. 1937 Nr. 9 und HöchstRspr. 1935, 782, wo mit Recht darauf hingewiesen ist, daß die Unentgeltlichkeit schon deshalb nicht ausreiche, weil ja auch der Auftrag im allgemeinen unentgeltlich übernommen werde und bei ihm sogar vertraglich für jedes Verschulden gehaftet werde).

Mit Recht hat daher das RG. außer der Tatsache der Mitnahme aus Gefälligkeit noch weitere Umstände verlangt, die für Haftungsausschluß sprechen (ebenso RG.: JW. 1936, 1890⁴ = Übersicht 1937, 357).

II. Bei der Würdigung dieser Umstände ist dem RG. in allen Punkten zuzustimmen.

1. Soweit auf Haftung ausdrücklich verzichtet wird, bedarf es natürlich keiner Vorstellung von der Möglichkeit der Gefährdung auf Seiten des Verletzten: Auch wenn der Mitgenommene jede Gefährdung für ausgeschlossen hält, ist er an seinen ausdrücklich ausgesprochenen Verzicht gebunden. Die Annahme stillschweigenden Verzichts setzt aber das Bewußtsein von etwas voraus, auf das man verzichtet, also notwendig auch der Tatsache, daß eine Gefährdung eintreten kann. Die Entsch. VI 261/36 ist inzwischen VAC. 1937, 117 abgedruckt = Übers. 1937, 367.

Aus den nicht abgedruckten Darlegungen des Urteils ergibt sich, daß der Verstorbene aus dem Verhalten des Bekl. in der Wirtschaft, wo er allein mit ihm zusammen war, noch nicht darauf hatte schließen müssen, daß er sich durch die Mitfahrt für die kurze Strecke nach seinem Heimatort in Gefahr begeben. Hier ist allerdings ein Hinweis vielleicht angebracht, daß bei dem heutigen gesteigerten Verkehr das Bewußtsein des Verletzten etwa in der Stadt von der Möglichkeit einer Gefährdung leichter wird angenommen werden können. Denn der im Verkehr gewandtere Verkehrsteilnehmer wird so oft Zeuge eines Unfalles oder doch von Vorgängen, wo es „gerade noch gut gegangen ist“, daß er die Möglichkeit einer Gefährdung seinem Bewußtsein nur schwer fernhalten kann.

Auch dann hängt aber die Beurteilung der Frage, ob Haftungsausschluß oder nicht, noch von der Würdigung der Umstände des Falles ab. Daß die Kenntnis des Bestehens einer Haftpflichtversicherung für das Kraftfahrzeug als Beweiszeichen gegen die Annahme eines Ausschlußwillens bzgl. der Haftung sprechen soll, hat das RG. schon JW. 1926, 2534 und RGWarn. 1937 Nr. 9 angenommen. Diese Auffassung ist wohl trotz der Bedenken von Becker: JPrVerf. 1937, 67 und ihrer gefühlsmäßigen Verdrängung zutreffend. Denn hier handelt es sich um die Ermittlung des Willens der Beteiligten: Der Wille zum Ausschluß der Haftung auf beiden Seiten wird im allgemeinen gerade dann nicht besonders wahr-

scheinlich sein, wenn dem Fahrer für seine etwaige Haftung Deckungsansprüche gegen die Versicherung zustehen. Insofern liegt der Fall doch erheblich anders wie die Ermittlung des Schmerzensgeldanspruches der Höhe nach, wo die Haftpflichtversicherung nach ständiger Rspr. des RG. unberücksichtigt zu bleiben hat. In dem einen Falle ist zu ermitteln, ob die Billigkeit der Entschädigung objektiv erfordert, daß die Versicherung auf Seiten des Schädigers berücksichtigt wird. Hier aber handelt es sich darum, ob bei einem stark beschränkten Interesse des Versicherten an einem Haftungsausschluß und bei dem Bewußtsein des Mitgenommenen von der Pflicht eines Dritten zum Einstehen für ein Risiko der Wille zu einer bestimmten Vereinbarung noch zu vermuten ist. Das wird man mit dem RG. verneinen müssen.

2. Auch „Handeln auf eigene Gefahr“ ist im vorl. Falle mit Recht abgelehnt. Auch hier hat das RG. Bewußtsein einer möglichen Gefahr verlangt. Die Bedeutung des Handelns auf eigene Gefahr liegt nach dem Urteil RGZ. 141, 262 = JW. 1934, 2033 Anm. Lechner und Hinweis von mir JW. 1935, 1461⁴ in der zulässigen „Einwilligung des Handelnden in die möglichst weitestgehende, von vornherein als denkbare Folge von ihm erkannte, demnächst verwirklichte Verletzung“. Auf die Bedeutung dieses Gesichtspunktes für Gefälligkeitseinstellungen habe ich schon a. a. O. und JW. 1936, 1603 in einer Anm. hingewiesen. Auch Becker weist JurRdschPrVerf. a. a. O. auf die Verwertbarkeit dieses Gesichtspunktes hin, ebenso wie Groebe: JW. a. a. O. Keinesfalls kann aber dieser Gesichtspunkt, wie Groebe meint, sich dahin „ausbauen“ lassen, daß man auf diese Weise zum generellen Haftungsausschluß für einfache Fahrlässigkeit kommt. Auch hier läßt die Verschiedenartigkeit der Fälle eine so weitgehende Schlußfolgerung nicht zu. Der Fall der auf einen Nachmittagsausflug mitgenommenen Braut wird immer eine andere Beurteilung erfordern als der Fall, wo der Fahrgast den Fahrer zu einer Bierreise veranlaßt und diesen etwa noch nachts nach erheblichem Alkoholgenuß zu weiterem Trinken aufgefordert hat. Den oben erwähnten Äußerungen im Schrifttum ist aber darin Recht zu geben, daß mit dem Gedanken des Handelns auf eigene Gefahr sehr viel mehr anzufangen ist als mit dem meist recht unwirklichen „stillschweigenden Haftungsausschlußvertrag“. Die Fortbildung der Rspr. kann zu diesem Punkt darin liegen, daß Handeln auf eigene Gefahr da angenommen wird, wo jemand nach der vernünftigen Beurteilung eines durchschnittlich sorgfältigen Menschen mit einem bestimmten Gefahrenkreis rechnen mußte. Zutreffend ist also sowohl der Fall entschieden, daß, wo beide gemeinsam von acht Uhr abends bis drei Uhr nachts durchzechten, die Gefahr des Anfalles vom Fahrgast auf sich genommen worden ist (RG.: DAR. 1936, 240, wie auch andere Fälle, wo der Fahrer sich gerade immer auf seine noch uneingeschränkte Fahrtüchtigkeit berufen hatte und ihm Alkoholeinwirkung nicht anzumerken war (VAC. 1936, 515; JW. 1936, 3382³; VAC. 1937, 117). Gerade die Fälle, wo Fahrer und Fahrgast daran denken, daß ja die Versicherung alles auf ihre Schultern nehmen müsse, was sie beide, sei es an Dritten, sei es am Fahrgast an Unheil anrichten, lassen sich unter dem Gesichtspunkt des Handelns auf eigene Gefahr und nur mit ihm in einer allgemein verständlichen Weise und mit einem Ergebnis beurteilen, daß dem Empfinden und den Belangen des verantwortungsbewußten Volksgenossen entspricht.

Bei diesem Gesichtspunkt liegt aber, wenn er allgemein verwertbar ist, ebensowenig Anlaß vor, der allzu großen Angstlichkeit des einen Gemüts Rechnung zu tragen wie der übermäßigen Leichtfertigkeit auf der anderen Seite.

3. Auch die Ablehnung mitwirkenden Verschuldens ist zutreffend. Wenn der Bekl. sich in der Wirtschaft nach seinem früheren, dem Verstorbenen unbekannt gebliebenen Alkoholgenuß wieder gesammelt hatte und sich dort wie normal aufgeführt hatte, so würde man allerdings dem Leben nicht gerecht werden, wenn man dann von einem Elektromeister verlangen würde, daß er den Berufskollegen und Ingenieur frage, ob er sich auch trotz des Genußes von einigen Glas Bier noch zur Führung des Kraftwagens imstande fühle. Er konnte auch, bei Wahrung der ihm zuzumutenden Sorgfalt sich selbst gegenüber

darin denken, daß der Bekl., der sich nicht auffallend benommen hatte, so fahren werde, wie es sein Zustand und der Zustand der Wegstrecke erfordere.

III. Das Urteil zeigt, wie notwendig Abwägung der einzelnen Umstände gerade bei der Gefälligkeitsfahrt ist. Für den zweiten tödlich verunglückten Mitfahrer, der die ganze Bierreise mitgemacht hatte, würden gleiche Gesichtspunkte nicht gelten können. Auf der anderen Seite würde eine gleiche rechtliche Behandlung des verstorbenen, erst in A. zugestiegenen Erblassers der Kl. gerade dem gesunden Rechtsbewußtsein nicht verständlich sein und das Ungleiche gleich behandeln.

4. Zu prüfen bliebe, ob nicht im allgemeinen auf die unfruchtbar konstruierte des sogenannten stillschweigenden Hafungsausschließungsvertrages überhaupt verzichtet werden sollte: Die für diese in Betracht kommenden Fälle lassen sich mit dem, natürlichen Empfinden entsprechenden Gesichtspunkt des „Handelns auf eigene Gefahr“ leichter, zutreffender und ungekünstelt lösen.

RA. Carl, Düsseldorf.

*

6. OLG. — § 823 BGB. Der Verletzte kann die Kosten seiner Nebenklage auch dann mit der Schadenersatzklage vom Verlezer ersetzt verlangen, wenn ihm die Kosten seiner Nebenklage nach Einstellung des Strafverfahrens auf Grund einer Amnestie vom Straffenat auferlegt worden sind.

Der Bekl. war von dem Kl. bei einem Verkehrsunfall verletzt worden. Er hatte sich dem Strafverfahren gegen den Kl. als Nebenkl. angeschlossen. Nachdem die Str. den Kl. verurteilt hatte, wurde das Verfahren in der Rev. Inst. auf Grund des StraffreiG. v. 23. April 1936 eingestellt. Gleichzeitig wurden die Kosten der Nebenklage dem Nebenkl. auferlegt.

Der Nebenkl. verlangt nunmehr als Bekl. und Widerkl. im Schadenersatzprozeß vom Kl. Ersatz der Nebenklagekosten. Bezüglich der Forderung auf Ersatz der dem Bekl. im Strafverfahren als Nebenkl. entstandenen Kosten gehört es zum Grund des Anspruchs zu prüfen, ob — nachdem der Str. Sen. durch Beschl. v. 22. Juni 1936 dem Bekl. die Kosten der Nebenklage auferlegt hat — dieser im vorl. Rechtsstreit die Kosten erstattet verlangen kann. Auf diese Frage ist das OLG. nicht eingegangen. Sie ist zu bejahen. Der Str. Sen. hat die Entsch. über die Kosten nur vom strafprozessualen Standpunkt aus getroffen. Daß diese falsch sein soll — wie der Bekl. meint — ist allerdings nicht ausschlaggebend. Diese Kosten, die er in strafprozessualer Hinsicht auferlegt erhalten hat, sind aber als ein Teil des Schadens zu werten, der ihm durch den Unfall entstanden ist. Es war sein gutes Recht, sich dem Strafverfahren, dessen Ausgang für die beabsichtigte Verfolgung der Schadenersatzansprüche von nicht unerheblicher Bedeutung war, anzuschließen, und dies um so mehr, als die Str. zunächst das Verfahren gegen den Kl. eingestellt hatte mit der Begründung, daß den Bekl. die Schuld an dem Unfall treffe.

(OLG. Hamburg, 4. Ziv. Sen., Ur. v. 4. Febr. 1937, 4 U 344/36.)

*

7. OLG. — §§ 873, 1115 BGB. Die sogenannte Kurschwankungsklausel und die Verpflichtung zur Entrichtung von Verzugszinsen aus Kapital und Zinsen sind in das Grundbuch einzutragen.

Die Boden-Creditbank A. in R. hat der Ehefrau Christina S. in R. ein Darlehen von 8000 M. gewährt und mit ihr vereinbart:

1. Eine Goldmark solle gleich dem Preise von $\frac{1}{2790}$ kg Feingold, berechnet nach den gesetzlichen Bestimmungen, jedoch einer Reichsmark dann gleich sein, wenn sich bei der Umrechnung für das Kilo Feingold ein Preis von nicht mehr als 2820 RM und nicht weniger als 2760 RM ergebe (Schwankungsklausel);

2. die Schuldnerin solle verpflichtet sein, als Jahreszahlung auf das Darlehen v. 18. Juli bis 30. Nov. 1936 jährlich $5\frac{1}{4}\%$ Zinsen und v. 1. Dez. 1936 an dazu ein weiteres Prozent bis 31. Dez. 1937 als Ausgleich der Geldbeschaffungskosten und v. 1. Jan. 1938 an als Tilgungsbeitrag zu leisten;

3. sie solle ferner verpflichtet sein, die Zinsen und Jahreszahlungen in vier gleichen Teilen zu begleichen und bei Zahlungsverzug 7% Verzugszinsen zu entrichten.

Die Darlehensnehmerin hat für dieses Darlehen am 14. Aug. 1936 eine Hypothek auf ihrem in der Vereinbarung näher bezeichneten Grundstück in D. bestellt.

Das OLG. D. hat die Hypothek in folgender Fassung eingetragen: „8000 M. mit $5\frac{1}{4}\%$ v. H. Zinsen, unter Umständen 7 v. H. Verzugszinsen ... gemäß Bewilligung vom 14. August 1936 ...“ Auf den Antrag der Gläubigerin hat es bzgl. der Vereinbarung unter Nr. 2 nachträglich in der Spalte für Veränderungen eingetragen, daß „zeitweise 1 v. H. als Nebenleistung geschuldet“ wird. Die Eintragung der Vereinbarung unter Nr. 1 und 3 aber hat es durch Beschl. v. 24. Okt. 1936 abgelehnt. Die Gläubigerin hat hiergegen Beschwerde eingelegt, weil die Vereinbarung der Schwankungsklausel und der Verpflichtung zur Entrichtung von Verzugszinsen aus Zinsen in dem Eintragungsbemerkung fortgelassen worden ist. Das OLG. D. hat die Beschwerde zurückgewiesen. Die weitere Beschwerde ist begründet.

I. Gem. §§ 873 Abs. 1 und 1113 BGB. bedarf es zur Entstehung einer Hypothek der Eintragung in das Grundbuch. Hierbei ist nach § 1115 Abs. 1 BGB. der Geldbetrag der Forderung dergestalt anzugeben, daß sich der Umfang der Belastung ohne weiteres aus dem Grundbuch ergibt (RGZ. 104, 355 = JW. 1922, 1316). Eine Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung ist insoweit nicht zulässig.

Mit der Zulassung wertbeständiger Hypotheken durch das Gesetz über wertbeständige Hypotheken v. 23. Juni 1923 — RGBl. I, 407 — ist von diesem Bestimmtheitsgrundsatz abgewichen worden: der Belastungsumfang ergibt sich bei wertbeständigen Hypotheken nicht aus einer eingetragenen Summe, sondern erst auf Grund einer Umrechnung nach dem jeweils geltenden Preise des zugrunde gelegten Maßstabs. Das RG. hat mit Rücksicht hierauf nunmehr als Geldbetrag der Forderung i. S. des § 1115 BGB. den Betrag bezeichnet, mit dessen Liquidation im Zwangsversteigerungsverfahren Dritte rechnen müssen, und hat erklärt, daß dieser Betrag aus dem Grundbuch zahlenmäßig bestimmt erkennbar sein muß, um den Umfang der Belastung des Grundstücks ersichtlich zu machen (RGZ. 108, 147). Eine Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung ist auch hierbei nicht zulässig.

Durch die Kurschwankungsklausel werden die bei der Goldmarkhypothek gegebenen Schwankungen in gewissen Grenzen wieder ausgeschlossen. Die Haftung des Grundstücks wird hierdurch insofern erweitert, als für 1 kg Feingold auch dann 2790 RM aus dem Grundstück bezahlt werden müssen, wenn der Preis des Kilogramms Feingold unter 2790, aber nicht unter 2760 RM gefallen ist und deshalb 1 kg Feingold für weniger als 2790 RM erworben werden kann (RGZ. 135, 143 = JW. 1932, 1215¹⁴). Die Kurschwankungsklausel betrifft also den Betrag, mit dessen Liquidation im Zwangsversteigerungsverfahren Dritte rechnen müssen. Sie bedarf deshalb der unmittelbaren Eintragung in das Grundbuch. Diese kann durch eine Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung nicht ersetzt werden (Beschl. des OLG. München v. 3. Febr. 1937, Wx 387/36).

Die Entsch. des RG. v. 10. Febr. 1932 und 21. Febr. 1934 (RGZ. 135, 142 und 143, 424 = JW. 1934, 1167³) stehen dieser Auffassung nicht entgegen. Sie befassen sich nur mit der Frage, welcher Rang dem durch die Kurschwankungsklausel begründeten Recht zukommt, wenn die Klausel erst nach der Eintragung einer Goldmarkhypothek und nach der Eintragung weiterer Belastungen im Range nach der Goldmarkhypothek in das Grundbuch eingetragen wird. Sie gehen von der gesetzlichen Regel des § 879 BGB. aus, wonach in diesem Falle die Kurschwankungsklausel den Rang nach den Rechten der bereits eingetragenen Berechtigten hätte, lassen aber eine Ausnahme von dieser Regel auch ohne die nach § 880 BGB.

erforderliche Zustimmung dieser Berechtigten zu. Sie folgen hierbei einem in den §§ 1115 Abs. 1 und 1119 BGB. bzgl. des Zinsfußes gegebenen gesetzgeberischen Vorgang. Sie wollen aber ebensowenig, wie durch § 1119 BGB. die Bestimmung des § 1115 BGB. über die Notwendigkeit der Eintragung des Zinsfußes und die Unzulässigkeit einer Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung beseitigt ist, diese für die Entziehung der Rechte aus der Schwankungsklausel gemäß §§ 873 Abs. 1 und 1115 Abs. 1 BGB. ebenfalls bestehende Notwendigkeit als nicht bestehend erklären.

II. Der eingetragene Vermerk: „unter Umständen 7 v. H. Verzugszinsen“ ist inhaltlich nicht bestimmt genug. Er kann dahin verstanden werden, daß er sich nur auf die Verpflichtung zur Entrichtung von Verzugszinsen aus dem Kapital von 8000 G.M. bezieht; er läßt es aber im Zweifel, ob Verzugszinsen auch aus den 5 1/2% Zinsen von dem Kapital zu 8000 G.M., d. h. aus dem jährlichen Zinsbetrag von 420 G.M., zu entrichten sind (§ 248 Abs. 2 BGB.).

Diese Verzugszinsen sind Nebenleistungen (RGZ. 22 A 170; JFG. 1, 465; RRKomm., 8. Aufl., § 1115 Anm. 6; Staudinger: BGB., 10. Aufl., § 1115 Anm. 25). Sie können daher gem. §§ 873, 1115 und 1115 Abs. 1 BGB. nur dann als eingetragen gelten, wenn sie unter Angabe des Geldbetrages oder wenigstens in der Weise in dem Eintragungsvermerk enthalten sind, daß ihr Höchstbetrag unmittelbar aus dem Vermerk errechnet werden kann. Eine Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung ist bzgl. ihres Betrages ebensowenig zulässig wie bzgl. des Betrages der Hauptforderung (RRKomm. a. a. D.; Staudinger a. a. D.; Rspr. der OLG. 20, 409; 8, 207; RGZ. 49 A 213; JFG. 1, 464).

Das Verlangen der Gläubigerin, daß die Schwankungsklausel und der Vermerk, daß Verzugszinsen aus Kapital und Zinsen zu entrichten sind, unmittelbar in das Grundbuch eingetragen werden, ist demnach berechtigt. Auf die weitere Beschwerde war deshalb der Beschl. des OLG. D. v. 10. Nov. 1936 ganz und der Beschl. des OLG. D. v. 24. Okt. 1936 insoweit aufzuheben, als durch ihn die Vornahme dieser beiden Eintragungen abgelehnt wurde.

Das OLG. war anzuweisen, über die Vornahme der beantragten Eintragungen zu entscheiden.

(OLG. München, 8. Zivilsen., Beschl. v. 26. Febr. 1937, Wx 464/36.) [S.]

8. RG. — §§ 892, 928 BGB.; §§ 1 f., 37 Abs. 2 GBVereinG.; Art. 2, 6 Zusatzabkommen zum Schweizer Goldhypothekenabkommen.

1. Wurde in der irrigen Annahme der Anwendbarkeit der Schweizer Goldhypothekenabkommen vor dem 31. März 1931 die Eintragung einer Schweizer Frankengrundschuld an Stelle der zu löschenden Papiermarkhypothek beantragt, so ist der Antrag geeignet, die Aufwertbarkeit der Papiermarkhypothek nach Maßgabe des AufwG. zu erhalten.

2. Auf einen Grundstückserwerb kraft Anzeigungsrechts gemäß § 928 BGB. findet § 892 BGB. keine Anwendung.

Der Senat hatte in dem Beschl. 1 Wx 412/37: JZ. 1937, 641 wegweisend darauf hingewiesen, daß die Hypothek Nr. 10, die bei der Eintragung der Frankengrundschuld mit der Hypothek Nr. 5 vereinheitlicht war, erst nach dem 31. Juli 1914 begründet worden und deshalb nicht als Goldhypothek i. S. des Art. 1 des Hauptabkommens, Art. 2 ZN. anzusehen sei (RG.: „Recht“ 1924 Nr. 358; RG.: JurWdsch. 1925 Nr. 907; Geiler-Pfefferle S. 137) und daß demgemäß auch die Eigentümergrundschuld entsprechend geringer sei (Art. 7 ZN.). Daraufhin hat das OLG. von Amts wegen bei der Gläubigerfrankengrundschuld und bei der Eigentümerfrankengrundschuld der Rechtslage entsprechende Amtswidersprüche eingetragen.

Nunmehr regte die Schweizer Gläubigerin bei dem OLG. an, einen Amtswiderspruch auch gegen die im Zusammenhang

mit der Eintragung der Frankengrundschuld erfolgte Löschung der Hypothek Nr. 10 einzutragen, weil aus der Nichtunterstellung dieser Hypothek unter die Schweizer Goldabkommen ohne weiteres folge, daß die Hypothek als solche bestehen geblieben sei. Das OLG. lehnte die Eintragung eines Amtswiderspruchs ab, weil die Hypothek auf Grund der §§ 1 ff. GBVereinG. wegen Verjährung der Frist für den Antrag auf Eintragung der Aufwertung erloschen sei. Auf Beschwerde der Gläubigerin wies das OLG. das OLG. zur Eintragung eines Amtswiderspruchs an. Die vom Grundstückseigentümer eingelegte weitere Beschwerde ist nicht begründet.

Die Eintragung des Amtswiderspruchs setzte voraus, daß die Löschung der Hypothek unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften erfolgt, und daß dadurch das Grundbuch unrichtig geworden und geblieben ist (§ 53 AufwG.). Beide Voraussetzungen sind vom OLG. ohne Rechtsverstoß bejaht. Die Gesetzesverletzung ergibt sich daraus, daß die Löschung auf Grund rechtswidriger Anwendung der Schweizer Goldabkommen auf die Hypothek erfolgt ist. Die Nichtanwendbarkeit der Schweizer Goldabkommen auf die Hypothek hatte zur Folge, daß die Hypothek trotz Löschung bestehen blieb, das Grundbuch also unrichtig wurde. Diese Unrichtigkeit würde allerdings nachträglich beseitigt sein, wenn die Hypothek später auf Grund des GBVereinG. erloschen wäre. Dies hat das OLG. verneint, weil an den Antrag aus § 1 GBVereinG. milde Anforderungen zu stellen seien. Diese Annahme steht mit der Rspr. des Senats in Einklang (JFG. 8, 385; Höchst-RRspr. 1931, 1456; 1933, 146). Die Hypothek blieb zunächst nur als Papiermarkhypothek bestehen; sie unterlag als solche der Aufwertung nach §§ 1, 4 AufwG. und mithin auch den Bestimmungen des GBVereinG. Nach §§ 1, 2 GBVereinG. erlosch die Hypothek, wenn nicht bis zum 31. März 1931 die Eintragung der Aufwertung beantragt war. Nun ist zwar richtig, daß der am 19. Okt. 1923 gestellte Antrag der Gläubigerin auf Löschung der Hypothek für sich allein betrachtet den Willen auf grundbuchmäßige Beseitigung der Hypothek bekundete, also nicht als Antrag auf Eintragung der Aufwertung aufgefaßt werden kann; dieser Löschungsantrag ist jedoch nur im Zusammenhang mit dem Antrag auf Eintragung der Frankengrundschuld gestellt, und zwar gemäß den nach Ansicht der Gläubigerin auf die Hypothek anwendbaren Vorschriften der Schweizer Goldabkommen, wonach die Hypothek gleichzeitig mit der Eintragung der Frankengrundschuld gestellt von Amts wegen zu löschen ist. Die Eintragung der Frankengrundschuld bildete also die Voraussetzung für die Löschung. Zweck des Antrages war die Erlangung der Frankengrundschuld nach Maßgabe der Goldmarkabkommen an Stelle der entwerteten Papiermarkhypothek, aber umgekehrt durch die währungssichere Frankengrundschuld. Dieses rechtliche Ziel des Antrages ist seinem Zwecke nach aber nichts anderes als eine Art Sonderaufwertung zugunsten der Schweizer Gläubigerin (vgl. § 87 i. Verb. m. § 1 AufwG. sowie Schlegelberger-Harmening, 5. Aufl., Anm. 1 zu § 37; Neukirch, Anm. 3 zu § 87; Geiler-Pfefferle, „Die Schweizer Goldhypothekenabkommen“ S. 392 ff.). Der Antrag, an Stelle der entwerteten Papiermarkhypothek eine Frankengrundschuld gemäß dem Schweizer Zusatzabkommen einzutragen, brachte den Willen zum Ausdruck, diejenige Aufwertung des Rechts im Grundbuch zu verlautbaren, die nach Ansicht der Gläubigerin auf Grund des Gesetzes die Hypothek zu erfassen hatte. Ging die Gläubigerin hierbei irrtümlich davon aus, daß die Aufwertung nach Maßgabe der Schweizer Goldhypothekenabkommen zu erfolgen habe, obwohl in Wirklichkeit die Hypothek der allgemeinen Aufwertung auf Grund des AufwG. unterlag, so ist dies vom Gesichtspunkt der §§ 1, 3 GBVereinG. ebensowenig von Bedeutung, als wenn der Antrag wegen unrichtiger Vorstellungen der Gläubigerin in anderer Hinsicht nicht der objektiven Rechtslage entsprechen hätte; der Antrag war nur inhaltlich mangelhaft, nicht dagegen unwirksam, mithin ebenso wie andere inhaltlich unrichtige, vor Inkrafttreten des GBVereinG. gestellte Anträge auf Eintragung einer Aufwertung zur Erhaltung des Hypothekenrechts geeignet. Der Umstand, daß das OLG. den An-

trag entsprechend seinem objektiv unrichtigen Inhalt grundbuchlich vollzogen hat, ist für seine, die wirkliche, gem. §§ 1, 4 Aufw.G. eingetretene Aufwertung erhaltende Wirkung ohne Bedeutung. Die objektiv unrichtige Vollziehung des grundbuchliche Verlautbarung der Aufwertung der Hypothek gerichteten Antrages kann einer Abweisung nicht gleichgeachtet werden.

Zu Unrecht glaubt die Beschw. sich auf die Vorschriften über den öffentlichen Glauben des Grundbuchs berufen zu können. Die Hypotheken sind zur Zeit des Eigentums des Wilhelm J. gelöscht worden. Dieser hat im Jahre 1933 auf das Eigentum am Grundstück verzichtet. Der Verzicht ist am 31. März 1933 im Grundbuch eingetragen. Der Preussische Staat hat das ihm gem. § 928 BGB. zustehende Aneignungsrecht an den Beschw. abgetreten. Auf Grund dieser Abtretung und eines formgerechten Antrages ist der Beschw. am 31. März 1936 im Grundbuch als Eigentümer eingetragen worden. § 892 BGB. setzt einen durch Rechtsgeschäft mit dem bisherigen Eigentümer erlangten sog. abgeleiteten Rechtserwerb voraus. Der Erwerb kraft Aneignungsrecht wird jedoch nicht durch ein auf Übertragung des Eigentums gerichtetes Rechtsgeschäft mit dem bisherigen Eigentümer vermittelt, sondern durch Ausübung des auf dem Gesetz beruhenden Aneignungsrechts. Ein solcher Erwerb ist also ein sog. originärer Eigentumserwerb (RGZ. 82, 74; 103, 166; Palandt⁵ § 928 Anm. 5b). In dieser Hinsicht ist es rechtlich belanglos, ob das Aneignungsrecht von demjenigen ausgeübt wird, dem es das Gesetz unmittelbar verleiht, oder von einem Dritten, dem es der Berechtigte abgetreten hat (über die Zulässigkeit der Abtretung vgl. RGZ. 82, 74). In keinem Falle beruht der Erwerb auf einem auf ihn gerichteten rechtlichen Willensakt des früheren Eigentümers. Dessen Verzicht ist nur insofern eine Voraussetzung für den Eigentumserwerb, als er das Recht zur Aneignung des Eigentums erst ermöglicht. Nur diese Aufgabe des Eigentums ist eine durch den Willensakt des Eigentümers hervorgerufene Wirkung; das weitere Schicksal des Grundstücks, insbes. ein neuer Eigentumserwerb, beruht unmittelbar auf dem Gesetz und dem Willen des Aneignungsberechtigten (so auch im Ergebnis Palandt Anm. 5d; Staudinger⁹ Anm. II 1 f zu § 928; RGRKomm.⁸ § 892 Anm. 4 mit § 873 Anm. I; RG. [8. ZivSen.]: DJZ. 1928, 517).

(RG., 1. ZivSen., Beschl. v. 11. März 1937, 1 Wx 28/37.)
[S.]

Handelsgesetzbuch

§ 9. RG. — § 128 HGB. Erlangt der Gesellschafter einer OHG. auf Grund eines mit dem Geschäftsverhältnis rechtlich nicht zusammenhängenden Vertragsverhältnisses einen Anspruch gegen die Gesellschaft, dann kann er den Anspruch auch während der Dauer der Gesellschaft nicht nur gegen diese, sondern auch gegen die Gesellschafter verfolgen. Für die Haftung der Gesellschafter gilt aber — anders als im Falle der Fremdschuld — der Grundsatz des § 128 HGB. nicht unbeschränkt; die anderen Gesellschafter haften keinesfalls als Gesamtschuldner auf das Ganze; der Gesellschaftsgläubiger muß sich vielmehr mindestens den nach seinem Verlustanteil zu berechnenden Forderungsteil abziehen lassen. †)

Der 2. ZivSen. des RG. hat bereits unter der Geltung des HGB. dem Gesellschafter einer OHG., der einen von dem Geschäftsverhältnisse rechtlich unabhängigen Anspruch gegen die Gesellschaft erworben hat, das Recht zuerkannt, den Anspruch während des Bestehens der Gesellschaft nicht nur gegen diese, sondern auch gegen die anderen Gesellschafter geltend zu machen (RGZ. 36, 60; JW. 96, 58¹⁰); er hat diese Geltendmachung nur für die aus dem Geschäftsverhältnis entstandenen Forderungen (§ 110 HGB.) für unzulässig erklärt (RGZ. 59, 143; 80, 268 = JW. 1913, 27). Im gleichen Sinne haben sich für die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts der 7. Sen. in „Recht“ 1909 Nr. 663 und der 3. Sen. in RGZ. 85, 157 ausgesprochen. In RGZ. 120, 135 = JW. 1928, 1565 hat der 2. Sen. seine Rspr. in Anwendung auf die KommGes.

erneut bestätigt, in der gleichen grundsätzlichen Richtung bewegen sich die Urteile des Sen. v. 20. März 1934, II 275/33 = JW. 1934, 1851 und 286/33. Für die OHG. hat der 1. Sen. in weit zurückliegenden Entsch. eine abweichende Auffassung vertreten (RGZ. 77, 102 = JW. 1912, 47; LZ. 1912, 912 Nr. 3). Die Rspr. des 2. Sen. hat im Schrifttum Widerspruch, überwiegend aber Zustimmung erfahren.

a) Die Gesellschafter einer OHG. haben untereinander für die Gesellschaftsschulden nach Verhältnis ihres Anteils am Verlust aufzukommen; diese Haftung kann grundsätzlich erst nach der Auseinandersetzung verwirklicht werden (§§ 735, 722 HGB.; § 105 Abs. 2 HGB.). Daraus folgt, daß der Gesellschaftergläubiger seine Mitgesellschafter persönlich regelmäßig erst nach Beendigung der Liquidation und dann nur nach Maßgabe ihres Verlustanteils in Anspruch nehmen kann. Im Gegensatz dazu haften die Gesellschafter Fremdgläubigern der Gesellschaft gegenüber persönlich als Gesamtschuldner in voller Höhe der Forderung, und diese persönliche Haftung kann jederzeit auch während des Bestehens der Gesellschaft geltend gemacht werden (§ 128 HGB.). Für die Inanspruchnahme der Gesellschaft selbst, den Zugriff auf das Gesellschaftsvermögen, besteht dagegen kein grundsätzlicher Unterschied zwischen dem Gesellschaftergläubiger und dem Fremdgläubiger; auch der Gesellschaftergläubiger kann seine Forderung in voller Höhe während des Bestehens der Gesellschaft geltend machen (§ 110 HGB.). Hieraus ergibt sich: Wird bei der Forderung des Gesellschaftergläubigers unterschieden, ob die Forderung des Gesellschafters auf dem Geschäftsverhältnis beruht oder ob sie in einem sog. Dritt- oder Fremoverhältnis ihren Grund hat, so kann diese Unterscheidung nur Bedeutung haben für den Umfang der persönlichen Haftung der Mitgesellschafter und die Zeit, zu der sie geltend gemacht werden kann. Konkret ausgedrückt besteht der Wert jener Unterscheidung in der Feststellung:

1. unter welchen Umständen ein Gesellschafter aus einer Forderung an die Gesellschaft die anderen Gesellschafter während Bestehens der Gesellschaft in Anspruch nehmen kann,
2. wie die anderen Gesellschafter ihm in diesen Fällen haften, insbes. ob eine gesamtschuldnerische Haftung besteht.

Die Notwendigkeit, bei den Gesellschafterforderungen zu unterscheiden, ob sie ihre Rechtsgrundlage in dem Geschäftsvertrag oder in einem Rechtsverhältnis haben, das mit dem Geschäftsvertrage nichts zu tun hat, ist allgemein anerkannt. Schließt der Gesellschafter mit der Gesellschaft einen Vertrag, den er oder die Gesellschaft in gleicher Weise mit jedem Dritten abschließen könnte, wie z. B. einen Kauf-, Miet-, Pacht- oder Darlehnsvertrag, so muß seine Stellung anders sein, als wenn er auf Grund des Geschäftsvertrags seinen Gewinnanteil oder den Ersatz von Aufwendungen (§ 110 HGB.) verlangt. Wo der Gesellschafter der Gesellschaft wie ein beliebiger Dritter gegenübertritt, muß er grundsätzlich auch die Stellung eines solchen Fremdgläubigers haben. Man kann solche Geschäfte als „gesellschaftsfremd“ bezeichnen. Empfehlenswert ist diese Bezeichnung aber nicht. Sie verleitet dazu, als komme es für die Frage, ob der Gesellschaftergläubiger die Stellung eines Fremdgläubigers habe, darauf an, daß das Geschäft wirtschaftlich mit der Gesellschaft nicht zusammenhängt. Der Gesichtspunkt des wirtschaftlichen Zusammenhangs mit der Gesellschaft ist ganz ungeeignet für die Abgrenzung. Irrenden Zusammenhang mit dem Geschäftsverhältnis wird sich letzten Endes bei allen Geschäften eines Gesellschafters mit der Gesellschaft feststellen lassen. Auch reine Kaufgeschäfte wird der Gesellschafter oft deshalb mit der Gesellschaft schließen, weil er in seiner Eigenschaft als Gesellschafter die Veranlassung sieht, seinen Bedarf nicht bei einem fremden Lieferanten zu decken. Die Heranziehung dieses Umstandes müßte daher eine unerträgliche Rechtsunsicherheit zur Folge haben. Entscheidend kann allein sein, ob der Anspruch des Gesellschafters seine Rechtsgrundlage in dem Geschäftsverhältnis hat oder in einem von diesem verschiedenen Rechtsverhältnis, das ebenfugot zwischen der Gesellschaft und jedem Dritten bestehen könnte. Trifft das letzte zu, dann hat der Gesellschafter die Rechtsstellung eines Drittgläubigers

und damit (§ 128 HGB.) jedenfalls das Recht, die anderen Gesellschaftler auch schon während des Bestehens der Gesellschaft aus seiner Forderung in Anspruch zu nehmen, unbeschadet der Befugnis, daneben auf das Gesellschaftsvermögen zu greifen.

Eine andere Frage ist, wofür die übrigen Gesellschaftler dem Gesellschaftergläubiger haften, dessen Forderung auf einem von dem Gesellschaftsverhältnis rechtlich verschiedenen Rechtsverhältnis beruht. Hier kann nicht daran vorübergegangen werden, daß der Gesellschaftergläubiger bei späterer Unzulänglichkeit des Gesellschaftsvermögens den auf ihn entfallenden Verlustanteil keinesfalls von seinen Mitgesellschaftern erstattet verlangen könnte. Es widerspräche aber den Grundsätzen von Treu und Glauben, wollte man dem Gesellschaftergläubiger gegen seine Mitgesellschafter den Anspruch auf eine Leistung gewähren, die er bei der Auseinandersetzung u. U. zum Teil wieder herausgeben müßte. Daraus folgt, daß der Gesellschaftergläubiger seine Mitgesellschafter jedenfalls nicht auf das Ganze in Anspruch nehmen kann, sondern nur auf den seinen Verlustanteil übersteigenden Überschuß seiner Forderung. Die Frage, ob sich aus der gesellschafterlichen Verbundenheit sogar ableiten ließe, daß die übrigen Gesellschaftler überhaupt nicht als Gesamtschuldner, sondern ein jeder nur nach Maßgabe ihres Verlustanteils dem Gesellschaftergläubiger (als Fremdgäubiger) haften, braucht nicht entschieden zu werden, weil hier die Kl. diese dem Befl. günstigste Regelung selbst anwenden wollen und ihn nur nach Maßgabe seines Verlustanteils heranziehen.

b) Dafür, ob es sich um eine Dritt- (Fremd-) Gläubigerforderung handelt, kann nicht der Grund maßgebend sein, aus dem der Gesellschaftler an die Gesellschaft etwas leistet, sondern nur der Grund, aus dem der Gesellschaftler von der Gesellschaft etwas fordern kann. Es kommt daher nicht darauf an, ob das Darlehen der Gesellschaft dienen sollte. Entscheidend ist allein, daß die Forderung der Kl. auf einem Darlehensvertrage mit der Gesellschaft und nicht auf dem Gesellschaftsvertrage beruht, wie es z. B. bei dem Anspruch auf Erstattung von Aufwendungen der Fall wäre.

Das BG. unterstellt, daß es sich um unabhängig von dem Gesellschaftsverhältnis erwachsene Ansprüche handelt und daß die Kl. daher der Gesellschaft wie ein nicht zu ihr gehöriger Dritter gegenüberstehen. Es will gleichwohl dem Befl. das Recht geben, die Kl. zunächst auf eine Befriedigung aus dem Gesellschaftsvermögen zu verweisen. Es entnimmt diese Ansicht aus dem besonderen Vertrauensverhältnis unter den Gesellschaftern, das von dem Gesellschaftergläubiger eine größere Rücksichtnahme verlange, als von einem völligen Fremdgäubiger erwartet werden könne. Der Fremdgäubiger könne die inneren Verhältnisse der Gesellschaft nicht beurteilen und bedürfe daher eines besonderen Schutzes, den ihm die strenge Vorschrift des § 128 HGB. mit ihrer Gesamtschuldhaftung gewähre; bei dem Gesellschaftergläubiger bestehe ein solches Bedürfnis nicht, weil er die Verhältnisse der Gesellschaft übersehe und sich bei ihrer Bedenklichkeit sichern könne. Etwas anderes will das BG. gelten lassen, wenn sich der Gesellschaftergläubiger von seinen Mitgesellschaftern besondere Zusicherungen über eine persönliche primäre Haftung habe geben lassen. Da dies im vorl. Falle geschehen sei, verneint es aus tatsächlichen Gründen.

Nicht mit Unrecht bezeichnet die Rev. diese Ausführungen des BG. als in Widerspruch stehend mit seiner grundsätzlichen Annahme, daß es Gesellschaftlerforderungen gebe, die während des Bestehens der Gesellschaft gegen die Gesellschaft persönlich geltend gemacht werden könnten. Denn, daß der Gesellschaftler Forderungen, die er gegen die Gesellschaft hat, gegen diese selbst geltend machen kann, ist nichts Besonderes; dieses Recht hat er bei allen Forderungen. Ebenso ist anerkannt, daß der Gesellschaftergläubiger auch Forderungen, die aus dem Gesellschaftsverhältnis entstanden sind, z. B. auf Ersatz von Aufwendungen, gegen die Gesellschaft persönlich geltend machen kann, wenn kein Gesellschaftsvermögen vorhanden, eine Geltendmachung gegen die Gesellschaft also aussichtslos ist (z. B. Ur. v. 20. März 1934, II 275/33). Die Bedeutung der Fremdgäubigerforderung eines Gesellschafters kann daher nur darin bestehen, daß der Gesellschaftergläubiger trotz dem Bestehen der Gesellschaft die Forderung gegen die Gesellschaft alsbald persönlich geltend

machen kann. Wenn das BG. diese Möglichkeit grundsätzlich verneint, dann verneint es damit die von ihm zunächst behauptete Möglichkeit, daß überhaupt solche Fremdgäubigerforderungen eines Gesellschafters denkbar sind. Ebenso wäre es nichts Besonderes, wenn der Gesellschaftergläubiger sich an seine Mitgesellschafter halten könnte, die eine solche primäre persönliche Haftung für Verbindlichkeiten der Gesellschaft besonders übernommen haben. Denn daß sie dann für diese ihre eigene Verbindlichkeit einstehen müßten, ist selbstverständlich. Unbegründet ist auch das Bedenken, das das BG. aus § 128 HGB. herleitet. Dem Gesellschaftergläubiger haften die anderen Gesellschaftler keinesfalls so, wie einem außenstehenden Fremdgäubiger, als Gesamtschuldner auf das Ganze.

(RG., II. ZivSen., U. v. 5. Jan. 1937, II 182/36.)
(= RGZ. 153, 305.)

Anmerkung: In vorstehender Entsch. begründet das RG. erneut seine Stellungnahme zu der bestrittenen Frage, wie die Gesellschaftler einer OHG. einem Mitgesellschafter gegenüber haften, dem gegen seine Gesellschaft ein Drittgläubigerrecht zusteht (vgl. dazu Prot. S. 83 f.; Denkschrift I, 94). Nach dem Komm.-Entw. § 100 Abs. 2 sollte in solchen Fällen im Anschluß an RDSG. 13, 145 eine persönliche Haftung der Gesellschaftler nicht Platz greifen und nur Vollstreckung in das Gesellschaftsvermögen zulässig sein. Dieselbe Auffassung hat der 4. Sen. des RG. in Bolz e: „Praxis“ 7 Nr. 633 und 16 Nr. 491 und der 1. Sen. in RGZ. 77, 102 ff. = JW. 1912, 47 vertreten, indem die Gesellschaftlerstellung des Berechtigten als das Entscheidende erachtet worden ist. Zur gegenteiligen Auffassung bekennt sich in ständiger Rspr. der 2. Sen. (vgl. RGZ. 36, 60; 59, 144; 85, 157; 120, 137 = JW. 1928, 1565). Von ihm wird die Gläubigerstellung stärker betont, so daß die persönlich unbeschränkte Haftung der Gesellschaftler aus § 128 HGB. auch gegenüber dem Mitgesellschafter in derselben Weise wirksam werde, wie sie jedem Drittgläubiger gegenüber bestehe. Diese Auffassung kann als die herrschende bezeichnet werden, wengleich sie in einzelnen Erläuterungswerken zum HGB. auch eingehenden Widerspruch gefunden hat.

In seiner neuesten Entsch. hält der 2. Sen. des RG. an der bisherigen Auffassung fest, jedoch mit der Einschränkung, daß der Gesellschaftergläubiger sich den nach seinem Verlustanteil zu berechnenden Forderungsteil müsse abziehen lassen.

Auch mit dieser Einschränkung vermag die Entsch. einen entsprechenden Ausgleich der Gesellschafts- und Gläubigerinteressen nicht zu bringen. Sie ist einerseits geeignet, zu praktischen Unzuträglichkeiten zu führen. Angenommen, der forderungsberechtigte Gesellschaftler fordert den ganzen Betrag (abzüglich des auf ihn selbst entfallenden Teiles) von einem der Mitgesellschafter persönlich, wozu er infolge der Anwendung des § 128 HGB. auf diesen Tatbestand berechtigt wäre, so würde der belangte Mitgesellschafter zwar seinerseits Ersatz aus dem Gesellschaftsvermögen verlangen können, bei Unzulänglichkeit desselben jedoch während des Bestehens der Gesellschaft einen Rückgriff gegen die Mitgesellschafter persönlich nicht haben (H. M.). Denn das Wesen der Gesellschaft (insbes. § 707 HGB.) schließt nach allgemeiner Meinung die Anwendbarkeit des § 426 BGB. aus. Damit aber wäre praktisch das Risiko des Rückgriffes auf einen Mitgesellschafter abgewälzt, der vielleicht von der Geschäftsführung ausgeschlossen ist und an dem Vertragsabschluss mit dem Kläger gar nicht beteiligt war. Zudem würde eine solche Auffassung nur zu neuen Streitigkeiten innerhalb der Gesellschaft führen, indem der Belangte jedenfalls im Auseinandersetzungsverfahren seinen Regreßanspruch durchsetzen wird.

Andererseits ist dieses Ergebnis auch vom theoretischen Standpunkt aus unangemessen. Wenn ein Gesellschaftler seiner Gesellschaft als Drittkontrahent gegenübertritt, dann ist es billig und notwendig, das Risiko eines Ausfalles ihn allein tragen zu lassen. Ist er ja auf Grund seiner Kenntnis von dem Vermögensstand der Gesellschaft in der Lage, über die Eingehung dieses Risikos frei zu entscheiden (Gefahrtragung wegen der Möglichkeit der Aktstobeherrschung). Die Berücksichtigung der Gesellschaftlerstellung führt demnach zu dem Schlusse, daß dem Berechtigten primär das Gesellschaftsvermögen hafte,

bei dessen Unzulänglichkeit aber die Mitgesellschafter für den Ausfall nur anteilmäßig einzustehen brauchen. Diese Auffassung entspricht nicht nur der Doppelstellung des Gläubigers, sondern vermeidet auch die Notwendigkeit eines weiteren Regresses unter den übrigen Beteiligten. — Nur beiläufig sei bemerkt, daß die herrschende Auffassung, nach der ein Mitgesellschafter, der aus seiner Tasche einen Gläubiger befriedigt hat, während des Bestandes der Gesellschaft keinen persönlichen Regress geltend machen könne, weil § 707 BGB. den § 426 BGB. ausschliesse, sich gleichfalls nicht überzeugend begründen läßt. Ebensovienig wie die Befriedigung eines Gläubigers nach § 128 BGB. als Vertragsleistung erscheint, kann der interne Ausgleich als solche gelten. § 707 steht mithin dem § 426 BGB. grundsätzlich nicht entgegen.

Prof. Dr. Hans Würdinger, Breslau.

*

10. RG. — §§ 70, 92 S O B.; §§ 138, 626 B O B.

1. Der Verzicht auf eine Kündigung ist für sich allein noch nicht sittenwidrig.

2. Eine Beschränkung wichtiger Kündigungsgründe auf gewisse Tatbestände ist trotz der zwingenden Natur des § 92 S O B. (§ 70 S O B.; § 626 B O B.) nicht schlechthin unzulässig, sofern sich die Abmachung als solche nicht unter dem Gesichtspunkt des Sittenverstoßes (§ 138 B O B.) beanstanden läßt.

Die Bfll. betreibt eine Flachs- und Bergspinnerei. In den Jahren 1921 bis 1933 war der Kl. in ihrem Geschäftsbetriebe als kaufmännischer Angestellter tätig. Er wurde in der Verkaufsabteilung beschäftigt, die er in den Jahren 1925 bis 1933 selbständig führte.

Im Okt. 1933 schlossen die Parteien einen Vertrag ab, durch den das bisherige Dienstverhältnis des Kl. zum 31. Dez. 1933 aufgelöst wurde. Dabei war die Bfll. durch ihren damaligen Vorstand E. vertreten. Der Kl. sollte nimmehr als selbständiger Handlungsagent in einem bestimmten Bezirk für die Bfll. als deren Vertreter tätig sein. Für alle unmittelbaren und mittelbaren Aufträge aus diesem Bezirk sollte er eine Vergütung von ¼% erhalten. Über die Dauer des Agentenvertrages wurde folgendes vereinbart:

Die Dauer des Vertreterverhältnisses ist unbeschränkt, jedoch haben Sie sowohl wie wir das Recht, sofern ein wichtiger Grund vorliegt, das Vertreterverhältnis mit einvierteljährlicher Frist jeweils zum Quartalschluß zu kündigen. Über die Vertragspflichten des Kl. besagt jenes Bestätigungsschreiben:

Sie sind verpflichtet, die Kundschaft in dem Ihnen übertragenen Bezirk regelmäßig zu besuchen und mit allen Kräften an der Vergrößerung des Kundenkreises zu arbeiten.

Am 2. Aug. 1935 kündigte die Bfll. dieses Vertragsverhältnis zum 31. Dez. 1935. Das Kündigungsschreiben v. 2. Aug. lautet:

Nachdem sich die allgemeinen Verhältnisse derart geändert haben, daß sich das Garngeschäft in ganz anderen Formen wie früher abspielt, und zwar so, daß sich Ihre Vertretertätigkeit erübrigt, und da auch mit einer Änderung dieses Zustandes nicht zu rechnen ist, gestattet wird uns hiermit, den mit Ihnen abgeschlossenen Vertrag v. 3. Okt. 1933 zum 31. Dez. 1935 zu kündigen.

Der Kl. hat mit der Klage die Feststellung der Unwirksamkeit der Kündigung verlangt.

Das LG. hat dem Klagebegehren stattgegeben.

Das OLG. hat die Berufung der Bfll. gegen das erste Urteil zurückgewiesen und weiterhin auch die in der Klageerweiterung vom Kl. begehrte Feststellung getroffen.

Die Rev. wurde zurückgewiesen.

Die Auffassung des VerK., daß der Anstellungsvertrag keinen Sittenverstoß enthalte, ist rechtlich nicht zu beanstanden. Daß und inwiefern die Bfll. in der Person ihres damaligen Vorstandes irgendeinem Zwange ausgesetzt gewesen sei, den Vertrag mit dem Kl. abzuschließen, ergibt der Vortrag der Bfll. nicht. Der Vertrag konnte sich aus verschiedenen wirtschaftlichen Erwägungen (Beziehungen des Kl. zur Kundschaft,

Verhinderung seiner Anstellung bei einem anderen Unternehmen, Beschränkung des Kl. auf Provision u. a. m.) als vorteilhaft für die Bfll. erweisen. Die Vor- und Nachteile des Vertrages gegeneinander abzuwägen, war allein Sache der Bfll. Der Verzicht auf eine Kündigung ist für sich allein nicht sittenwidrig, zumal wichtige Gründe eine vorzeitige Auflösung des Vertrags rechtfertigen und ermöglichen können. Der Vorderrichter hat alle gegenseitigen Belange der Parteien, die für die Frage der Sittenwidrigkeit wesentlich sein könnten, sachgemäß ins Auge gefaßt, aber aus dem Sachverhalt, wie er ihm vorlag, keinen Anhalt für die Annahme gewinnen können, daß ein sittenwidriges Zusammenwirken des Kl. mit dem damaligen Vorstand E. zu dem Zwecke stattgefunden habe, um dem Kl. ungewöhnliche, den Belangen des Bfll. widersprechende und sie unbillig belastende Vorteile zuzuschancen. Im Gegenteil ist er auf Grund der Aussage des Zeugen E. davon überzeugt, daß dieser den Vertrag als für die Bfll. nützlich angesehen und deshalb unbedenklich abgeschlossen habe.

Auch die Auslegung des Anstellungsvertrages, wie sie der Vorderrichter vornimmt, rechtfertigt keine Beanstandung. Er sagt, durch den Vertrag sei die Bestimmung des § 92 Abs. 1 S O B. dahin abgeändert worden, daß unter Verklängerung der Frist auf drei Monate eine Kündigung nur aus wichtigem Grunde möglich sein sollte. Er nimmt also nicht einen auf Lebenszeit des Kl., sondern einen auf unbestimmte Zeit eingegangenen Vertrag (§ 92 S O B.) an, der nur mit Bezug auf die Kündigungsmöglichkeit, durch Bestimmung einer längeren als der gesetzlichen Kündigungsfrist, gegenüber der gesetzlichen Regelung zugunsten des Kl. umgestaltet sei. Neben der so bedungenen Kündigungsmöglichkeit hält er „bei einer den §§ 133, 157 BGB. entsprechenden Auslegung“ auch noch eine fristlose Kündigung gem. § 92 Abs. 2 S O B., § 626 BGB. für möglich; jedoch müsse diese Möglichkeit auf solche Kündigungsgründe beschränkt sein, die in einem vertragswidrigen, wenn auch nicht notwendigerweise schuldhaften Verhalten des anderen Teils beständen. Nur mit dieser Einschränkung hält der Vorderrichter die Bestimmung der §§ 92 Abs. 2 S O B., § 626 BGB. für unabhängig. Aber selbst wenn man die § 92 Abs. 2 S O B., § 626 BGB. in vollem Umfange als zwingendes Recht ansehe, so würde — so führt der Vorderrichter aus — die Vereinbarung der Parteien über die Dauer des Agentenvertrages hiergegen nur insoweit verstoßen, als für die Kündigung aus wichtigen Gründen eine Frist von drei Monaten bestimmt worden sei. Hiervon könne jedoch nicht auf die Nichtigkeit des ganzen Vertrags geschlossen werden, da angunehmen sei, daß die Parteien den Vertrag auch ohne die Bestimmung einer Kündigungsfrist, d. h. auch dann abgeschlossen hätten, wenn bei Auschluß jeder sonstigen Kündigungsmöglichkeit die Parteien hätten berechtigt sein sollen, aus wichtigem Grunde fristlos zu kündigen.

Das Urteil beruht also auf der Erwägung, daß an sich nur beim Vorliegen eines wichtigen Grundes und dann nur mit einer Frist von drei Monaten gekündigt werden könne, und daß fristlose Kündigung zulässig sei, wenn ein wichtiger Grund vorläge, der in vertragswidrigem Verhalten bestehe. Diese Auslegung ist möglich und verstößt nicht gegen die gesetzlichen Auslegungsregeln oder gegen andere Rechtsätze. Bei dieser Auslegung ist aber auch nicht zu beanstanden, daß der Vorderrichter den Begriff des wichtigen Kündigungsgrundes in demselben Sinne verstehen will, den ihm das Gesetz in den bezeichneten Vorschriften beilegt. Eine Beschränkung wichtiger Gründe auf gewisse Tatbestände ist trotz der zwingenden Natur des § 92 S O B. (§ 70 S O B., § 626 BGB.) nicht schlechthin unzulässig, sofern sich die Abmachung als solche nicht unter dem Gesichtspunkt des Sittenverstoßes (§ 138 BGB.) beanstanden läßt (vgl. RG-Entsch. v. 1. Mai 1914, III 33/14, abgedr.: RGWarn. 1914 Nr. 248; weitere Entsch. in GrWBRN. zu § 626 Anm. 2). In solchen Fällen hat das Gericht zu prüfen, ob ein wichtiger Grund i. S. des Vertrags vorliegt oder nicht, und dies wird sich danach zu bemessen haben, ob nach Inhalt und Zweck des Vertrags dem Geschäftsherrn die Fortsetzung zugemutet werden kann oder nicht. Der Hinweis der Rev., die Vertragsschließenden könnten nicht daran gedacht haben, dem Kl. noch einen Provisionsanspruch für eine Zeit bis zu sechs Monaten gewähren zu wollen, wenn er selbst durch schweren Verstoß, Unter-

Schlagung od. dgl. einen Grund zur sofortigen fristlosen Entlassung im Geseßsinne gegeben habe, geht schon deswegen fehl, weil der VerA. gerade einen Vertragswillen der Parteien über den bloßen Wortlaut der Abmachung hinaus dahingehend annimmt, daß der Geschäftsherr in solchen Fällen zur fristlosen Kündigung berechtigt sei. Wenn aber gemäß dieser Auslegung die gewollte Abweichung von der gesetzlichen Regelung allein darin besteht, daß in Fällen anderer Art, die nicht in Pflichtverletzungen des Agenten bestehen, wichtige Gründe ebenfalls zur Kündigung, aber nur unter Einhaltung einer Frist von drei Monaten für den Vierteljahresschluß berechtigen, so kann eine derartige Abwandlung nicht als so wesentlich angesehen werden, daß sie vor dem Geseße nicht zu bestehen vermöchte, zumal der Richter in solchen Fällen der Beschränkung des Kündigungsrechts des Geschäftsherrn im einzelnen Falle mit Rücksicht darauf die Anerkennung verlangen könnte, daß in Anbetracht der besonderen Umstände der Zweck des Geseßes (§ 70 SGB.) vereitelt würde. Dies bedarf jedoch keiner näheren Ausführung, weil der Vorderrichter hilfsweise annimmt, daß auch, wenn die vereinbarte Abweichung von der gesetzlichen Kündigungsbefugnis des Geschäftsherrn als unwirksam anzusehen wäre, die Wirksamkeit des Vertrags im übrigen unberührt bliebe, weil die Parteien diesen auch ohne jene Beschränkung abgeschlossen haben würden (§ 139 BGB.).

Endlich ist auch die Rüge unbegründet, die Annahme des Vorderrichters, mit dem Ausdruck „wichtige Gründe“ in der Kündigungsvorschrift des Vertrages sei derselbe Begriff zu verbinden, der der gesetzlichen Vorschrift in § 92 SGB. zugrunde liege, sei nicht mit der Aussage des Zeugen E. zu vereinbaren und deshalb sei § 286 ZPO. verletzt. Auch beruhe seine Annahme, daß ein auf Lebenszeit geschlossener Vertrag vorliege, auf diesem Verfahrensverstöße.

Hier geht die Rev. schon von irrigen Voraussetzungen aus. Denn der Vorderrichter hat nicht ausgesprochen, daß ein auf Lebenszeit geschlossener Vertrag vorliege. Er will vielmehr die für den Vertrag auf unbestimmte Zeit geltende Kündigungsvorschrift mit einer gewissen Abwandlung zugunsten des Kl. anwenden. Dann stellt der Vorderrichter, wie schon hervorgehoben, bei der Auslegung der Kündigungsklausel auch den Ausdruck „wichtiger Grund“ dem gesetzlichen Begriff des wichtigen Grundes nicht völlig gleich. Vielmehr hat ihn gerade die Rücksicht auf die beiderseitigen Belange der Parteien zu der Annahme geführt, daß die Befl. zwar nicht willkürlich kündigen dürfe, wie es ihr gut scheine, daß aber ihr gesetzliches Recht auf fristlose Kündigung beim Vorliegen eines in vertragswidrigem Verhalten des Kl. liegenden wichtigen Grundes jedenfalls nicht ausgeschlossen sei, während beim Vorliegen anderer wichtiger Gründe je nach den Umständen des Falles nach Treu und Glauben geprüft werden müsse, ob die Einhaltung der längeren vertraglichen Kündigungsfrist an Stelle der gesetzlichen kürzeren der Befl. zugemutet werden könne. Die Aussage des Zeugen E., wonach dieser gelegentlich des Vertragsabschlusses den Kl. darauf hingewiesen hat, daß die Firma genötigt sein könne, dem Syndikat beizutreten oder daß sonstige unvorhergesehene Maßnahmen oder Ereignisse eintreten könnten, welche die Reisetätigkeit des Kl. möglicherweise zwecklos machen würden, vermöchte nur klarzustellen, daß derartige Ereignisse als Kündigungsgründe nicht unbedingt ausgeschlossen seien; aber gerade dies hat auch der Vorderrichter angenommen.

(RG., VII. ZivSen., U. v. 12. Febr. 1937, VII 195/36.)

[B. R.]

Verordnung über das Verbot von Preiserhöhungen vom 30. November 1936

11. RG. — VD. v. 30. Nov. 1936 (RGBl. I, 956). Bei Räumen, die den Vorschriften des RMietG. nicht unterliegen, sind Mieterhöhungen, die nach dem 18. Okt. 1936 vereinbart sind, wegen Verstoßes gegen die VD. v. 30. Nov. 1936 nichtig. †)

Im Hause der Kl. haben die Befl. gegen eine monatliche Miete von 80 RM bis zum 31. Dez. 1936 eine Wohnung innegehabt. Durch Vertrag v. 30. Okt. 1936 wurde die Mietzeit

bis zum 31. Dez. 1937 verlängert und eine Miete von 105 RM vereinbart. Die Befl. zahlten indessen v. 1. Jan. 1937 aber weiterhin nur wie bisher 80 RM.

Die Kl. haben beantragt, die Befl. zur Zahlung des Restbetrages für Januar in Höhe von 25 RM zu verurteilen. Die Befl. haben Widerklage erhoben mit dem Antrage, festzustellen, daß sie auch in den Monaten Februar bis einschließlich Juli 1937 nur 80 RM Miete zu zahlen haben. Sie berufen sich auf das Verbot der Mieterhöhungen durch die VD. des Reichskommissars für die Preisbildung v. 30. Nov. 1936 in Verbindung mit der VD. des Beauftragten für den Vierjahresplan v. 26. Nov. 1936.

Das RG. hat unter Abweisung der Widerklage der Klage stattgegeben. Die Befl. haben Berufung eingelegt. Das RG. hat abgewiesen und der Widerklage stattgegeben.

Hinsichtlich der sachlichen Zuständigkeit des Prozeßgerichts bestehen keine Bedenken, da die Höhe der Miete nach dem alten und dem neuen Vertrage unstreitig feststeht und eine der zu a) bis c) in Abschn. II AusfVD. erwähnten Streitigkeiten nicht vorliegt. Bei der Entsch. der Frage, ob die AusfVD. v. 30. Nov. 1936 rückwirkende Kraft hat oder nicht, handelt es sich nämlich nicht um eine Streitigkeit, für die nach Abs. 3 des Abschnitts III AusfVD. das MGA. zuständig ist; zuständig ist vielmehr allein das Prozeßgericht.

Das erkennende Gericht schließt sich in der vorl. Sache der Begründung des Urteils der 25. Kammer in 225 O 72/37 und der Stellungnahme von Roth (ZB. 1937, 15 ff. und 588) an, welche eine Rückwirkung bejaht haben.

Zur Begründung der gegenteiligen Ansicht¹⁾ wird ausgeführt, daß der Wortlaut der AusfVD. eine Rückwirkung auf den 18. Okt. 1936 nicht zulasse:

1. In Abs. 2 Abschn. III AusfVD. sei nämlich für mieter-schutzfreie Räume unter a) bestimmt:

„Bei Abschluß neuer Mietverträge darf der Mietpreis, der am 18. Okt. 1936 galt, nicht überschritten werden.“

Da die AusfVD. zusammen mit der HauptVD. v. 26. Nov. 1936 am 1. Dez. 1936 in Kraft getreten sei, könne nur dann von „neuem“ Mietvertrag, für den das Preiserhöhungsverbot gelte, gesprochen werden, wenn er nach dem 30. Nov. 1936 abgeschlossen worden sei.

Demgegenüber muß darauf hingewiesen werden, daß die AusfVD. selbst keine Erläuterung dazu gibt, wann ein „neuer“ Mietvertrag vorliegt. Außerdem läßt auch das Wort „neu“ für sich allein keine Entsch. für oder gegen die eine der beiden Ansichten an. Mit Recht hat deshalb Roth (ZB. 1937, 588) ausgeführt, daß „neu“ auch ein Vertrag sein kann, der nach der Verlautbarung des Vierjahresplanes zustande gekommen ist, die am 18. Okt. 1936 erfolgt ist.

2. Die gegenteilige Meinung beruft sich weiterhin darauf, daß die AusfVD. im Gegensatz zu der HauptVD. keine Rückwirkung vorsehe. Diese Begründung ist indessen nur insoweit zutreffend, als die AusfVD. eine ausdrückliche Rückwirkung nicht angeordnet hat. Die früher übliche Beweisführung, der Gesetzgeber hätte, wenn er der AusfVD. im Gegensatz zur HauptVD. keine rückwirkende Kraft beilegen wollte, seinen abweichenden Willen deutlich zum Ausdruck bringen können, muß als Überrest liberalistischen Denkens gelten und kann heute nicht mehr als zwingend angesehen werden. Einer solchen Anordnung bedurfte es aber auch gar nicht. Die VD. des Leiters Wagner, des Reichskommissars für die Preisbildung, v. 30. Nov. 1936 stellt sich im Verhältnis zu der VD. des Ministerpräsidenten Göring, des Beauftragten für den Vierjahresplan, v. 26. Nov. 1936 als AusfVD. gegenüber der HauptVD. dar; sie beruht auf § 3 HauptVD. und ist damit auch, soweit nicht ausdrücklich oder zweckgebunden erkennbar aus dem Inhalt etwas anderes folgt, an die grundsätzlichen Bestimmungen der HauptVD. gebunden. Da die HauptVD. nun ausdrücklich die Rückwirkung vorgeschrieben hat, bedurfte es einer gleichen Bestimmung in der AusfVD. nicht mehr. Ist die hier vertretene Auf-

¹⁾ RG. Schöneberg, 19 Cm 142/37; GrundE. 1937, 315; ZB. 1937, 585 (Sofmann); DtschWohnwirtsch. 1936, 822 (Gebel); GrundE. 1936, 1100; Brumbh; Berl. Tagebl. v. 24. Jan. 1937; Duelle; Berl. Tagebl. v. 10. Jan. 1937; GrundE. 1937, 326.

fassung zutreffend, dann hätte der Gesetzgeber demnach, wollte er für andere Gebiete eine Rückwirkung nicht anordnen, einen ausdrücklichen Ausschluß der Rückwirkung anordnen müssen; dies ist denn auch der Fall, und zwar ist als Stichtag für die im SpinnstoffG. v. 6. Dez. 1935 geltenden Preise nach Abschn. II Ausf. V. D. nicht der 18. Okt. 1936, sondern der 1. Dez. 1936 bestimmt worden. Da der auf das Mietwesen bzgl. Abschn. III Ausf. V. D. keine gleichlautende Anordnung enthält, folgt zwingend, daß für diesen Abschnitt eben die Rückwirkung des § 1 Abs. 1 S. 2 HauptV. D. nicht ausgeschlossen werden sollte.

Eine erschöpfende Lösung der hier strittigen Frage wird aber nur bei einer Unterjochung der gesetzgeberischen Bedeutung der beiden V. D. gefunden werden können. Im Gegensatz zu den Auffassungen demokratischer Länder ist die Wirtschaftspolitik der Reichsregierung von Anfang an darauf gerichtet gewesen, die wirtschaftliche Entwicklung in Deutschland nicht mehr dem freien Spiel der Kräfte und den damit verbundenen Gefahren und Unruhen zu überlassen, sondern jegliche Erschütterungen zu vermeiden und den wirtschaftlichen Aufbau in geordneten Bahnen zu ordnen. Die Festigung der Preise wie die der Löhne ist deshalb eine der hauptsächlichsten Bestrebungen der gegenwärtigen deutschen Wirtschaftspolitik. Zur Sicherung eines solchen festen Verhältnisses zwischen Preisen und Löhnen waren nun einschneidende Maßnahmen nicht zu vermeiden. Die Regierung wußte aber auch, wie MinPräs. Göring in seiner Rede v. 18. Okt. 1936 ausdrücklich betonte, jeden Versuch einer Ausnutzung der Konjunktur im Keime ersticken. Die V. D. v. 26. Nov. 1936 stellt sonach nur ein Glied in der Kette dieser gesetzgeberischen Maßnahmen dar. Aus guten Gründen wurde als zeitlicher Ausgangspunkt für die angeordneten Preiserhöhungsverbote nicht etwa das Inkrafttreten der V. D., sondern der 18. Okt. 1936, der Tag der Verkündung des Vierjahresplanes, gewählt. Hierbei berücksichtigt die Reichsregierung die Tatsache, daß sich seit der Beauftragung des MinPräs. Göring Unstimmigkeiten in der Preisbildung gezeigt hatten. Es hatte nämlich nicht an Außenseitera gefehlt, die noch im letzten Augenblick bis zum Vorliegen der Anordnungen eine Ausnutzung der Konjunktur zu erreichen suchten. Solche, sich auf den allgemeinen Aufschwung des Wirtschaftslebens gründende Bestrebungen waren nun auch auf dem Gebiete des Mietwesens zu beobachten gewesen; derartigen Mieterhöhungen aber die rechtliche Wirksamkeit zu nehmen, war nach dem Ausspruch des MinPräs. Göring das ausdrückliche Bestreben der Reichsregierung. Sie ordnete deshalb in § 1 Abs. 1 S. 2 PreisstoppV. D. die Rückwirkung des Preiserhöhungsverbotes auf den 18. Okt. 1936 an; daß die PreisstoppV. D. Bedeutung auch für das Mietrecht hat, kann nach der allgemeinen Fassung des § 1 nicht zweifelhaft sein. Hätte sie außerdem für Mietpreise überhaupt keine Gültigkeit, wäre es nicht notwendig gewesen, in Abs. 1 Ziff. III Ausf. V. D. bei mietgesetzlich geschützten Räumen die Geltung der HauptV. D. ausdrücklich auszuschließen. Es kommt hinzu, daß auch in dem RdErl. Nr. 1/37 des MinPräs. Göring zur PreisstoppV. D., in dem an die Preisüberwachungsstelle usw. gerichtet ist, unter Ziff. II das Mietwesen ausdrücklich zu den in den sachlichen Geltungsbereich der V. D. fallenden Gegenständen gezählt worden ist. Zudem ist auch, worauf Roth (RB. 1937, 389) mit Recht hingewiesen hat, kein wirtschaftlich verständlicher Grund ersichtlich und auch bisher von keiner Seite angeführt worden, wonach die Vermieter hinsichtlich der in der Zeit vom 18. Okt. bis 1. Dez. 1936 abgeschlossenen Verträge besser zu stellen seien als andere unter § 1 PreisstoppV. D. fallende Lieferanten.

Aus alledem folgt, daß ein „neuer“ Mietvertrag i. S. des Abs. 2 Abschn. III Ausf. V. D. schon dann vorliegt, wenn er nach dem 18. Okt. 1936 zustande gekommen ist.

Es mag schließlich noch darauf hingewiesen werden, daß etwaige Härten wohl bei der hier vertretenen, nicht aber bei der gegenteiligen Auffassung ausgeglichen werden können; ist nämlich aus Grund der Rückwirkung der Ausf. V. D. eine verbundene Mietpreiserhöhung anzunehmen, dann ist dem Vermieter nach § 3 HauptV. D. die Möglichkeit gegeben, eine Ausnahmegenehmigung von den in Frage kommenden Stellen zu erwirken. Dieser Weg wäre aber dem Vermieter verschlossen, wenn die

Mietpreiserhöhung wegen Ausschlusses der Rückwirkung für gültig angesehen werden müßte.

Das B. konnte sich nach alledem der Begründung des angefochtenen Urteils nicht anschließen und mußte auf die Berufung hin die Klage abweisen und der Widerklage stattgeben. (LG. Berlin, 82. Zk., Ur. v. 28. April 1937, 282 S 1015/37.)

Anmerkung: Die V. D. v. 30. Nov. 1936 läßt aus ihrem Wortlaut allein noch nicht eine Antwort auf die Frage zu, ob die mietrechtlichen Bestimmungen rückwirkend v. 18. Okt. 1936 zu gelten hätten, soweit es sich um mieterschutzfreie Räume handelt. Das Schweigen des Gesetzes über die Frage der Rückwirkung läßt grundsätzlich zwei Schlussfolgerungen zu: Entweder beweist das Schweigen des Gesetzes, daß die V. D. eben keine Rückwirkung haben sollte, oder es ist umgekehrt zu folgern, daß die Rückwirkung als selbstverständlich vorausgesetzt wird, weil in der V. D. v. 26. Nov. 1936 die Rückwirkung angeordnet sei und die V. D. v. 30. Nov. 1936 nur als Ausf. V. D. zu dieser V. D. zu gelten habe. Das LG. Berlin schließt sich der letzteren Schlussfolgerung an. Es bringt zum Ausdruck, daß, wenn der Ausschluß der Rückwirkung beabsichtigt gewesen wäre, dieses ausdrücklich hätte angeordnet werden müssen, wie es auch für andere Gebiete in der gleichen und in anderen V. D. geschehen sei. Das LG. Berlin ist sich aber auch zugleich darüber klar, daß allein aus dem Wortlaut der V. D. die Entsch. zwischen der einen oder der anderen Auslegung nicht gewonnen werden kann, daß vielmehr andere Gesichtspunkte gewonnen werden müssen, die den endlichen Ausschlag zugunsten der einen oder anderen Auslegungsmöglichkeit geben. Mit Recht geht deshalb das LG. Berlin auf den Zweck des Gesetzes ein und zieht aus diesem die Folgerungen, die die von ihm gewählte Auslegung der V. D. zu stützen geeignet sind.

Eine Gesetzesauslegung, die sich von einer Anklammerung an den Wortlaut frei macht und ihre Argumente aus dem Zweck des Gesetzes entnimmt, wird immer die Vermutung der Richtigkeit für sich haben. Es muß nur möglich sein, den Gesetzeszweck eindeutig zu bestimmen. Das Bemühen des LG. Berlin in obiger Entsch., den Zweck des Gesetzes zu ermitteln, ist äußerst gründlich und scheint durchaus überzeugend. Auch andere Zk. des LG. Berlin haben sich bemüht, den Gesetzeszweck festzustellen und aus ihm die gleiche Auslegung zu gewinnen, die in obiger Entsch. gefunden ist.

Die vorstehende Entsch. der 82. Zk. des LG. Berlin geht bei Feststellung des Gesetzeszweckes auf das grundsätzliche Bestreben der Reichsregierung zurück, zur Sicherung des Vierjahresplanes jegliche Ausnutzung der allgemeinen Wirtschaftslage durch einzelne Volksgenossen zu eigennützigen Zwecken zu verhindern und insbes. auch Mieterhöhungen, die nur in dem allgemeinen Aufschwung des Wirtschaftslebens ihren Grund finden können, und deshalb lediglich als Ausnutzung der Konjunktur zu bezeichnen sind, die rechtliche Wirksamkeit zu nehmen. Sie schließt daraus, daß alle Mieterhöhungen verboten sind, welche nach der Verkündung des Vierjahresplanes, also den 18. Okt. 1936, vereinbart sind. Als neuer Mietvertrag, bei welchem nach der V. D. eine Mietpreiserhöhung verboten ist, betrachtet es deshalb alle diejenigen Vereinbarungen, welche nach dem 18. Okt. 1936 getroffen sind.

Die 28. Zk. des LG. Berlin geht ebenfalls auf Zweck und Ziel des Vierjahresplans zurück, dessen unge störter Durchführung das Verbot von Preiserhöhungen zu dienen hat. Aus diesem Zweck entnimmt es grundsätzlich die Vermutung, daß alle Erhöhungen verboten sind, soweit sie nicht ausdrücklich und zweifelsfrei zugelassen sind. Die Rückwirkung der V. D. auf den 18. Okt. 1936 tritt bei solchen Verträgen nicht ein, die bei Inkrafttreten der V. D. bereits erfüllt waren. Wenn Mieterhöhungen nach dem 18. Okt. 1936, aber vor dem 1. Dez. 1936 vereinbart waren, ist der Vertrag dann als zum Teil erfüllt anzusehen, wenn die Mieterhöhung selbst schon vor dem 1. Dez. 1936 in Kraft getreten ist. Wenn dagegen der Beginn der Mieterhöhung erst für die Zeit nach dem 1. Dez. 1936 vorzusehen ist, kann von einer auch nur teilweisen Erfüllung nicht die Rede sein. Die 28. Zk. des LG. Berlin kommt auf diese Weise zu dem Schlusse, einen neuen Mietvertrag i. S. der V. D.

v. 30. Nov. 1936 dann anzunehmen, wenn die Mieterhöhung erst nach dem 1. Dez. 1936 vereinbarungsgemäß in Kraft treten soll. Sie stellt also im Gegensatz zu der 82. ZR. nicht auf den Zeitpunkt des Vertragschlusses, sondern auf den Zeitpunkt des Inkrafttretens der Mieterhöhung ab (228 O 171/37, Ur. v. 28. April und 5. Mai 1937).

In ähnlichem Sinne soll auch die 25. ZR. des LG. Berlin entschieden haben.

Das LG. Köln geht in einem Ur. v. 20. Jan. 1937, 1 O 43/37, ebenfalls davon aus, daß alle seit dem 18. Okt. 1936 getroffenen Preisvereinbarungen verboten und daher unwirksam seien, soweit sie über die frühere Preislage hinausgehen, und betrachtet demgemäß als neue Mietverträge alle diejenigen, die seit 18. Okt. 1936 abgeschlossen worden sind.

Inzwischen hat der Reichskommissar für die Preisbildung in einem Erlaß an die Preisbildungsstellen und Preisüberwachungsstellen von sich aus zu der Frage Stellung genommen, ob die V. v. 30. Nov. 1936 für Mietobjekte ohne Mieterhöhung rückwirkende Kraft besitze. Er hat diese Frage verneint mit der Begründung, daß „die für Mieten in der 1. Ausführ. getroffene Sonderregelung den Zweck verfolgte, in laufende Verträge nicht einzugreifen“. Hiernach ist jetzt durch authentische Auslegung der V. vom 30. Nov. 1936 klargestellt, daß der Gesetzeszweck ein anderer gewesen ist, als es die LG. Berlin und Köln angenommen hatten. Demgemäß sind auch die Schlussfolgerungen, die die Entsch. gezogen haben, in Zukunft nicht mehr aufrechtzuerhalten.

Es steht deshalb nunmehr endgültig fest, daß Mietverträge, die zwischen dem 18. Okt. und 1. Dez. 1936 geschlossen worden sind, von der PreisstoppV. nicht berührt werden, daß also in dieser Zeit vereinbarte Mieterhöhungen zulässig bleiben, auch wenn die Mieterhöhung erst nach dem 1. Dez. 1936 in Kraft treten sollte. Es liegt kein Anlaß für die Gerichte vor, von dieser authentischen Auslegung der V. durch den Reichskommissar für die Preisbildung abzuweichen und in Zukunft weiterhin etwa Mieterhöhungen, die nach dem 18. Okt. 1936 vereinbart sind, als nichtig zu behandeln.

RM. und Notar Dr. Roquette, Königsberg i. Pr.

Gesetz zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums

12. OVG. — §§ 6, 8 BWSG. Der Ruhegehaltsanspruch eines auf Grund des § 6 BWSG. in den Ruhestand versetzten Beamten setzt eine zehnjährige Dienstzeit voraus. Leitende Gemeindebeamte können nicht ein Ruhegehalt verlangen, wie wenn sie nach zwölfjähriger Dienstzeit nicht wiederernannt worden wären. †)

Der Kl. war v. 4. April 1930 ab, gewählt auf 12 Jahre, Bürgermeister der Bekl. Durch Erlaß des Preuß. MdZ. vom 18. Jan. 1934 wurde die Zuruhesetzung des Kl. auf Grund des § 6 BWSG. v. 7. April 1933 angeordnet. Die Bekl. hat darauf dem Kl. mit Wirkung v. 1. Mai 1934 ab ein Ruhegehalt von 25% seines zuletzt bezogenen Gehaltes zuerkannt. Dabei ist eine ruhegehaltsfähige Dienstzeit des Kl. von 4 Jahren und 26 Tagen Dienstzeit als Bürgermeister und 4 Jahre, 8 Monate, 12 Tage Kriegsdienstzeit) 8 Jahren, 9 Monaten und 12 Tagen zugrundegelegt worden.

Mit der Klage erstrebt der Kl. die Zuerkennung eines höheren Ruhegehaltes. Er ist der Ansicht, er müsse so gestellt werden, als wenn er nach Ablauf seiner Wahlzeit von 12 Jahren nicht wiedergewählt worden wäre. Außerdem sei seine Kriegsdienstzeit (1/2fach berechnet) den 12 Jahren hinzuzurechnen. Das Ruhegehalt sei nach dem bei dieser Dienstzeit (16 Jahre, 8 Monate und 16 Tage) sich ergebenden Hundertsatz und der entsprechenden Höhe des Gehalts zusätzlich pensionsfähige Zulage und Wohnungsgeld zu bemessen. Das LG. hat der Klage zu einem Teile stattgegeben,

und zwar ist es davon ausgegangen, daß der Kl. so behandelt werden müsse, als wenn er nach 12jähriger Dienstzeit nicht wiedergewählt worden wäre.

Gegen dieses Urteil hat die Bekl. Berufung, der Kl. Anschlußberufung eingelegt, soweit seine Klage abgewiesen ist.

Zur Entsch. steht die Frage, welches Ruhegehalt einem leitenden Kommunalbeamten zusteht, der nach § 6 BWSG. mit mehr als 6 und weniger als 12 Dienstjahren zur Ruhe gesetzt worden ist. Dazu bedarf es zuerst einer Prüfung, welche Stellung das BWSG. allgemein zum Ruhegehalt der von ihm betroffenen Beamten einnimmt. Aus dem Gesetz wie auch aus den DurchfV. ergibt sich ohne Zweifel, daß das BWSG. eine eigene Regelung des Ruhegehalts nicht enthält, namentlich keinen besonderen, von den allgemeinen Bestimmungen unabhängigen Ruhegehaltsanspruch lediglich aus der Tatsache der Entlassung oder Zuruhesetzung begründet. Das Gesetz behandelt das Ruhegehalt lediglich in § 8 und bestimmt: „Den nach §§ 3, 4 in den Ruhestand versetzten oder entlassenen Beamten wird ein Ruhegeld nicht gewährt, wenn sie nicht mindestens eine 10jährige Dienstzeit vollendet haben; dies gilt auch in den Fällen, in denen nach den bestehenden Vorschriften der Reichs- und Landesgesetzgebung Ruhegeld schon nach kürzerer Dienstzeit gewährt wird.“ Diese Vorschrift stellt sich als eine Beschränkung des Ruhegehalts, keineswegs als Begünstigung dar. Zunächst kann davon ausgegangen werden, daß der Gesetzgeber, wenn er in Verfolg beamtenpolitischer Maßnahmen eine Begünstigung der Betroffenen eintreten lassen will, dies ausdrücklich und in nicht mißzuverstehender Weise tut, wie dies z. B. im § 4 der 1. V. zum RWürgerG. v. 14. Nov. 1935 (RGBl. I, 1333) hinsichtlich der jüdischen Beamten geschehen ist. Es kann auch nicht, wie der Kl. meint, aus dem Verhältnis des 2. Halbsatzes — „dies gilt auch...“ zu dem 1. Halbsatz gefolgert werden, daß das BWSG. einen in allen Fällen und schlechthin bestehenden Anspruch auf Ruhegehalt voraussetze, den § 8 einschränke. Es ist allerdings richtig, daß der 1. Halbsatz nur eine Einschränkung in den Fällen darstellen kann, die der Halbsatz 2 anzieht, in denen nämlich nach bestehenden Vorschriften der Reichs- und Landesgesetzgebung Ruhegehalt schon bei einer kürzeren Dienstzeit als 10 Jahre gewährt wird. Der Halbsatz 1 hat demnach nur ein Anwendungsgebiet im Rahmen des Halbsatzes 2; dem entspricht die Verknüpfung durch: „dies gilt auch...“ nicht. Es erhebt aber aus dem ganzen Zusammenhange, daß es sich dabei nur um eine schlechte Fassung des Grundgedankens handelt, demgemäß die von den §§ 3, 4 betroffenen Beamten auch einer günstigeren Regelung des Ruhegeldes verlustig gehen und nur nach 10 Jahren Dienstzeit als der ungünstigsten Regelung ruhegehaltsberechtigt sein sollen.

In dem Sinne, daß nur die allgemeinen ruhegehaltlichen Vorschriften gelten und das BWSG. keineswegs einen eigenen Anspruch auf Ruhegehalt begründet hat, wird das Gesetz auch durch die DurchfV. erläutert; da das Gesetz keine eigene widersprechende Regelung enthält, ist die ergänzende Regelung in den DurchfV. verbindlich, ohne daß es einer Prüfung bedarf, ob die DurchfV. nicht in gleicher Weise die Bedeutung von Gesetzen haben wie das BWSG. selbst und es daher auch hätten abändern können. So bestimmt die 3. DurchfV. v. 6. Mai 1933 (RGBl. I, 245) zu § 6 Ziff. 3: „Bei einer Versetzung in den Ruhestand nach § 6 sind die einschränkenden Vorschriften des § 8 nicht anzuwenden.“

Zu § 8: „Voraussetzung für die Gewährung eines Ruhegehalts ist, daß nach den bestehenden allgemeinen Vorschriften Ruhegehalt an sich zuständig ist oder gewährt werden kann.“

Die 4. DurchfV. v. 18. Juli 1933 (RGBl. I, 515) zu § 6 Ziff. 3: „Bei einer Versetzung in den Ruhestand nach § 5 Abs. 2, § 6 finden die allgemeinen versorgungsrrechtlichen Vorschriften Anwendung, bei geringerer als 10jähriger ruhegehaltfähiger Dienstzeit auch § 39 des RW.“ Damit ist mit nicht zu überbietender Klarheit ausgedrückt, daß im Rahmen des BWSG. ein Ruhegeldanspruch nur nach den für den betreffenden Beamten gel-

tenden allgemeinen Vorschriften bestehen kann, und zwar nur auf Grund der von dem Beamten wirklich geleisteten oder nach den allgemeinen Vorschriften anzurechnenden Dienstzeit; irgendeine Fiktion und Behandlung „als ob“ kann nicht in Frage kommen. Das ergibt sich besonders deutlich aus der angeführten Vorschrift der 4. Durchf. D. Dort ist besonders der Fall hervorgehoben, daß der Beamte noch nicht 10 Dienstjahre hat und dafür auf die Anwendung des § 39 RWG. verwiesen, wonach den Beamten in Gnadenwege ein Ruhegehalt gezahlt werden kann. Damit ist in nicht mißzuverstehender Weise gesagt, daß ein Beamter, der nach den allgemeinen Vorschriften bei einer Dienstzeit unter 10 Jahren keinen Anspruch auf Ruhegehalt hat, einen Anspruch im Rechtsinne auch nicht im Rahmen des RWG. haben kann. Zugleich wird damit die Annahme des Rl. und des O. widerlegt, daß der Sinn des Gesetzes sei, der nach § 5 Abs. 2, § 6 zur Ruhe gesetzte Beamte werde so behandelt, „als ob“ er eine 10jährige Dienstzeit habe. Wenn das gewollt gewesen wäre, hätte es in der 4. Durchf. D. heißen müssen, daß es bei geringerer als 10jähriger Dienstzeit so angesehen werden solle, als ob die 10 Dienstjahre zurückgelegt seien. Durch die Verweisung auf die gnadenweise Gewährung eines Ruhehaltes ist festgestellt, daß ein Anspruch im Rechtsinne unter Annahme einer Fiktion nicht in Frage kommen kann.

Angeichts dieser gesetzlichen Regelung kann der Senat die gegenteilige Auffassung von Heyland (JW. 1933, 1167 II letzter Absatz) und MinK. im MdZ. Fischbach (Komm. z. BWSG., Guttentagsche Sammlung Nr. 82a, zu § 6 S. 32), daß nach dem Willen des Gesetzes die Verweisung in den Ruhestand gem. § 6 eine solche „mit Ruhegeld“ bedeute, nicht für richtig halten. Wenn Fischbach für seine Meinung noch heranzieht, daß § 24 RWG. jedem auch noch nicht 10 Jahre im Dienst stehenden Beamten ein Mindestruhegeld von $\frac{50}{100}$ sichere, und daraus folgert, daß billigerweise dem von dem schärferen § 6 BWSG. erfaßten Beamten ein Mindestruhegeld von $\frac{35}{100}$ zuerkannt werden müsse, indem die vom RWG. geforderte Dienstunfähigkeit durch eine entsprechende Fiktion nach § 6 ersetzt werde, so vermag der Senat dem nicht zu folgen. Und zwar schon deshalb nicht, weil es sich bei dem dort geregelten einseitigen Ruhestand um etwas ganz anderes handelt als bei dem Ausscheiden nach dem BWSG.; denn dort behält der Staat den Beamten noch im Beamtenverhältnis und hält eine spätere Dienstleistung für möglich, während er im BWSG. aus besonderen Gründen sein Ausscheiden verlangt. Außerdem steht der Heranziehung dieser Regelung entgegen, daß auch ein solcher Beamter, wenn er vor Zurücklegung von 10 Dienstjahren aus dem einseitigen in den endgültigen Ruhestand treten müßte, einen „Anspruch“ auf Ruhegeld nicht haben würde. Um für andere Fälle getroffene Regelungen unter einer Behandlung „als ob“ (Fiktion) heranziehen zu können, müßte die gesetzliche Regelung irgendeinen Anhalt bieten, es ist aber gerade das Gegenteil klar zum Ausdruck gebracht.

Aus dem Gesetz und seinen Durchf. D. ergibt sich folgende Einstellung des Gesetzes: An sich sind für den Anspruch auf Ruhegeld außer der Erreichung der pensionsfähigen Mindestdienstzeit (bei Staatsbeamten im allgemeinen 10 Jahre) besondere Gründe Voraussetzung für den Ruhegehaltsanspruch. So bei Staatsbeamten die Dienstunfähigkeit oder die Erreichung der Altersgrenze, bei anderen Beamten kommen noch weitere Gründe hinzu, so z. B. bei den leitenden Kommunalbeamten die Nichtwiederwahl. Bei Anwendung lediglich dieser allgemeinen versorgungsrechtlichen Grundsätze würde auch ein Beamter, der die Mindestdienstzeit (z. B. beim Staatsbeamten 10 Dienstjahre) hat, bei einer Zuruhesetzung aus dem BWSG. kein Ruhegeld erhalten können, weil die eigentlichen Voraussetzungen, nämlich Dienstunfähigkeit oder Erreichung der Altersgrenze usw., fehlen. Wenn nun das BWSG., das gerade eine Entlassung und Zuruhesetzung aus anderen als den bisher bestehenden allgemeinen Gründen ermöglichen will, von einem Anspruch auf Ruhegeld gemäß den allgemeinen Vorschriften ausgeht, so kommt darin zum Ausdruck, daß außer der Mindestdienstzeit für den jeweiligen

Beamten die Erfüllung der sonst bestehenden allgemeinen Voraussetzungen, wie Dienstunfähigkeit, Altersgrenze, Nichtwiederwahl, nicht vorzuziehen brauchen (vgl. auch RWG. 149, 58 ff. = JW. 1936, 381⁵). Das BWSG. hat dadurch, wie dies auch andere Gesetze getan haben, die allgemeinen versorgungsrechtlichen Vorschriften insofern beeinflusst, als es an Stelle der besonderen Gründe für die Entziehung des Ruhegeldanspruches die Entlassung oder die Zuruhesetzung aus dem BWSG. gesetzt hat. Es bedarf daher weder zur Begründung des Anspruchs auf Ruhegeld bei Vorliegen der für den Beamten vorgesehenen Mindestdienstzeit der Unterstellung, er sei dienstunfähig oder nicht wiedergewählt worden, noch ist es berechtigt, auf dem Wege über eine solche Unterstellung den Willen des Gesetzes, daß es auf die wirklich abgeleitete (anzurechnende), nicht aber auf eine fingierte Dienstzeit ankommen soll, umzubiegen. Hierin besteht auch kein Unterschied zwischen Staatsbeamten und leitenden Kommunalbeamten. Zunächst läßt das BWSG. selbst für einen solchen Unterschied nichts erkennen. Auch aus der heute fortbestehenden Regelung des Ruhegeldes für leitende Kommunalbeamte, die eine Begünstigung für sie vorsieht, ist nichts zu folgern. Soweit diese Beamten gegenüber anderen dadurch bevorzugt sind, daß sie bereits mit einer Dienstzeit von sechs Jahren ruhegeldberechtigt sind, bleibt ihnen diese Begünstigung ja auch jetzt gewahrt; denn sie erhalten nach sechs Jahren $\frac{25}{100}$ an Ruhegeld, während ein Staatsbeamter, der zwischen 6 und 10 Dienstjahren zur Ruhe gesetzt wird, gar nichts erhält. Es spricht aber nichts dafür, daß darüber hinaus noch eine Bevorzugung gewollt gewesen sein könnte und diese Beamten so behandelt werden sollten, als seien sie nicht wiedergewählt worden. In diesem Sinne kann auch nicht der Erlaß des MdZ. v. 7. Nov. 1933 (MBl. 1338a) verstanden werden. Wenn darin angeordnet wird, daß die auf Grund der §§ 5 und 6 in den Ruhestand tretenden Wahlbeamten im Gegensatz zu den nach §§ 3, 4 entlassenen den infolge Dienstunfähigkeit oder Wiederwahl ausscheidenden Beamten i. S. des § 65 öStD. gleichstehen sollen, so folgt schon aus der in dem „oder“ liegenden wahlweisen und gleichen Nebeneinanderstellung von Dienstunfähigkeit und Nichtwiederwahl, daß nicht eine Fiktion der Nichtwiederwahl gewollt sein kann. Denn da die gemäß dem BWSG. ausscheidenden Beamten nicht im wahren Sinne entsprechend der bisherigen Auffassung — nämlich wegen geistiger oder körperlicher Schwäche — dienstunfähig sind, so ist nicht zu ersehen, nach welchem Maßstabe und wann die in ihren Wirkungen verschiedene Behandlung als dienstunfähig oder nicht wiedergewählt eintreten soll. Diese gleichmäßige Nebeneinanderstellung weist auf den wahren Sinn des Erlasses hin: Er will nur besagen, daß im Gegensatz zu den nach §§ 3, 4 entlassenen Beamten, die in der pensionsfähigen Dienstzeit benachteiligt sind, die nach §§ 5, 6 in den Ruhestand tretenden Wahlbeamten ohne Benachteiligung in der Berechnung ihrer Dienstzeit so behandelt werden sollen, wie es § 65 öStD. vorsieht. Dort ist ja auch bei eintretender Dienstunfähigkeit „oder“ Nichtwiederwahl eine Pension von $\frac{1}{4}$ des Gehalts nach 6jähriger Dienstzeit“ vorgesehen, obwohl die Nichtwiederwahl nur nach 12jähriger Dienstzeit in Frage kommt. Der Erlaß des Ministers hat daher nicht den in ihm vom Rl. gesehenen Sinn.

Wenn man aber glauben sollte, die Entlassung aus dem BWSG. in Parallele zu einem der Gründe der allgemeinen versorgungsrechtlichen Vorschriften für den Anspruch auf Ruhegeld setzen zu sollen, so wäre der entsprechendere der wegen Dienstunfähigkeit. Bei den leitenden Kommunalbeamten, deren Stellen nicht unbefestigt zu bleiben brauchen, ist der wahre Grund für die Zuruhesetzung aus § 6 BWSG. nicht die Vereinfachung der Verwaltung, sondern die Notwendigkeit ihrer Zuruhesetzung im Interesse des Dienstes. Das bedeutet, daß der Staat diese Beamten für eine dem Interesse des Dienstes gerecht werdende Tätigkeit nicht für fähig hält; d. h. die Beamten sind nicht aus körperlicher oder geistiger Schwäche, sondern aus anderen in ihnen liegenden Gründen nicht mehr zu dem vom Staate gewünschten und für notwendig gehaltenen Dienste für fähig angesehen worden. Auch aus diesen Gesichtspunkten spricht alles gegen eine Unter-

stellung, als ob der zur Ruhe gesetzte leitende Kommunalbeamte nicht wiedergewählt worden wäre.

Der Senat kommt sonach zu dem Ergebnis, daß für den Pensionsanspruch des Kl. allein die Dienstzeit maßgebend ist, die sich aus seiner Tätigkeit als Bürgermeister und der Anrechnung seiner Kriegsdienstzeit ergibt. Daraus folgt, daß die weitergehenden Ansprüche, wie sie dem Kl. vom LG. zubilligt worden sind und erst recht die in seiner Anschlußberufung geltend gemachten unbegründet sind.

(OLG. Kassel, 1. Zivilsen., Urt. v. 27. Mai 1936, 1 U 15/36.)

Anmerkung: Die Entsch. halte ich für zutreffend. Wenn gleich sie mit in ihr angeführten Äußerungen des Schrifttums in Widerspruch steht, kann sie mit dem gleichfalls in ihr bezeichneten RdEntl. d. PrMdZ. v. 7. Nov. 1933 (Pr-MBl. 1338a) in Einklang gebracht werden. Bemerkte sei noch, daß das für die Einlegung der Rev. nachgesuchte Armenrecht vom RG. verjagt worden ist. Daraufhin ist die Entsch. rechtskräftig geworden.

Das Beamtenrecht des Reichs und der Länder läßt die Versetzung von Beamten in den Ruhestand nur beim Vorliegen ganz bestimmter, in den beamtenrechtlichen Vorschriften erschöpfend aufgeführter und genau bezeichneter Voraussetzungen zu. Für fast alle Beamten gemeinsam sind das Erreichen der Altersgrenze und der Eintritt dauernder Dienstunfähigkeit, bei den preuß. Landesbeamten daneben auch noch der nach Vollendung des 60. Lebensjahres gestellte Antrag Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Zuruhefetzung. Das BWSG. hat drei neue, gegenüber allen Beamten geltende Tatbestände eingeführt. Von ihnen ist die Zuruhefetzung nicht arischer Beamten (§ 3 BWSG.) inzwischen wieder außer Kraft getreten. Nach § 5 Abs. 2 BWSG. sind aber jetzt noch Beamte in den Ruhestand zu versetzen, wenn sie ihre Zuruhefetzung an Stelle ihrer Versetzung in ein anderes Amt von geringerem Rang und planmäßigem Dienst Einkommen beantragen; ferner ermächtigt § 6 BWSG. die Behörden, Beamte zur Vereinfachung der Verwaltung oder im Interesse des Dienstes in den Ruhestand zu versetzen. Nach geltendem Beamtenrecht (anders §§ 88, 91 des neuen Deutschen Beamtengesetzes) ist der Eintritt eines Beamten in den Ruhestand, einerlei welcher der vorgenannten Tatbestände ihm zugrunde liegt, nicht zwangsläufig mit einem Ruhegehaltsanspruch verknüpft. Es gibt Ruhestandsbeamte, die kein Ruhegehalt beziehen; in bestimmten Fällen kann ihnen nach Ermeßen der zuständigen Behörden Ruhegehalt gewährt werden. Ob und in welcher Höhe ein Anspruch auf Zahlung von Ruhegehalt entsteht, bestimmt sich nach den versorgungsrechtlichen Vorschriften des Beamtenrechts. Sie lassen ausnahmslos in allen Fällen der Versetzung eines Beamten in den Ruhestand einen Ruhegehaltsanspruch nur nach Zurücklegung einer ruhegehaltfähigen Dienstzeit von bestimmter Mindestdauer entstehen. Während die §§ 8 und 9 BWSG. für die Fälle der Zuruhefetzung auf Grund des § 3 BWSG. (und der Entlassung nach § 4 BWSG.) besondere, dem Beamten nachteilige Anforderungen an die Berechnung der ruhegehaltfähigen Dienstzeit stellen, finden in den Fällen der §§ 5 Abs. 2 und 6 BWSG., wie das OLG. zutreffend ausführt, die allgemeinen Vorschriften über das Ruhegehalt Anwendung, da für diese Fälle besondere Anordnungen nicht getroffen worden sind, die Durchf. D. vielmehr ausdrücklich auf die allgemeinen Ruhegehaltsvorschriften verweisen.

Die vorstehend ange deuteten Grundsätze gelten in allgemeinen auch für Gemeinde- und sonstige Kommunalbeamte. In Preußen ist jedoch für die leitenden Gemeindebeamten, die früher für eine bestimmte Amtszeit gewählt wurden, jetzt aber nach der DGemD. für 12 Jahre ernannt werden, in § 65 öStD. und den entsprechenden Vorschriften der sonstigen Gemeindeverfassungsg. bestimmt worden, daß ihnen bei eintretender Dienstunfähigkeit und im Falle der Nichtwiederwahl ein bestimmtes Ruhegehalt zu zahlen ist. Diese Bestimmung enthält für das Versorgungsrecht der leitenden Gemeindebeamten in Preußen zwei Besonderheiten, von denen die eine das allgemeine Versorgungsrecht ergänzt, während die andere

eine Abweichung von den allgemeinen Grundsätzen darstellt: Einmal läßt die Vorschrift den Eintritt leitender Gemeindebeamten in den Ruhestand — abgesehen von den allgemeinen geltenden Tatbeständen — auf Grund eines besonderen Tatbestandes, nämlich des Ablaufs der Amtszeit zu. Sodann wird die für das Entstehen eines Ruhegehaltsanspruchs erforderliche Mindestdienstzeit für den Fall der Zuruhefetzung wegen dauernder Dienstunfähigkeit in Abweichung von den allgemein geltenden Grundsätzen auf sechs Jahre festgesetzt.

Mit Recht hat das OLG. es abgelehnt, die besonderen Vorschriften des § 65 öStD. auf die Zuruhefetzung eines leitenden Gemeindebeamten anzuwenden, der § 6 BWSG. zugrunde liegt. Wenn nach § 65 der leitende Gemeindebeamte beim Ablauf seiner Amtszeit in jedem Falle Ruhegehalt beanspruchen kann, so ist zu bedenken, daß der Ablauf der Amtszeit eine ruhegehaltfähige Dienstzeit von 12 Jahren in sich schließt, daß also nicht nur die in § 65 öStD. erforderliche Mindestdienstzeit von 6 Jahren, sondern auch die allgemein nach den versorgungsrechtlichen Bestimmungen für das Entstehen eines Ruhegehaltsanspruchs vorausgesetzte Dienstzeit von 10 Jahren überschritten ist. Nur auf dieser Erwägung beruht es, daß in den Fällen des Ablaufs der Amtszeit eines leitenden Gemeindebeamten der Ruhestand nicht ohne Ruhegehaltsanspruch begründet werden kann. Dagegen kann aus § 65 nicht etwa entnommen werden, daß der Ablauf der Amtszeit bei leitenden Gemeindebeamten einen Fall der Zuruhefetzung darstelle, in dem ein Ruhegehaltsanspruch in Abweichung von allen sonstigen versorgungsrechtlichen Grundsätzen ohne Rücksicht auf die Dauer der ruhegehaltfähigen Dienstzeit entstehe. Wenn also die Auffassung vertreten wird, daß beim Eintritt in den Ruhestand nach Ablauf der Amtszeit weitere Voraussetzungen für das Entstehen eines Ruhegehaltsanspruchs nicht erfordert würden und daß es deshalb auch in anderen, dem Ablauf der Amtszeit gleichzustellenden Fällen der Zuruhefetzung eines leitenden Gemeindebeamten auf die Dauer der ruhegehaltfähigen Dienstzeit nicht ankomme, so ist bereits der Ausgangspunkt dieser Erwägung unzutreffend. Von der Feststellung, ob ein in den Ruhestand tretender Beamter die für den Ruhegehaltsanspruch erforderliche ruhegehaltfähige Mindestdienstzeit zurückgelegt hat, kann beim Ablauf der Amtszeit eines leitenden Gemeindebeamten nur deshalb abgesehen werden, weil die Mindestdienstzeit in der Amtszeit enthalten ist; in allen anderen Fällen der Zuruhefetzung muß die Mindestdauer der ruhegehaltfähigen Dienstzeit zurückgelegt sein. Deshalb kann hinsichtlich der Frage, ob ein Ruhegehaltsanspruch entstanden ist, kein anderer Tatbestand der Zuruhefetzung dem Ablauf der Amtszeit gleichgestellt werden. Noch weniger verständlich ist es, daß das OLG., soweit der mitgeteilten Entsch. entnommen werden kann, den Kl. so behandeln wollte, als sei er nach 12jähriger Dienstzeit nicht wiedergewählt worden, seinem Ruhegehalt aber gleichwohl eine kürzere Dienstzeit zugrunde legte.

Der Kl. konnte somit ohne Zurücklegung der erforderlichen Mindestdienstzeit Ruhegehalt nicht beanspruchen. Auch bei Reichsbeamten und unmittelbaren preuß. Landesbeamten ist mit einer Versetzung in den Ruhestand auf Grund des § 6 BWSG. in manchen Fällen Anspruch auf Ruhegehalt nicht verbunden. In der Frage, welche Dienstzeit bei leitenden Gemeindebeamten in Preußen den Ruhegehaltsanspruch entstehen läßt, hat das OLG. die aus § 65 öStD. entnommene Frist von 6 Jahren zugrunde gelegt, während das OLG. einen Ruhegehaltsanspruch erst nach Zurücklegung einer 10jährigen ruhegehaltfähigen Dienstzeit zubilligen will. Auch in dieser Frage muß der Auffassung des OLG. zugestimmt werden. Denn weder kann dem § 65 öStD. entnommen werden, daß die hier für die Fälle dauernder Dienstunfähigkeit auf 6 Jahre festgesetzte Mindestdienstzeit auch in anderen Fällen der Zuruhefetzung gelten soll, noch bieten die Vorschriften des BWSG. einen Anhalt für die Annahme, daß bei ihrer Anwendung von der Erfüllung der allgemeinen 10jährigen ruhegehaltfähigen Dienstzeit abgesehen werden könne.

MinR. Dr. Wittland, Berlin.

Konkursordnung

13. RG. — § 15 KO.; § 398 BGB.

1. Sind aufschiebend bedingte Forderungen vor Konkurseröffnung abgetreten worden, so gehören sie nicht zur Konkursmasse.

2. Sind zukünftige Forderungen vor Konkurseröffnung abgetreten und danach erst wirksam geworden, so gehören diese Forderungen, wenn die sonstigen Voraussetzungen erfüllt sind, zur Konkursmasse.

Nach § 15 KO. können Rechte an den zur Konkursmasse gehörigen Gegenständen nach der Eröffnung des Konkursverfahrens nicht mit Wirksamkeit gegenüber den Konkursgläubigern erworben werden, auch wenn der Erwerb nicht auf einer Rechtsänderung des Gemeinschuldners beruht. Aufschiebend bedingte Forderungen werden vom Gesetz als bereits bestehend behandelt (RGZ. 69, 421 = JW. 1909, 11), insbes. gilt dies auch im Konkursverfahren (§§ 54, 67, 154 KO.). Sie scheiden daher bereits mit ihrer Abtretung aus dem Vermögen des bisherigen Gläubigers aus und gehören bei späterer Konkurseröffnung über sein Vermögen nicht zur Konkursmasse; eine Anwendung des § 15 KO. kommt bei ihnen also nicht in Frage. Dagegen wird die Abtretung künftiger Forderungen, die ihrem Rechtsgrunde nach zur Zeit der Abtretung noch nicht bestanden, erst dinglich wirksam, wenn die Forderungen demnächst entstehen (RGZ. 67, 167 = JW. 1907, 707; RGZ. 98, 320; vgl. auch RGZ. 149, 22 = JW. 1936, 98⁹). War zu dieser Zeit bereits das Konkursverfahren über das Vermögen des abtretenden Gläubigers eröffnet, so ist der auf der Abtretung beruhende Forderungserwerb nach § 15 KO. den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam, vorausgesetzt, daß die Forderung ohne die Abtretung zur Konkursmasse gehören würde.

(RG., VII. Zivilsen., U. v. 19. Jan. 1937, VII 186/36.) [2.]

**** 14. RG. — §§ 64, 68 KO.; §§ 93 a ff. GenG. Bei Verschmelzung zweier Genossenschaften können sich die Gläubiger der aufgenommenen Genossenschaft an das Vermögen der aufgenommenen Genossenschaft und an die aufnehmende Genossenschaft als Gesamtschuldner halten. †)**

Die Kl. waren Spargläubiger der Friedenauer Bank eGmbH. Im Jahr 1932 hat sich diese Genossenschaft gemäß §§ 93 a ff. GenG. mit der Schöneberger Bank eGmbH. in der Weise unter Ausschluß der Liquidation verschmolzen, daß die Friedenaauer Bank eGmbH. beilegte. Beide Banken waren schon zur Zeit der Verschmelzung notleidend. Im Herbst 1932 stellte die Bfkl. ihre Zahlungen ein. Am 30. Jan. 1933 kam es zum Abschluß eines Zwangsvergleichs, der aber nicht durchgeführt werden konnte. Darauf ist i. J. 1934 erneut über die Bfkl. das Vergleichsverfahren eröffnet worden, das mit gerichtlich bestätigtem Liquidationsvergleich auf Grund des Vorschlags v. 19. Jan. 1935 endigte. Eine Vereinigung des Vermögens der ehemaligen Friedenauer Bank eGmbH. mit dem der Schöneberger Bank eGmbH. hat nicht stattgefunden. In einem Vorprozeß der jetzigen Bfkl. mit einigen Altgläubigern der Friedenauer Bank eGmbH., darunter den jetzigen Kl. zu 2 und 3, ist die Frage entschieden worden, ob diese Gläubiger Anspruch auf bevorzugte Befriedigung aus dem Vermögen der Friedenauer Bank eGmbH. haben. Der auch jetzt erf. Sen. hat diese Frage in seinem Urteil v. 28. Jan. 1936, II 233/35: RGZ. 150, 115 ff. = JW. 1936, 1283² bejaht. Im vorl. Prozeß dreht sich der Streit der Parteien darum, ob die Kl. als Spargläubiger der ehemaligen Friedenauer Bank eGmbH. aus der eigenen Liquidationsmasse der Bfkl. verhältnismäßige Befriedigung für ihre gesamten Forderungen bis zu ihrer vollen Befriedigung einschließlich der ihnen aus dem Sondervermögen der früheren Friedenauer Bank zufließenden Beträge fordern können oder ob sie dies nur mit dem Betrag ihrer Sparguthaben tun dürfen, mit dem sie bei der Befriedigung aus dem Sondervermögen der aufgelösten bzw. aufgenommenen Friedenauer Bank eGmbH. ausgefallen sind. Die erste Ansicht vertreten die Kl., die letzte

die Bfkl. Die Kl. haben demgemäß Feststellungsflage dahin erhoben, daß sie ihre Sparguthaben auf Grund des bestätigten Liquidationsvergleichs bis zu ihrer vollen Befriedigung einschließlich der an sie aus dem Sondervermögen der aufgelösten Friedenauer Bank eGmbH. entfallenden Beträge geltend zu machen, berechtigt seien.

Das LG. hat nach dem Klageantrag erkannt.

Die Sprungrevision der Bfkl. blieb erfolglos.

Der Vorderrichter geht zutreffend davon aus, daß auf das Vergleichsverfahren gegen die Bfkl., weil es schon i. J. 1934 eröffnet worden war, von den in § 131 Vergl.O. vom 26. Febr. 1935 (RGBl. I, 321) aufgeführten, hier nicht in Betracht kommenden Ausnahmen abgesehen, noch die Vergl.O. v. 5. Juli 1927 (RGBl. I, 139) Anwendung findet. Er führt sodann weiter aus, daß gem. § 93 b Abs. 3 GenG. im Falle der Vollverschmelzung einer Genossenschaft mit einer anderen Genossenschaft bis zur Vereinigung der beiden Vermögen im Verhältnis der Gläubiger der aufgelösten Genossenschaft zu der übernehmenden Genossenschaft und deren Gläubigern das übernommene Vermögen noch als Vermögen der aufgelösten Genossenschaft gelte. Diese Vorschrift bezwecke, entsprechend der für die Verschmelzung von AktG. geltenden Bestimmung des § 306 Abs. 4 HGB., die Gläubiger der aufgelösten Genossenschaft gegenüber den Gläubigern der übernehmenden Genossenschaft besonders zu schützen. Leitend sei dabei der Gedanke, daß die Gläubiger der aufgelösten Genossenschaft aus deren Vermögen unter Hintanzetzung der übrigen Gläubiger der übernehmenden Genossenschaft Befriedigung in gleicher Weise suchen könnten, wie wenn ein Übergang des Vermögens der aufgelösten Genossenschaft nicht erfolgt wäre und die Liquidation dieser Genossenschaft stattfände (f. a. RGZ. 84, 242). Diese Behandlung des zweckgebundenen Vermögens erwecke die Vorstellung, daß insoweit zugunsten ihrer Gläubiger die übernommene Genossenschaft als Rechtspersönlichkeit noch fortbestehe. Dementsprechend habe das RG. in dem Erkenntnis RGZ. 87, 434 ff. = JW. 1916, 407 die Möglichkeit anerkannt, daß der Konkursverwalter für den Sonderkonkurs des Vermögens der übernommenen AktG. gegen den Konkursverwalter der übernehmenden Gesellschaft aussondernd auf Feststellung klagen könne, daß bestimmte Forderungen zum Sondervermögen der aufgelösten Gesellschaft gehörten. Bei dieser starken Verschärfung des Vermögens der aufgelösten Gesellschaft gegenüber den Gläubigern der Übernehmerin rechtfertige sich auch der Schluß, daß sich beide Vermögenskreise im Hinblick auf die Gläubiger der aufgelösten Genossenschaft selbständig wie eigene Rechtspersönlichkeiten gegenüberständen und deshalb die Gläubiger der übernommenen Genossenschaft wie bei der Gesamthaltung mehrerer Personen das Recht des Doppelzugriffs entsprechend der Vorschrift des § 68 KO. auch auf das Vermögen der übernehmenden Genossenschaft hätten. Daß dabei die Gläubiger der aufgelösten Genossenschaft besser stünden als die Gläubiger der übernehmenden sei deshalb gerechtfertigt, weil die übernehmende Genossenschaft in der Zwischenzeit mit dem Vermögen der übernommenen habe weiterarbeiten können und für diesen Vorteil die eigene Haftung gegenüber den Gläubigern der aufgelösten Genossenschaft zu übernehmen habe. Allerdings könnten nach §§ 234 und 64 KO. beim Zusammentreffen von Nachlaß- und Eigenkonkurs des Erben die Nachlaßgläubiger, denen der Erbe unbeschränkt hafte, zu dessen Eigenkonkurs nur den Ausfall ihrer Forderungen im Nachlaßkonkurs anmelden. Damit beschränke diese Vorschrift ausdrücklich das Befriedigungsrecht der Nachlaßgläubiger. Diese Beschränkung sei jedoch nicht entsprechend auf den Fall des Eigenkonkurses oder Vergleichsverfahrens der übernehmenden Genossenschaft anzuwenden. Denn nach dem Zweck des § 93 b GenG. sollten eben die Gläubiger der aufgelösten Genossenschaft in ihren Befriedigungsmöglichkeiten nicht beschränkt werden, sondern einen besonderen Rechtsschutz genießen.

Die Rev. rügt demgegenüber Verletzung des § 68 KO. durch Anwendung, des § 64 KO. durch Nichtanwendung. Sie meint, § 234 KO. sei keine Ausnahmebestimmung, drücke vielmehr einen allgemeinen Grundsatz aus, der überall da eingreife, wo es sich um eine gesetzliche Schuldennachfolge auf

Grund Gesamtrechtsnachfolge in ein Vermögen handele, das für die Haftung noch als „relativ“ selbständig behandelt werde.

In der Sache selbst ist im Ergebnis der Auffassung des O.G. beizustimmen.

Es kommt einzig und allein darauf an, ob die Kl. die liquidationsmäßigen Ausschüttungen auf den vollen ziffermäßigen Betrag ihrer Sparguthaben oder nur in Höhe des bei der Ausschüttung des Vermögens der aufgenommenen Friedenauer Bank eGmbH. erlittenen Ausfalls verlangen können, m. a. W. ob sie an der eigenen Liquidationsmasse der Bekl. nach Art aussonderungsberechtigter Gläubiger (§ 68 R.D.) oder nur nach Art Absonderungsberechtigter (§ 64 R.D.) beteiligt sind. Weder die Vergl.D. v. 5. Juli 1927 noch die v. 26. Febr. 1935 enthalten insoweit eine ausdrückliche Vorschrift. Wie schon erwähnt, ist in der letzten Vergl.D. die Vorsatzung, daß die Gesellschaft bzw. Genossenschaft zur Zeit der Einleitung des Vergleichsverfahrens nicht aufgelöst war, nicht mit übernommen. Aus den Bestimmungen der §§ 90, 92 Nr. 7, 93 Vergl.D. v. 5. Juli 1927 ergibt sich sodann, daß ihr die Möglichkeit eines Sondervergleichsverfahrens oder zweier nebeneinander hergehenden Vergleichsverfahren über Sondervermögen derselben Rechtspersönlichkeiten bekannt und mit Gegenstand besonderer Regelung gewesen ist, die im einzelnen eine verschiedene Ausgestaltung erfahren hat. Anlangend den Fall des Vergleichsverfahrens über einen Nachlaß im Zusammenreffen mit einem eben solchen Verfahren über das Eigenvermögen des Erben, so verweist § 92 Nr. 7 Vergl.D. v. 5. Juli 1927 insoweit auf § 234 R.D., wonach die Nachlassgläubiger, denen der Erbe unbeschränkt haftet, im Eigenkonkurs des Erben nur die Rechte haben, die ihnen zustehen würden, wenn der Nachlaß eine ihrer abgeordneten Befriedigung unterliegende Vermögensmasse wäre (§ 234 Abs. 1 R.D. verglichen mit § 64 das.), vorausgesetzt freilich, daß nicht die Eigenhaftung des Erben sich unabhängig von seiner Erbengemeinschaft aus besonderen Rechtsgründen (z. B. Bürgschaft, Schulübernahme) ergibt (siehe jetzt § 113 Nr. 8 Vergl.D. v. 26. Febr. 1935). Eine solche Sonderregelung ist für den Fall der Vollverschmelzung zweier Genossenschaften und der Eröffnung des Vergleichsverfahrens vor zulässiger Vereinigung des Vermögens der übernommenen Genossenschaft mit dem der übernehmenden ebensowenig getroffen, wie für den rechtsähnlich liegenden Fall der Verschmelzung zweier AktG. (§ 306 HGB.). Es kann sich also nur darum handeln, ob aus dem Wortlaut, Sinn und Zweck der in Betracht kommenden Vorschriften in Verbindung mit ihrer Entstehungsgeschichte sowie etwa mit der Rechtslage bei anderen im Gesetz ausdrücklich geregelten Fällen ähnlicher Art bestimmte Schlüsse in der einen oder anderen Richtung zu ziehen sind. Dies ist zu bejahen, und zwar muß entgegen der Auffassung der Rev. insoweit grundsätzlich dem O.G. beigetreten werden. Im einzelnen gilt folgendes:

a) Die Vorschriften der §§ 93a—93d GenG. sind durch das Gesetz zur Änderung des Gesetzes betr. die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften v. 1. Juli 1922 (RGBl. 567) in das GenG. eingefügt worden. Es sollte so eine Erleichterung der Verschmelzung von eingetragenen Genossenschaften herbeigeführt werden. Dabei sind die §§ 93a—93d GenG. weitestgehend den Vorschriften der §§ 303—306 HGB. nachgebildet, soweit eben nicht die Rechtsform der eingetragenen Genossenschaft ohnehin eine Abweichung nötig machte. Für die hier zu entscheidende Frage kommt einerseits §§ 93a Abs. 4, 93b Abs. 2, 3 GenG., andererseits §§ 304 Abs. 5 und 306 Abs. 3 und 4 HGB. in Betracht. Sie stimmen ihrem sachlichen Kern nach hinsichtlich des Schuldenübergangs, der Schuldenhaftung, der Regelung der Ansprüche der Gläubiger der aufgenommenen Genossenschaft bzw. Gesellschaft völlig überein. Deshalb ist auch für die Auslegung der §§ 93a Abs. 4 und 93b Abs. 2 und 3 GenG. die Entstehungsgeschichte der §§ 304, 306 HGB. nicht ohne Belang. Die Denkschrift zum HGB. führt hierzu auf S. 168 aus:

„Danach soll bis zur Vereinigung der beiden Vermögen im Verhältnis der Gläubiger der aufgelösten Gesellschaft zu der übernehmenden Gesellschaft und deren sonstigen Gläu-

bigern das übernommene Vermögen noch immer als Vermögen der aufgelösten Gesellschaft gelten. Eine Regelung in diesem Sinne verdient den Vorzug vor der Einräumung eines Konkursvorrechts. Denn ein solches auf einen Teil des Vermögens der übernehmenden Gesellschaft beschränktes Vorrecht würde mit den Grundsätzen der R.D. nicht im Einklang stehen und den Gläubigern überdies keinen Schutz gegen Zwangsvollstreckungen außerhalb des Konkursverfahrens bieten. Die im Entwurf vorgesehene Regelung ermöglicht gegebenenfalls auch die Eröffnung eines besonderen Konkursverfahrens über das Vermögen der aufgelösten Gesellschaft nach Maßgabe des § 207 Abs. 2 R.D. Was die Frage betrifft, ob die Rechte der Gläubiger der aufgelösten Gesellschaft gegenüber allen sonstigen Gläubigern der übernehmenden Gesellschaft oder nur gegenüber denjenigen anerkannt werden sollen, deren Forderungen bereits vor der Vereinigung beider Gesellschaften begründet waren, so entscheidet der Entwurf diese Frage im ersten Sinn.“

Die von dem Gesetz angeordnete getrennte Verwaltung des Vermögens der übernommenen Gesellschaft als eines Sondervermögens ist danach im Interesse der Gläubiger der letzten Gesellschaft bzw. Genossenschaft angeordnet und so, wie gesehen, eigenartig und besonders ausgestaltet worden gerade auch zu dem Zweck, um diesen Gläubigern einen wirklich ausreichenden durchschlagenden Schutz gegenüber Einzelzugriffen der Gläubiger der übernehmenden Gesellschaft bzw. Genossenschaft zu bieten, auch einen Sonderkonkurs nach § 207 Abs. 2 R.D. über dieses Vermögen zu ermöglichen. Auf der Hand liegt, daß der Schutz der Gläubiger der übernommenen Genossenschaft, wenn ihnen gegen Vollstreckungsmaßnahmen der Gläubiger der übernehmenden Gesellschaft oder Genossenschaft nur ein Widerspruch auf Grund eines Pfand- oder Vorzugsrechts, wie es z. B. § 805 ZPO. im Auge hat, zusteht, leicht versagen könnte. Einmal stünde dieses Recht nur den Gläubigern der übernommenen Gesellschaft, nicht auch dieser selbst zu. Sodann könnte es sehr wohl so liegen, daß ihre Forderungen noch gar nicht fällig sind, sie auch wegen ihrer künftigen Bezahlung keine Beforgnisse zu hegen bräuchten. Trotzdem könnten sie aber das erheblichste Interesse daran haben, daß z. B. etwa zum Vermögen der übernommenen Gesellschaft gehörende, für die Fortsetzung des Betriebs unentbehrliche Maschinen erhalten bleiben. Mit einem bloßen Recht auf vorzugsweise Befriedigung, wie es z. B. im Konkurs nach §§ 47, 64 R.D. den absonderungsberechtigten Gläubigern zusteht, wäre den Gläubigern der übernommenen Gesellschaft in Fällen dieser Art nicht gebient. Ganz anders verhält es sich dann, wenn den Gläubigern der übernommenen Gesellschaft ein im Erfolg der Aussonderung ähnlicher Rechtsschutz eingeräumt wird. Denn in diesem Falle muß rechtlich die Sache im Verhältnis dieser Gläubiger zu der übernehmenden Genossenschaft und deren Gläubigern, solange es noch nicht (unter den gesetzlichen Voraussetzungen) zu einer Vereinigung der beiden Vermögensmassen gekommen ist, so angesehen werden, wie wenn die übernehmende Gesellschaft bzw. Genossenschaft gar nicht Eigentümerin des Vermögens (die sie ja in Wirklichkeit ist) wäre, dieses Vermögen vielmehr einer von ihr verschiedenen Rechtspersönlichkeit gehören würde, dann könnten die Gläubiger der übernommenen Gesellschaft bzw. Genossenschaft jederzeit gem. § 771 ZPO. Vollstreckungsmaßnahmen der übrigen Gläubiger in dieses Vermögen widersprechen. Einen solchen Widerspruch kann auch die Gesellschaft selbst erheben; es muß dies sogar seitens ihres Vorstandes geschehen, weil es sich insoweit um eine ihm während der Trennung der beiden Vermögensmassen pflichtmäßig den Gläubigern der übernommenen Genossenschaft gegenüber obliegende Verwaltungsmaßnahme handelt. Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrats machen sich diesen Gläubigern gegenüber persönlich verantwortlich (§ 306 Abs. 5 HGB. und § 93b Abs. 5 GenG.), wenn sie es insoweit an der gebotenen Sorgfalt fehlen lassen. Ganz offensichtlich wollte das Gesetz den Gläubigern der übernommenen Gesellschaft bzw. Genossenschaft einen möglichst weitgehenden Schutz angedeihen lassen. Dazu hat es sich unzweifelhaft um deswillen veranlaßt gesehen, weil im Falle einer solchen Verschmelzung diesen Gläu-

bigern besondere Gefahren drohten und ihre Rechtsstellung gegenüber der sonstigen Rechtslage im Falle eines Schuldnerwechsels auf Grund Privatrechtsgeschäfts wesentlich verschlechtert war. Sie sollten es sich gefallen lassen müssen, daß auf Grund rechtsgeschäftlicher Abmachungen zwischen ihrem bisherigen Schuldner und einem Dritten dieser an Stelle des bisherigen Schuldners trat, der eben mit der Vollverschmelzung als Rechtsträger unterging. Sie hatten rechtlich keinerlei Möglichkeit, durch ihren Widerspruch einen solchen Schuldnerwechsel zu verhindern oder sich wenigstens in die Fusionsverhandlungen einzuschalten. Kraft Gesetzes war in Abweichung von der Regel der §§ 414, 415 BGB. ihr Einverständnis nicht erforderlich, sie brauchten nicht einmal gehört zu werden. Andererseits konnten ihnen aus dem Zugriff der Gläubiger der übernehmenden Gesellschaft bzw. Genossenschaft erhebliche Gefahren drohen. Dies um so mehr, als ihnen eben rechtlich auf die Gestaltung der Verschmelzung keine Einflußnahme zustand. Dazu kommt, daß es sich bei diesen Verschmelzungen um wirtschaftliche Unternehmungen handelt mit ihren besonderen gewerblichen, betrieblichen und anderen Risiken. Bei dieser Sachlage wird es verständlich, wenn das Gesetz durch die von ihm getroffenen Maßnahmen den Gläubigern der aufgenommenen Genossenschaft einen tunlichst weitgehenden Schutz angedeihen lassen will. Dieser Zweck ist aber eben dann am ehesten und besten erreicht, wenn während der gesetzlichen Trennungszeit und bis zur gesetzmäßigen Verschmelzung der beiden Vermögensmassen den Gläubigern der übernommenen Gesellschaft bzw. Genossenschaft eine Rechtsstellung eingeräumt wird, wie sie im Erfolg den Aussonderungsberechtigten der §§ 43, 68 R.D. zusteht. Das Gesetz begnügt sich nun nicht damit, eine getrennte Verwaltung der beiderseitigen Vermögensmassen anzurorden, bestimmt vielmehr, daß sowohl in den Fällen des § 306 HGB. wie des § 93 a ff. GenG. bis zum Vollzug der Vereinigung der beiden Vermögen in Verhältnis der Gläubiger der aufgelösten Gesellschaft bzw. Genossenschaft zu der übernehmenden und deren Gläubigern das übernommene Vermögen noch als Vermögen der aufgelösten Gesellschaft oder Genossenschaft gelte. Insofern ist die getrennte Verwaltung des neuen (übernommenen) Vermögens bei der aufnehmenden Gesellschaft bzw. Genossenschaft eine Rechtseinrichtung ganz eigener Art. Denn nach der gesetzlichen Fiktion muß in dem Rahmen, für den sie aufgestellt ist, es so angesehen werden, als wenn das an sich tatsächlich und rechtlich der übernehmenden Gesellschaft bzw. Genossenschaft gehörende Vermögen gar nicht ihr, sondern immer noch einem Dritten, nämlich der übernommenen Gesellschaft, gehöre. Das besagt nichts anderes, als daß insofern rechtlich die Sache so angesehen werden muß, wie wenn das übernommene Vermögen einem anderen Rechtsträger als der übernehmenden Gesellschaft bzw. Genossenschaft zustände, nämlich zwei Rechtsträger vorhanden wären, von denen der eine — fiktive — das Sondervermögen der übernommenen Gesellschaft bzw. Genossenschaft repräsentiert, der andere das übrige Vermögen der übernehmenden Gesellschaft oder Genossenschaft. Die Entstehungsgeschichte, Wortlaut, Sinn und Zweck der Vorschriften stimmen mit dieser Deutung durchaus überein.

Das Gesetz hat es aber weiter in den Fällen des § 306 HGB. und denen der §§ 93 a ff. GenG. bei dieser Schutzmaßnahme zugunsten der Gläubiger der übernommenen Gesellschaft bzw. Genossenschaft nicht bewenden lassen, vielmehr folgt aus § 306 Abs. 1 HGB. i. Verb. m. § 304 Abs. 5 das. einerseits, § 93 a Abs. 4 GenG. andererseits, daß diesen Gläubigern die übernehmende Gesellschaft oder Genossenschaft nicht nur mit dem Vermögen der übernommenen Vereinigung, sondern voll und ganz auch mit dem eigenen Vermögen haftet. Die übernehmende Genossenschaft ist im Zeitpunkt des § 93 Abs. 4 GenG. schlechweg Schuldnerin dieser Gläubiger gemorden. Diese ihre Haftung ist sodann, anders als im Fall des § 419 BGB. und dem der Erbenhaftung, nicht beschränkt und nicht beschränkbar. Die übernehmende Gesellschaft hat vielmehr kraft zwingenden Gesetzes mit dem Wirksamwerden der Verschmelzung zugleich die unbeschränkte Haftung für die Schulden der aufgenommenen Gesellschaft

bzw. Genossenschaft übernommen. Insofern ist die Gesetzeslage eindeutig; auch im Schrifttum herrscht darüber Einigkeit. Das Gesetz stellt damit erichtlich bewußt und gewollt das Interesse der Gläubiger der aufgenommenen Gesellschaft bzw. Genossenschaft in den Vordergrund, denen, anders als sonst bei einem rechtsgeschäftlichen Schuldnerwechsel, jede Mitwirkung verlagert ist. Im übrigen erfährt diese gesetzliche Vorzugsstellung der Gläubiger der übernommenen Gesellschaft bzw. Genossenschaft auch insofern eine innere Rechtfertigung, als die aus der ordnungsmäßigen Verwaltung und Nutzung des übernommenen Vermögens anfallenden Reinerträge ins freie Eigenvermögen der aufnehmenden Gesellschaft bzw. Genossenschaft fallen und insofern ohne weiteres dem Zugriff der übrigen Gläubiger unterliegen.

Faßt man das Ergebnis der vorstehenden Ausführungen zusammen, so ergibt sich, daß die Gläubiger der aufgenommenen Gesellschaft bzw. Genossenschaft kraft der Fiktion des § 306 Abs. 5 HGB. und des § 93 b Abs. 3 GenG. zwei Schuldner haben, von denen ihnen jeder aufs Ganze haftet, nämlich einmal als Eigner des getrennt zu verwaltenden Vermögens der aufgenommenen Gesellschaft bzw. Genossenschaft einen fiktiven Schuldner, und im übrigen die aufnehmende Gesellschaft oder Genossenschaft selbst als wirklichen Schuldner. Die Rechtslage dieser Gläubiger gegenüber diesen ihren Schuldnern ähnelt so in allen ihren rechtswesentlichen Teilen der Stellung, wie sie Aussonderungsberechtigten i. S. der §§ 43, 68 R.D. zukommt. Ist dem aber so, dann können die Kl. an und für sich gem. § 2 VerglD. v. 5. Juli 1927 i. Verb. m. § 68 R.D., allerdings so, wie sie es wollen, ihre Ansprüche in voller Höhe auch bei der Liquidationsausstattung aus dem eigenen Vermögen der Bfkl. anmelden und nicht bloß in Höhe ihrer etwaigen Ausfallsforderung bei der Liquidation des übernommenen Vermögens.

Es könnte sich nur noch darum handeln, ob etwa ein der Bfkl. günstigeres Ergebnis sich aus anderweitigen gesetzlichen Bestimmungen herleiten läßt. Die Revision verweist in dieser Hinsicht auf die besonderen Bestimmungen über das Zusammenreffen des Vergleichs- oder Konkursverfahrens über das Vermögen des Erben, soweit dieser den Nachlassgläubigern unbeschränkt haftet, mit dem Vergleichs- oder Konkursverfahren über den Nachlass selbst (§ 92 Nr. 7 VerglD. vom 5. Juli 1927, jetzt § 113 Nr. 8 VerglD. v. 26. Febr. 1935 i. Verb. m. § 234 R.D.) sowie über das Zusammenreffen des Vergleichs- oder Konkursverfahrens über das Vermögen eines persönlich haftenden Gesellschafters einer OHG., Kommandit- oder KommanditGes. a. A. mit dem Vergleichs- oder Konkursverfahren über das Vermögen der betreffenden Gesellschaft selbst (§ 90 VerglD. v. 5. Juli 1927, jetzt § 110 VerglD. v. 26. Febr. 1935 i. Verb. m. § 212 R.D.). In diesen Fällen ist in der Tat ausdrücklich der § 64, nicht der § 68 R.D. für entsprechend anwendbar erklärt worden. Allein diese Vorschriften sprechen nicht für, sondern eher gegen die Bfkl.

Die §§ 88 ff. VerglD. v. 5. Juli 1927 (8. Abschnitt) regeln, ebenso wie die §§ 207 ff. R.D. (8. Titel) unter der Überschrift: „Besondere Bestimmungen“ ohne inneren Zusammenhang verschiedene besonders geartete Rechtsverhältnisse. Sie enthalten, ohne daß ihnen ein einheitlicher Rechtsgedanke zugrunde liegt, Sonderregelungen für einzelne Fälle nach Gesichtspunkten, wie sie jeweils für zweckmäßig erachtet worden sind. Daher lassen sich aus ihnen Schlüsse auf Fälle anderer Art nicht ziehen, am allerwenigsten auf die ganz anders gelagerten Fälle des § 306 HGB. und der §§ 93 a ff. GenG., wie nachstehend im einzelnen noch näher ausgeführt wird. Die in Rede stehenden Fälle ähneln sich nur insofern, als das Vergleichs- bzw. Konkursverfahren verschiedene Vermögensmassen umfaßt, die zwar demselben Schuldner gehören, an denen zum mindesten derselbe Schuldner beteiligt ist, die jedoch in Ansehung des betreffenden Verfahrens rechtlich als getrennte Vermögensmassen behandelt werden, als wenn sie verschiedenen Schuldnern gehörten. Dies würde mangels einer besonderen Regelung zur Folge haben, daß auf sie die Vorschrift des § 68 R.D. entsprechend anwendbar ist. Wenn nun in den §§ 88 ff. VerglD. und §§ 207 ff. R.D. für einzelne

Fälle dieser Art eine abweichende Regelung dahin getroffen ist, daß nicht § 68, sondern § 64 A.D. entsprechend angewendet werden soll, so läßt sich daraus noch nicht schließen, daß dies auch für andere Fälle gelten sollte, wo es an einer solchen Regelung fehlt (vgl. §§ 91 ff. GenG.; § 91 VerglD. vom 5. Juli 1927; § 111 VerglD. v. 26. Febr. 1935). Im Gegenteil liegt der gegenteilige Schluß näher, daß es insoweit bei der entsprechenden Anwendbarkeit des § 68 A.D. sein Bemühen haben sollte. (Wird noch weiter ausgeführt.)

Soweit ersichtlich, deckt sich auch die im Schrifttum herrschende Auffassung mit der Stellungnahme des Vorderrichters und dem hier vertretenen Standpunkt (so z. B. Jaeger, A.D., 6./7. Aufl., Anm. 21 zu §§ 207, 208 unter Aufgabe der in den früheren Auflagen vertretenen gegenteiligen Ansicht, auf die die Bskl. sich stützte; ferner Brodmann, Aktienrecht Anm. 4a, b, d zu § 306 HGB.; Nagel, GenG. Anm. 4 zu § 93 b; Lang und Weidmüller, GenG., Anm. 7 b zu § 93 a—93 d).

(RG., II. ZivSen., U. v. 9. Febr. 1937, II 209/36.) [R.]
< = RGZ. 154, 72.>

Anmerkung: Die Entsch. des RG. steht im Einklang mit der herrschenden Meinung. Trotzdem befriedigt sie nicht. Und auch das RG. scheint sich in seiner Position nicht so ganz sicher zu fühlen. Darauf läßt die aufgeworfene sorgfältige, aber auch ungewöhnlich umständliche Begründung schließen.

Der Grundgedanke, den das RG. immer wieder betont und der schließlich doch eine unbewiesene Behauptung bleibt, ist die Annahme, daß das Gesetz den Gläubigern der aufgelösten Genossenschaft eine Verstärkung ihrer bisherigen Rechtsstellung im Fall der Verschmelzung gewähren wolle. Aber der notwendige Interessenschutz für diese Gläubiger bedingt keineswegs, daß ihnen eine Verbesserung ihrer wirtschaftlichen Lage zuteil wird. Gewiß wird den Gläubigern der aufgelösten Genossenschaft der Schuldnerwechsel aufgezwungen, eine Mitwirkung hierbei ist ihnen versagt. Inbes liegt es in der Regel aller Fälle doch so, daß die Verschmelzung für die untergehende Genossenschaft und damit auch für deren Gläubiger nur von Vorteil ist. Andernfalls würde sich die Genossenschaft, deren Entschluß ja nicht wie bei einer Kapitalgesellschaft durch gesellschaftsfremde Interessen beeinflusst werden kann, kaum zur Verschmelzung bereitgefunden haben. Ihre Gläubiger erhalten eher einen besseren als einen schlechteren Schuldner anstatt des bisherigen. Allerdings treten sie damit in Konkurrenz zu den Gläubigern der aufnehmenden Genossenschaft, mit denen sie bisher nicht zu rechnen hatten. Wenn aber dieser — durch die Vergrößerung der Haftungsmasse schon an sich verringerte — Nachteil dadurch gesetzlich ausgeglichen wird, daß ihnen vorerst das Vermögen der aufgelösten Genossenschaft zur alleinigen Befriedigung reserviert bleibt, so sollte man meinen, daß damit ihren Interessen ausreichend genüge getan sei. Ihnen darüber hinaus eine Vorzugsstellung auch noch bei der Befriedigung aus dem eigenen Vermögen des neuen Schuldners einzuräumen, dazu besteht nicht der geringste Anlaß. Für die Gläubiger der übernehmenden Genossenschaft bedeutet das eine ganz ungerechtfertigte Schlechterstellung: Einerseits bleibt ihnen der Zugriff auf das Vermögen der aufgelösten Genossenschaft untersagt und andererseits müssen sie sich gefallen lassen, daß die Gläubiger der aufgelösten Genossenschaft nicht nur in Höhe ihres Ausfalls, sondern in voller Höhe ihre Forderungen zur Befriedigung im Konkurs der aufnehmenden Genossenschaft anmelden und damit erheblich mehr aus deren Vermögen zu schöpfen vermögen als ihnen bei Befriedigung ihrer ungedeckten Forderung an sich zukommen würde.

Mit der inneren Rechtfertigung einer solchen Gesetzesauslegung ist es also schlecht bestellt. Darum stützt sich auch das RG. in der Hauptsache auf konstruktive Erwägungen. Dahin gehört zunächst die von der herrschenden Meinung geteilte Feststellung, daß den Gläubigern der aufgelösten Genossenschaft „ein im Erfolg der Aussonderung ähnlicher Rechtsschutz“ eingeräumt sei. Jaeger („A.D.“, §§ 207/208 Anm. 2, 21) vertrat früher (nicht mehr in der 6./7. Aufl.) als einziger die Anschauung, daß den Gläubigern lediglich ein Absonderungsrecht

zustehe, da ja doch der Überhäuf aus dieser Masse der übernehmenden Genossenschaft gehöre. Auch das RG. selbst hat gelegentlich (RGZ. 87, 435 = JW. 1916, 407) von „Absonderung“ gesprochen, in der gleichen Entsch. allerdings (S. 440) den Vorgang auch als „Aussonderung“ bezeichnet. Man mag dem RG. zugeben, daß die von ihm angeführten Gründe die Annahme eines bloßen Absonderungsrechts als nicht ausreichend erscheinen lassen. Andererseits darf aber die Ähnlichkeit der Rechtslage mit dem Aussonderungsrecht — denn nur eine analoge Anwendung des § 43 A.D. kommt in Frage, da es ja an der Hauptvoraussetzung (Fremdeigentum) fehlt — nicht zu weit getrieben werden (so auch H. A. Schulte, „Fusion einer Genossenschaft“: Leipz. rechtswissenschaftl. Stud. 26, 46). Verfehlt ist die daraus gezogene Folgerung, daß die Rechtslage nunmehr so angesehen werden müsse, als ob den Gläubigern der aufgelösten Genossenschaft zu verschiedenen Schuldner als Gesamtschuldner zur Verfügung stünden, wie es der angezogene § 68 A.D. voraussetzt. Es ist eben doch nicht so wie bei dem rechtsgeschäftlichen Übergang eines Handelsgeschäfts (§ 25 HGB.), daß neben den bisherigen Schuldner ein weiterer Schuldner tritt, sondern der bisherige Schuldner wird durch den neuen Schuldner völlig ersetzt. Gerade der Vergleich mit § 25 HGB. zeigt, daß der rechtsgeschäftlichen Übertragung der gesetzliche Übergang eines Unternehmers nicht gleichgestellt werden darf. Denn wenn dort der Übernehmer für die Verbindlichkeiten des Veräußerers eine zusätzliche Haftung übernimmt, so deshalb, weil ihm auch das Verfügungsrecht über das bisher allein haftende Vermögen zugefallen ist ohne entsprechenden Schutz für die Gläubiger des Veräußerers. Der Hinweis des RG. auf die der übernehmenden Genossenschaft bei der Verschmelzung zustehenden Verwaltungs- und Nutzungsbefugnisse an dem Vermögen der aufgelösten Genossenschaft ist nicht geeignet, bei der Verschmelzung von Gesellschaften oder Genossenschaften die gleiche Vorzugsstellung für die Gläubiger des früheren Geschäftsinhabers zu rechtfertigen, da diesen ja das Vermögen ihres bisherigen Schuldners zur Befriedigung reserviert bleibt.

Die richtige Lösung wäre also die, daß die Gläubiger der aufgelösten Genossenschaft nach den Grundfragen des Aussonderungsrechts zwar in der Form ihrer Befriedigung behandelt werden, daß aber der Umfang ihres Befriedigungsrechts nicht über die Grenzen eines Absonderungsrechts hinausgeht. Die den Gläubigern der aufgelösten Genossenschaft zugestandene Rechtsstellung ist eben eine solche besonderer Art, für die weder die Normen über Aussonderungsrechte noch die Ordnung der Absonderungsbefugnisse völlig passend und anwendbar sind. In der genaueren Bestimmung dieser Rechtsstellung muß der Gedanke leitend sein, daß den Gläubigern der aufgelösten Genossenschaft zwar ein ausreichender Rechtsschutz gegen die aus der Verschmelzung für sie entstehenden Gefahren gebührt. Keineswegs darf aber dieser Interessenschutz auf Kosten der Gläubiger der aufnehmenden Genossenschaft gehen, indem man diesen eine Verschlechterung ihrer bisherigen Befriedigungsmöglichkeit zumutet als Folge einer Verschmelzung, der gegenüber sie ebenso einflusslos wie die Gläubiger der aufgelösten Genossenschaft sind.

Zu diesem Ergebnis führt auch zwingend die vergleichende Betrachtung des Zusammenstehens von Nachlaß- und Eigenkonkurs des Erben, ein Tatbestand, der mit dem Aufgehen einer Verbandsperson in einer anderen die größte Ähnlichkeit aufzuweisen hat. Was das RG. in seinen weiteren (nicht abgedruckten) Gründen zur Rechtfertigung einer unterschiedlichen Behandlung anführt, ist ganz und gar nicht überzeugend. Daß dem Erben die Möglichkeit der beschränkten Haftung zusteht, ist doch gleichgültig, nachdem er einmal in die unbeschränkte Erbenhaftung hineingeraten ist. Und daß diese Erweiterung seiner Haftung „letzten Endes auf ein unangemäßes, nicht selten auch unredliches Verhalten des Erben zurückzuführen“ sei, weshalb hier die eigenen Gläubiger des Erben möglichst geschützt werden müßten, ist entschieden zu bestritten. Gerade der anständige, pietätvolle Erbe wird so behandelt. — Das RG. führt weiter an, die den Nachlaßgläubigern zugemutete Beschränkung (§ 234 A.D.) entfalle, wenn der Erbe

aus besonderem Rechtsgrund, insbes. aus Schuldübernahme, den Nachlassgläubigern verhaftet ist. Es knüpft daran die unzutreffende Bemerkung, daß gerade der mit der Verschmelzung verbundene Schuldnerwechsel wegen des zugrunde liegenden Fusionsvertrags einer solchen freiwilligen Schuldübernahme sehr nahe komme. Dabei bleibt unbeachtet, daß es bei der Verschmelzung nicht in der Hand der Vertragsschließenden liegt, den Schuldübergang auszuschießen; der Schuldübergang ist eine gesetzlich zwingende, nicht eine gewillkürte Rechtsfolge. — Auch ein *argumentum e contrario*, wie es das RG. schließlich noch anführt, ist hier fehl am Platze. Wenn der Gesetzgeber nicht auch den Fall der Verschmelzung von Verbandspersonen wie das Zusammentreffen von Nachlass- und Eigenkonkurs des Erben geregelt hat, so ist wohl eher der Schluß erlaubt, daß an diesen Sonderfall nicht gedacht wurde, als daß man den Verfassern des Gesetzes die Absicht zuschiebt, die Verschmelzung bewußt anders gesetzlich zu behandeln. Es ist auch nicht ausgeschlossen, daß man für die Verschmelzung bei der unklaren Stellungnahme des Gesetzgebers zu der Frage, ob ein Aussonderungs- oder Absonderungsrecht geschaffen werden sollte, gerade von der Ansicht ausging, schon nach der bestehenden Ordnung komme den Gläubigern der aufgelösten Gesellschaft oder Genossenschaft nur eine Befriedigung mit ihrer Ausfallforderung im Konkurs der aufnehmenden Körperschaft zu.

Prof. Dr. Ruth Frankfurt a. M.

*

** 15. RG. — § 68 RD.; § 2 VerglD. v. 5. Juli 1927. Vergleichsverfahren des Kaufpreisschuldners, der Wechsel in Zahlung gegeben hat, und des Wechselschuldners.

Auswirkung der Zahlung einer Vergleichsquote auf Bestand der Forderung und auf die Quote im anderen Vergleichsverfahren.

Die Firmen Schn. und Rad.-GmbH. hatten an R. als Inhaber der Firma Gebr. R. künstlich Installations- und Heizungsgegenstände geliefert, die Gebr. R. an die S.-A. G. durch Einbau in einen von dieser aufgeführten Bau weiterlieferten. Gebr. R. wurden dadurch Schuldner von Schn. in Höhe von 22 723,66 RM, der Rad.-GmbH. in Höhe von 17 363,84 RM. Sie gaben auf den Kaufpreis von ihnen indossiierte Wechselakzente der S.-A. G., und zwar an Schn. über 16 000 RM, an die Rad.-GmbH. über 15 000 RM. Sowohl S. wie die Firma R. gingen ins Vergleichsverfahren. Die Firmen Schn. und Rad. meldeten im S.-Verfahren ihre Wechselforderungen, und im R.-Verfahren ihre Kaufpreisforderungen an. Im Verfahren S. erhielten entsprechend der 30/oigen Vergleichsquote im Nov. 1933 Schn. 4800 RM, die Rad.-GmbH. 4500 RM ausbezahlt. Auch das Vergleichsverfahren R. schloß mit einem Vergleiche von 30 %, wobei die Kl. für die Bezahlung dieser Quote die selbstschuldnerische Bürgschaft übernahm. Auf die ersten beiden Vergleichsraten haben Schn. bisher 264,98 RM, die Rad.-GmbH. 141,50 RM erhalten. Der Bekl. hat von den Firmen Schn. und Rad. deren Forderungen samt den S.-Wechseln erworben und sich in Höhe der Vergleichsquoten Vollstreckungsklausel und vollstreckbare Ausfertigung des R.-Vergleiches über jene Forderungen erteilen lassen. Die Kl. hat Vollstreckungsgegenklage erhoben.

BG. hat die Klage abgewiesen, BG. die Zwangsvollstreckung aus den beiden Schuldtiteln in Höhe von 9706,48 RM für unzulässig und in Höhe weiterer 2319,87 RM nur gegen Herausgabe der vollstreckbaren Ausfertigungen und von S.-Wechseln über 12 026,35 RM für zulässig erklärt. Die Rev. der Bekl. hatte zum Teil Erfolg.

Das BG. steht auf dem Standpunkt, daß die Rechtsvorgängerinnen des Bekl. nicht vermöge ihrer Beteiligung an beiden Vergleichsverfahren auf Grund von § 2 der für den Rechtsstreit maßgebenden VerglD. v. 5. Juli 1927 verbunden mit § 68 RD. sowohl im Vergleichsverfahren S. wie in dem der Firma R. Anspruch auf je die ganze Vergleichsquote erheben könnten, sondern sich die bei S. empfangenen Vergleichszahlungen auf die Quote im R.-Vergleiche anrechnen zu lassen hätten. Da die in beiden Verfahren ausgezahlten Beträge

bisher 9706,48 RM ausmachten, sei somit in dieser Höhe die Vollstreckung aus den Schuldtiteln überhaupt unzulässig. Wegen der Beträge, die an 30 % der den Rechtsvorgängerinnen des Bekl. gegen R. erwachsenen Kaufpreisforderungen hiernach noch fehlten, das ist wegen 2319,87 RM, könne der Bekl. zwar noch vollstrecken, aber nur gegen Herausgabe der in seinem Besitz befindlichen S.-Wechsel, soweit deren Summe nicht 12 026,35 RM übersteige.

Mit Recht erhebt die Rev. gegen diese Erwägungen Bedenken. Die Frage, wie in dem Falle der Hingabe von Kundenwechseln auf Kaufpreisforderungen ein sowohl vom Wechselschuldner wie vom Kaufpreisschuldner geschlossener, diese Schulden mitumfassender Vergleich gegen den Gläubiger wirkt, ist nicht in erster Linie aus § 68 RD. (§ 2 VerglD. v. 5. Juli 1927), sondern vielmehr aus der rechtlichen Besonderheit der Zahlung durch Wechsel zu beurteilen. Ist die Wechselhingabe, wie dies die Regel ist, zahlungshalber erfolgt, so wird ein Gesamtschuld- oder gesamtschuldähnliches Verhältnis i. S. von § 68 RD. zwischen dem Gläubiger einerseits und dem Kaufpreis- sowie dem Wechselschuldner andererseits nicht begründet. Der Klage auf den Kaufpreis steht die Einrede der Wechselhingabe entgegen, und der Gläubiger ist vermöge der Annahme der Wechsel verpflichtet, zunächst aus diesen sich zu befriedigen, so daß er seine Kaufpreisforderung erst dann verfolgen kann, wenn er entweder auf seine Wechselforderungen verzichtet oder deren Uneinbringlichkeit dargetut. Was er auf die Wechsel erlangt, hat er dem Kaufpreisschuldner gutzubringen; daraus folgt, daß der Gläubiger zwar nicht behindert ist, in einem Vergleichsverfahren des Wechselschuldners und des Kaufpreisschuldners einerseits die Wechsel-, andererseits die Kaufpreisforderung anzumelden, wie das im Streitfall die Firmen Schn. und Rad.-GmbH. unstreitig getan haben, er hat aber eine etwa auf die Wechsel erlangte Vergleichsquote auf seine Kaufpreisforderung abzurechnen, weil insoweit der mit der Wechselhingabe unternommene Zahlungsverzicht gescheitert ist. Das angefochtene Urteil macht den Fehler, daß es die Wechselvergleichsquote auf die Vergleichsquote der Kaufpreisforderung verrechnet. Das würde nur möglich sein, wenn es sich beiderseits um dieselbe Forderung handelte, was aber nicht der Fall ist. Der in Zahlung gegebene Wechsel ist sozusagen ein Zahlungsmittel, dessen Wert von seinem Eingang abhängt. Gelingt die Einziehung des Wechselbetrages nur teilweise, so liegt auch nur eine Teilzahlung vor und kann der Gläubiger nunmehr wegen des Kaufpreisrestes auf seine ursprüngliche Forderung zurückgreifen. Ob die Entsch. über das Schicksal des Wechsels in einem Vergleichsverfahren fällt, kann dabei keine Rolle spielen, am Ergebnis wird dadurch nichts geändert. Andererseits liegt die Sache auch nicht so, wie die Rev. meint, daß der Gläubiger ohne Rücksicht auf die auf seine Wechsel entfallende Vergleichsrate auf seine ganze Kaufpreisforderung bis zu deren voller Deckung die Quote im Vergleichsverfahren des Kaufpreisschuldners fordern könnte. Das Schuldverhältnis zu Wechsel- und Kaufpreisgläubiger ist eben, wie dargelegt, kein solches gleichzeitig durchführbarer Haftung wie in § 68 RD., sondern durch eine Aufeinanderfolge der Haftung gekennzeichnet, derart, daß sich Wiedereintritt und Umfang der Kaufpreisschuld erst durch das Schicksal der Wechsel bestimmen. Zweifelhaft kann aber nicht sein, daß der Gläubiger, soweit er aus den Wechseln keine Befriedigung erlangt, auf den vollen Rest seines Kaufpreisanspruchs die Quote im Vergleichsverfahren des Kaufpreisschuldners verlangen kann.

In dieser Rechtslage wird auch im Streitfalle nichts dadurch geändert, daß die Vergleichsquote im S.-Verfahren erst zur Auszahlung gelangt ist, nachdem die Forderungen der Rechtsvorgängerinnen des Bekl. aus Kauf gegenüber R. durch den R.ichen Vergleich auf 30 % — höchstens 45 % — herabgesetzt worden waren. Denn dieser Teilerlaß ist nicht dahin zu verstehen, daß damit Gläubiger, die auf ihre Forderung Kundenwechsel von R. empfangen und damit für sie in Gestalt eines Anspruchs gegen dritte Wechselverpflichtete eine zusätzliche Sicherung oder Befriedigungsmöglichkeit erlangt hatten, der Vorteile dieser Rechtslage hätten verlustig gehen sollen, wie dies der Fall wäre, wenn die Kaufpreisforderung vermöge des

R.-Vergleiches nur noch mit der Quote einzustellen und sonach durch die Quote im S.-Verfahren nahezu voll gedeckt wäre. Wäre die Zahlung der S.-Quote vor dem R.-Vergleich erfolgt, so wäre kein Zweifel, daß sie auf die volle Höhe der Kaufpreisforderungen anzurechnen wäre, wie auch eine etwa volle Deckung der Wechsel den Kaufpreisgläubigerinnen ohne Rücksicht auf den Ausgang des R.-schen Vergleichsverfahrens hätte verbleiben müssen. Der mehr oder minder zufällige Zeitpunkt der Auszahlung der S.-Quote kann aber für die rechtliche Betrachtung nicht entscheidend sein und die ursprünglichen Rechte der Gläubigerinnen um so weniger verkümmern, als ja ohnehin nach § 7 VerglD. der Erlaß im R.-Verfahren noch keineswegs als endgültig zu betrachten war, als die Zahlung erfolgte, und ohne Rücksicht auf die Zahlung der S.-Quote bei Abschluß des R.-Vergleiches auf Grund des früheren S.-Vergleiches bereits so gut wie feststand, daß die Kaufpreisforderungen vermöge des Ausgangs des S.-Verfahrens für den R.-Vergleich nur noch wegen des in jenem Verfahren nicht gedeckten Restes in Frage kamen.

Hat der Vekl. nach alledem auf die Schuldtitelforderung der Firma Schn. die auf deren Wechsel gezahlten 4800 R.M. und auf diejenige der R.-GmbH. die Wechselvergleichsquote von 4500 R.M. gutzubringen, so mindert sich sein Guthaben aus Kauf im ersten Falle auf 17 923,66 R.M., im zweiten auf 12 863,84 R.M. Davon sind 30% seine Vergleichsforderung in der Sache R., d. h. für Schn. 5377,09 R.M., für Rad. 3859,15 R.M. Bezahlt sind darauf im ersten Falle 264,98 R.M., im zweiten 141,50 R.M., so daß 5112,11 R.M. bzw. 3717,65 R.M. verbleiben. Die Zwangsvollstreckung gegen die Kl. ist also noch in Höhe von 8829,76 R.M. zulässig, würde aber unzulässig sein wegen des Mehrbetrages von 1704,99 R.M. im Falle Schn., von 1491,50 R.M. im Falle Rad., der sich durch Abrechnung der noch offenen Beträge von 30% der vollen Kaufpreisforderungen, das sind 12 026,25 R.M., ergibt.

(RG., VII. ZivSen., U. v. 22. Dez. 1936, VII 137/36.)

(= RGZ. 153, 179.)

Rechtsanwaltsordnung

16. OLG. — § 13 RAO. Die Tätigkeit des Anwalts-assessors ist gebührenrechtlich der Tätigkeit des Anwalts, dem er überwiesen ist, gleichzustellen.

Der bei Kl. R., dem im Armenrecht beigeordneten Prozeßbevollmächtigten der VerBekl., als Anwaltsassessor tätige Dr. W. hat im Ehecheidungsprozeß der Parteien einen Beweisaufnahmetermine in D. wahrgenommen, in welchem die ehelichen Verfehlungen der VerBekl. erörtert wurden. Kl. R. hat gebeten, ihm für diesen auswärtigen Beweisterrin 31,20 R.M. nebst Umsatzsteuer aus der Reichskasse zu ersetzen. Der UrkV. hat dies abgelehnt, er vertritt unter Hinweis auf einen Beschluß des Senats 1 W 167/32 den Standpunkt, daß die Vertretung des ArmAnw. durch einen Assessor den Ersatzanspruch gegen die Staatskasse nicht rechtfertigt.

Der Erinnerung war stattzugeben. Die vom UrkV. angezogene Entsch. des Senats verneint im Einklang mit der allgemeinen Anspr. die Frage, ob dem ArmAnw. der Gebührenanspruch gegen die Reichskasse zustehe, wenn er sich durch einen Referendar, der nicht gem. § 25 RAO. in ihrer früheren Fassung zu seinem Vertreter bestellt ist, vertreten lasse. Die Gesichtspunkte dieser Entsch. treffen aber auf den vorl. Fall keineswegs zu. Der Anwaltsassessor ist in seiner Berufsstellung rechtlich einem zugelassenen Anwalt völlig gleichgestellt, ihm stehen nach der Bestimmung der RAO. in ihrer Neufassung v. 21. Febr. 1936 die anwaltschaftlichen Befugnisse des Rechtsanwalts zu, dem er überwiesen ist (§ 13 a. a. O.). Daß der ArmAnw. im Falle seiner Vertretung durch einen anderen Rechtsanwalt grundsätzlich den Ersatz von Gebühren und Auslagen in gleicher Weise beanspruchen kann wie bei eigener Tätigkeit, ist in der Anspr. allgemein anerkannt.

Daß im gegebenen Falle der ArmAnw., wenn er selbst den Termin in D. wahrgenommen hätte, den Ersatz seiner Reisekosten beanspruchen könnte, unterliegt bei der ausschlag-

gebenden Bedeutung dieses Beweisterrins für den Prozeß keinem Bedenken. Seine Reisekosten würden allein den Betrag, der für einen in D. bestellten anwaltschaftlichen Vertreter an Gebühren erfallen wäre, erheblich überschritten haben.

(OLG. Düsseldorf, Beschl. v. 7. Mai 1937, 1 W 152/37.)

17. OLG. — § 38 RAO. Beiordnung eines deutschen Anwaltes für einen auswärtigen Juden im Parteiprozeß. †)

Der Kl., ein Jude, wohnt in Berlin, die Vekl. in Schandau. Dort sind zwei Anwälte. Der eine hat wegen der Rassezugehörigkeit des Kl. die Vertretung niedergelegt. Der andere vertritt die Vekl. Die örtlich nächsten jüdischen Anwälte sind in Dresden. Der Kl. hat deshalb die Beiordnung des Anwalts beantragt, der ihn zunächst vertreten hatte. Das OLG. hat das abgelehnt: Eine Beiordnung nach § 38 RAO. scheidet aus, weil für das Amtsgerichtsverfahren eine Vertretung durch Anwälte nicht geboten sei. Die hiergegen erhobene Beschw. ist zulässig und begründet.

Die angezogene Bestimmung hat ihrem Wortlaute nach ein Verfahren mit Anwaltszwang im Auge. Es heißt in ihr: „so weit eine Vertretung durch Anwälte geboten ist“; es heißt nicht: „so weit eine Vertretung durch einen Anwalt geboten ist“. Das BeschwG. wendet beim Vorliegen auch der anderen Voraussetzungen die Bestimmung jedoch auch außerhalb des Anwaltszwanges auf solche Fälle an, bei denen der Sachverhalt die Vertretung einer Partei durch einen Anwalt geboten erscheinen läßt. Dabei kommt, wenn überhaupt eine Vertretung nötig ist, regelmäßig nur die durch einen Anwalt als einen Angehörigen des einschlägigen Berufsstandes in Frage. Gesetzliche Neuerungen der letzten Jahre drängen die Bearbeitung von Rechtsangelegenheiten durch andere Personen als Anwälte innerhalb und außerhalb des Prozesses verschärft zurück (vgl. die RGZ. v. 20. Juli 1933 und 13. Dez. 1935). Zur Begründung der weitgehenden Anwendung des § 38 RAO. verweist das BeschwG. auf die Entsch. des OLG. Hirschberg und die Bemerkungen von Pohle: DJ. 1936, 521. Dort war im Amtsgerichtsprozeß das Gebotensein der Vertretung deshalb bejaht, weil die Partei keinen Anwalt gefunden hatte für einen Prozeß gegen einen Anwalt. Auch der vorl. Fall läßt die Vertretung durch einen Anwalt geboten erscheinen und führt, da die weiteren Voraussetzungen des § 38 RAO. ebenfalls erfüllt sind, zur Beiordnung.

Würde kein Schandauer Anwalt beigeordnet, so wären die Reisen des Kl. von Berlin oder eines jüdischen Dresdner Anwaltes nach Schandau zur Rechtsverfolgung unerlässlich. Die entstehenden Kosten wären also „notwendig“ i. S. des § 91 ZPO. Diese unter Umständen wirtschaftlich vernichtende Kostentlast würde der gegnerischen Partei für den Fall des Unterliegens drohen. Diese Folge der Ablehnung der Beiordnung eines Schandauer Anwaltes wäre unabweisbar. Hier gibt es nur ein klares Endweder — Oder. Die Rücksichtnahme auf die am Prozesse beteiligte deutsche Partei zwingt deshalb dazu, dem Beiordnungsantrag der jüdischen Partei stattzugeben.

Andere Gesichtspunkte ergeben nichts Gegenteiliges: Das Parteiprogramm nimmt verschiedentlich klar gegen den Juden Stellung. Hierin kommt zum Ausdruck die Erkenntnis der notwendigen Folgen einer Betätigung jüdischen Geistes. Handelt ein Jude im Prozesse durch einen deutschen Anwalt, so erfolgt damit tatsächlich eine Kontrolle des Verhaltens der jüdischen Partei durch diesen Anwalt, der schon unbewußt schlechthin aus seiner eigenen Rassenzugehörigkeit heraus die Prozeßgestaltung fortwährend überprüft. Er unterliegt dabei als Anwalt, regelmäßig auch als Mitglied des NSRB., vielfach auch als Parteigenosse bei Verstößen besonderen Strafen. Gegen das Parteiprogramm verstößt es deshalb nicht, der deutschen Rechtspflege ist es nicht abträglich, wenn ein Anspruch, der einem Juden zustehen soll, gemäß den Entschließungen eines deutschen Rechtswalters geltend gemacht wird.

Dieser Sachverhalt, der zur Beiordnung führt, unterscheidet sich wesentlich von der auf der eigenen Entschließung eines deutschen Anwaltes beruhenden Eingehung des Dienstvertrages auf Vertretung eines Juden. Bei dieser steht im Vordergrund

das freiwillige, durch keinen Sachverhalt gebotene Faktieren mit dem Kassefremden besonderer Wertung. Hier ist auch die innere Selbstständigkeit, die sich aus der amtlichen Beordnung ergibt, keineswegs gefährdet. Daher ergeben sich, soweit allgemein oder besonders für diesen Fall Anweisungen gegen die Übernahme der Vertretung eines Juden ergangen sind, keine Gegensätzlichkeiten zu der vorl. Entsch. Denn diese führt ebenso wenig zu einem freiwilligen Abschluß mit einem Juden wie die Beordnung im Armenrechte.

Mit dieser Entsch. gibt also ein deutsches Gericht einem deutschen Anwalte auf, gegen einen deutschen Volksgenossen Ansprüche im Prozesse geltend zu machen, die einem Juden zustehen. — Diese, für sich gesehen, befremdliche Folge ist, mit der nötigen Sorgfalt und Gewissenhaftigkeit betrachtet, eine der notwendigen Folgen, zu denen der derzeitige Stand der Vertretung von Punkt 5 des Parteiprogramms führen muß: Die den Juden angehende „Fremdengesetzgebung“ hat bisher nicht dazu geführt, bzgl. des Juden, im besonderen bzgl. Rechtsstreitigkeiten zwischen Deutschen und Juden, eine Sonderordnung der Gerichtsbarkeit zu treffen. Was an dieser Entsch. auf den ersten Blick fraglich erscheint, ist nichts weiter als ein Kennzeichen für die Ungelöstheit einer viel weiter reichenden Frage.

(RG. Dresden, 18. Jz., Beschl. v. 8. März 1937, 18 T 250/37.)

Anmerkung: Der vorstehenden Entsch. des RG. Dresden v. 8. März 1937 ist zuzustimmen. Es muß seitens der Gerichte dafür Sorge getragen werden, daß auch die vor Gericht erscheinenden jüdischen Parteien sach- und sachgemäß vertreten werden. Sind an einem Ort nur zwei Anwälte und wohnt der kl. oder der Bekl. auswärts, so muß, wenn die im Amtsgerichtsbezirk wohnende Partei durch den einen Anwalt vertreten wird, die auswärtige Partei die Möglichkeit haben, durch den anderen Anwalt vertreten zu werden. Wenn in einem solchen Fall ohne besondere Umstände ein jüdischer Anwalt einem Juden beigeordnet werden kann, so ist dies die gegebene Lösung. Die mit zusätzlichen Kosten verbundene Heranziehung eines auswärtigen jüdischen Anwaltes ist nicht gerechtfertigt, da der Gesetzgeber grundsätzlich nicht den Standpunkt vertritt, daß Juden vor Gericht durch jüdische Anwälte vertreten werden sollen. Dies ist ohne weiteres daraus zu folgern, daß eine Neuzulassung jüdischer Anwälte überhaupt nicht mehr erfolgt.

Eine Ausnahme von diesen Gesichtspunkten kann m. E. nur insoweit in Frage kommen, als die Beordnung des betreffenden deutschen Anwaltes aus in dessen Person liegenden besonderen Gründen (Mitglieder der NSDAP., Amtswalter des NSRB, Leiter von NS-Rechtsbetreuungsstellen) nicht zumutbar erscheint.

kl. und Notar Hercher, Berlin.

*

18. OLG. — § 39 RAO. Seitdem für die Wahrnehmung eines auswärtigen Beweistermins gem. § 39 Abs. 2 RAO die Bestellung eines besonderen Anwalts im Armenrecht möglich ist, gibt es im Grundsatz daneben nicht mehr den Weg der Bestellung eines Substituten durch den ArmAnw. und die Erstattung seiner Kosten als Auslagen des ArmAnw. †)

Der Senat ist der Auffassung, daß nach der durch § 39 Abs. 2 der Neufassung der RAO. (RGBl. 1936, 107) eröffneten Möglichkeit, zur Wahrnehmung einer auswärtigen Beweisaufnahme einen besonderen Anwalt beizuzuordnen, der früher von der RPr. entwickelt (auch vom OLG. Kassel in seinem Beschl. v. 10. Okt. 1933, 2 W 264/33; JWBl. 1934, 232 zugelassene) Weg, einen Substituten zu bestellen und dessen Auslagen dem ArmAnw. als eigene Auslagen zu erstatten, im Grundsatz wenigstens nicht mehr besteht. Dazu ist darauf hinzuweisen, daß der genannte Weg nur eine Notmaßnahme mangels einer sonstigen Möglichkeit, für eine Vertretung der armen Partei in auswärtigen Terminen Sorge zu tragen, gewesen ist. Das geht ganz eindeutig aus den Gründen hervor (so insbes. aus der Entsch. des RG.: JW. 1933, 1604⁵⁾), die zur Zulassung dieses

Weges geführt haben. Als selbstverständlich wurde dabei, weil allein der maßgebenden allgemeinen Übung und der deutschen Verkehrsanschauung entsprechend, davon ausgegangen, daß der prozessbevollmächtigte Rechtsanwalt bei der Bestellung eines Substituten grundsätzlich im Namen und für Rechnung der von ihm vertretenen Partei handelt. Von dieser grundsätzlichen Einstellung hat man damals für den besonderen Fall des ArmAnw. eine Ausnahme machen zu dürfen und zu müssen geglaubt, weil davon auszugehen sei, „daß der Substitut einen Auftrag der armen Partei, da er auf Bezahlung seiner Gebühren nicht rechnen könne, regelmäßig ablehnen und daß so die Bestellung eines Substituten und damit die Wahrnehmung des auswärtigen Termins in Fällen, in denen der ArmAnw. selbst dazu nicht in der Lage ist, unmöglich gemacht werden würde“ (RG.: JW. 1933, 1605). Man hat daraus im Zusammenhang damit, daß die Wahrnehmung auswärtiger Termine an sich zu den Pflichten des ArmAnw. gehöre, gefolgert, daß dieser den Substituten „im eigenen Namen und auf eigene Rechnung“ bestellen müsse. Das RG. (JW. 1933, 1605 linke Spalte unten) hat aber bereits damals erwogen, die Erstattungspflicht der Reichskasse „könnte vielleicht schon dann zu verneinen sein, wenn die arme Partei die Möglichkeit hätte, sich vom Gericht für die Wahrnehmung des auswärtigen Termins einen besonderen Anwalt beordnen zu lassen“. Die Erstattungspflicht ist gerade deshalb bejaht worden, weil nach dem Rechtsstandpunkte des RG. im Rahmen des damals geltenden Rechts weder durch den Vorsitzenden des Prozeßgerichts noch durch das ersuchte Gericht die Beordnung eines besonderen Anwalts für die Wahrnehmung eines auswärtigen Beweistermins zulässig sei.

Stellt sich so die Bestellung eines Substituten auf eigene Kosten des ArmAnw. und Ersatz der dadurch entstehenden Kosten als „Auslagen“ des ArmAnw. ausgesprochen als eine von der RPr. geschaffene Notmaßnahme dar, so muß sie wieder in Wegfall kommen, soweit durch die gesetzliche Regelung der Vertretung der armen Partei in auswärtigen Beweisterminen die Voraussetzungen, auf denen sie sich aufbaute, weggefallen sind, soweit sie sich also in Zukunft nicht als eine wirkliche Notmaßnahme darstellt. Wenn heute der auf die Wünsche von Interessentengruppen nicht mehr angewiesene Gesetzgeber, nachdem das Bedürfnis der armen Partei zu einer Vertretung in auswärtigen Beweisterminen sowohl von der RPr. wie auch von dem RM. in seinem Rundschreiben v. 26. Jan. 1935 (DJ. 202; JW. 1935, 559) erkannt worden war, diese Frage regelt, so darf angenommen werden, daß damit für den Regelfall eine abschließende und erschöpfende Regelung gewollt war. Dann kann aber nicht mehr die Rede davon sein, daß der ArmAnw. über die bei einem Rechtsanwalt grundsätzlich bestehenden Pflichten hinaus verpflichtet wäre, von sich aus und „auf seine Kosten“ für eine Vertretung der armen Partei in auswärtigen Terminen Sorge zu tragen. Denn wenn in der RAO. in dem Abschnitt „Rechte und Pflichten der Rechtsanwälte“ die Vertretung der armen Partei durch einen besonderen im Armenrecht beizuzuordnenden Rechtsanwalt vorgesehen ist, so folgt daraus notwendig, daß dadurch zugleich die Pflichten des Rechtsanwalts in dieser Beziehung umgrenzt und begrenzt sind. Ist dies aber der Fall, so besteht auch keine Berechtigung mehr, den Begriff der „Ausgaben“ i. S. der RAO. gerade und nur für den ArmAnw. anders zu handhaben, als dies für den Rechtsanwalt schlechthin und im allgemeinen der Fall sein soll. Wenn man angesichts der gesetzlichen Regelung (wie z. B. das RG.: JW. 1936, 3588⁶⁾ = DRG. 1937 Nr. 80; JW. 1937, 824²⁾; G a e d e k e: JW. 1936, 2513) das Bedürfnis für den Weg der Substitutenbestellung und Inrechnungstellung als eigene „Ausgaben“ des ArmAnw. deshalb als fortbestehend annimmt, weil die gesetzliche Regelung durch das Erfordern „besonderer Umstände“ enger sei als die von der RPr. (insbes. dem RG.) aufgestellten Grundsätze, so läuft das — selbst wenn dies richtig sein sollte. — darauf hinaus, die eigene Ansicht über das Bedürfnis der armen Partei über den Willen des Gesetzgebers zu stellen. Das geht aber nicht an.

Der Senat ist aber darüber hinaus der Auffassung, daß die gesetzliche Regelung, wenn sie für die Beordnung eines besonderen ArmAnw. „besondere Umstände“ fordert, nicht enger

ist als die von der Rspr. entwickelten Grundsätze und allen berechtigten Bedürfnissen der armen Partei Rechnung trägt. Auch die Wahrnehmung auswärtiger Beweisstermine durch den Hauptprozeßbevollmächtigten setzt für den Erstattungsanspruch an die Reichskasse voraus, daß die Reise erforderlich war (§ 1 Abs. 3 ArmAnwG.). Dieses Erforderlichsein stellt schon einen Teil der „besonderen Umstände“ dar. Um sie als voll gegeben ansehen zu können, brauchen nach der Ansicht des Senats nur noch Umstände hinzuzukommen, die die — als erforderlich zu bejahende — Wahrnehmung des auswärtigen Termins durch einen anderen Rechtsanwalt als den Hauptprozeßbevollmächtigten angezeigt erscheinen lassen. Das ist einmal der Fall, wenn dem ArmAnw. im Hinblick auf seine sonstigen Geschäfte, die Entfernung des Ortes der Beweisaufnahme und die Bedeutung der Sache nicht zuzumuten ist, den Termin persönlich wahrzunehmen, wenn er danach als verhindert anzusehen ist. Solche Umstände sind aber auch anzunehmen, wenn die Bedeutung der Sache eine persönliche Wahrnehmung des Termins durch den ArmAnw. nicht erfordert und aus irgendwelchen Gründen die Wahrnehmung durch einen auswärtigen Anwalt zweckmäßig erscheint. Dazu gehört auch, wenn die Wahrnehmung durch einen auswärtigen Anwalt billiger ist. Ohne einer kleinen Recherei das Wort reden zu wollen, muß doch auch von dem ArmAnw. gefordert werden, daß er in Armensachen — ebenso wie er dies im Interesse der von ihm vertretenen vermögenden Partei zu tun pflegt — prüft, ob die Wahrnehmung der Interessen der armen Partei nicht in gleich sachgemäßer Weise auf dem billigeren Wege der Bestellung eines besonderen Anwalts für den auswärtigen Termin geschehen kann. Ist dies zu bejahen, kann also die Vertretung der armen Partei in gleicher Weise durch einen anderen Anwalt wahrgenommen werden, so wird von dem ArmAnw. verlangt werden können, daß er den billigeren Weg wählt (so übrigens auch RG.: JW. 1936, 3588⁵⁴ = Rechtszfl. 1937 Nr. 80). Es ist nichts dafür zu ersehen, daß das Gesetz diese Möglichkeit einer für die Reichskasse billigeren Wahrnehmung auswärtiger Termine nicht als „besondere Umstände“ habe angesehen wissen wollen und diese billigere Wahrnehmungsmöglichkeit nur über den von der Rspr. geschaffenen Weg der Bestellung eines Substituten auf eigene Kosten des ArmAnw. für erreichbar gehalten habe. Es ist verfehlt, das Erforderlichsein von „besonderen Umständen“ als *Ausnahmeverzicht* einschränkend auslegen zu wollen (wie dies RG. und Gaedeke a. a. O. tun), wenn man zugleich den Weg der Substitutenbestellung und Erstattung als eigene Auslagen des ArmAnw. bestehen läßt. Denn dann wirkt sich die Einschränkung und die Ausnahmewirkung nicht gegen die arme Partei aus, die ja nur von dem ihr beigeordneten Anwalt die Einschlagung des Weges der Substitutenbestellung auf eigene Kosten zu verlangen braucht, sondern gegen den Staat selbst, der sich damit der Möglichkeit einer billigeren Wahrnehmung des Termins begeben hätte. Daß nichts für eine Absicht des Gesetzgebers spricht, gerade und nur gegen sich selbst gerichtete „Ausnahmeverordnungen“ zu schaffen, bedarf keiner Betonung. Es ist auch verfehlt, in Übertragung der für die prozessuale Beweislast üblichen Methoden aus der verschiedenen Wortfassung wesentliches herleiten zu wollen, weil nämlich in § 39 Abs. 2 RAO. für die Beordnung eines besonderen Anwalts besondere Umstände (positiv) erfordert werden, während nach § 1 Abs. 3 ArmAnwG. die Reisekosten nur dann nicht erstattet werden, wenn die Reise nicht erforderlich war.

Aus der dargelegten Einstellung des Senats folgt schon, daß die Einschränkung der Zahl der für die Wahrnehmung eines auswärtigen Termins verfügbaren Wege weder zu einer Beeinträchtigung der armen Partei noch zu einer Beschränkung der Stellung des ArmAnw. und seines sachgemäßen Ermessens in der Wahrnehmung der Belange der armen Partei führen soll. Die Ausschaltung der Substitutenbestellung auf eigene Kosten des ArmAnw. hat auch den Vorteil, eine frühzeitige Klärung herbeizuführen, ob die für die Wahrnehmung des auswärtigen Termins entstehenden Kosten aus der Reichskasse erstattet werden oder nicht. Denn bei der Bestellung eines Substituten auf eigene Kosten handelt der ArmAnw. auf seine Gefahr, ob er später die Aufwendungen erstattet erhält oder nicht. Auch wenn

man ihm die Möglichkeit gibt, eine Äußerung des Prozeßgerichts über die Notwendigkeit der Reise oder der Vertretung durch einen Anwalt einzuholen, so ist diese Äußerung nach der in der Rspr. vertretenen Auffassung für die über die Kostenerstattung entscheidenden Stellen unverbindlich. Es mag dahingestellt bleiben, ob aus der Zulassung einer solchen Äußerung nicht auch die Folgerung ihrer Verbindlichkeit zu ziehen wäre (so *F o n a s*: JW. 1937, 202 unter II zu a), es ist zumindest ein ganz unerfreulicher Zustand, wenn die über die Erstattung aus der Reichskasse entscheidenden Stellen in der Frage der Notwendigkeit der Reise bzw. der Vertretung der armen Partei durch einen Anwalt im Beweisstermin aus ihrer *n a c h t r ä g l i c h e n* Betrachtung heraus klüger sein wollen als das Prozeßgericht. So hat der ArmAnw. immer zu befürchten, daß ihm die von ihm aufgewendeten Kosten für den Substituten nicht erstattet werden. Es würde aber auch bei der Verbeibehaltung dieses Weges der Substitutenbestellung die Möglichkeit ja, wenn ihn grundsätzlich das Recht dazu in allen Fällen zusieht, sogar die Verpflichtung bestehen, daß der ArmAnw., nachdem das Prozeßgericht mangels Vorliegen „besonderer Umstände“, insbes. weil die Partei sich selbst zu vertreten vermöge, die Beordnung eines besonderen ArmAnw. nach § 39 Abs. 2 RAO. abgelehnt hat, nunmehr einen Substituten bestellt und nachher von den über die Erstattung aus der Staatskasse entscheidenden Stellen die Erstattungsfähigkeit der dadurch entstandenen Auslagen bejaht wird. Das ist genau so unerfreulich. Diese Ungewißheit fällt weg, wenn man dem Begriff der „besonderen Umstände“ in § 39 Abs. 2 RAO. den vom Senat angenommenen Inhalt gibt. Auf diese Weise wird es ermöglicht, daß das Prozeßgericht unter Berücksichtigung aller in Betracht kommenden Gesichtspunkte prüft und abschließend entscheidet, ob die Vertretung der armen Partei durch einen auswärtigen Anwalt in dem Beweisstermin erforderlich ist; so wird auch der Forderung, daß diese Frage voranzuhend unter Berücksichtigung der voraussichtlichen Schwierigkeiten und nicht rücksehend betrachtet und beantwortet werden soll (vgl. *H e n n e b e r g*: JW. 1936, 1743), am besten Rechnung getragen. So wird auch für den ArmAnw. die wünschenswerte Klarheit geschaffen. Er genügt seiner Pflicht, wenn er dort, wo nach seinem Ermessen die Vertretung der armen Partei durch einen Anwalt in dem auswärtigen Beweisstermin geboten erscheinen kann, einen Antrag auf Beordnung eines besonderen Anwalts nach § 39 Abs. 2 RAO. bei dem Prozeßgericht stellt. Lehnt dieses die Beordnung ab, so ist er nicht mehr verpflichtet, noch auf seine Verantwortung einen Substituten zu bestellen und den Versuch zu machen, die Kosten von der Reichskasse erstattet zu erhalten. Diese Auffassung des Senats schließt nicht aus, daß die Bestellung eines Substituten und die Erstattung als eigene Auslagen des ArmAnw. weiter als wirkliche *N o t m a ß n a h m e* e bestehen bleibt, etwa in dem Falle, daß der Anwalt, der den Termin persönlich wahrnehmen will, plötzlich wie z. B. durch Erkrankung verhindert ist und die Beordnung eines besonderen Anwalts gem. § 39 Abs. 2 RAO. sich nicht mehr ermöglichen läßt. Denn aus dem Gesetz ist nur zu entnehmen, daß dieser Weg über den Rahmen einer *N o t m a ß n a h m e* hinaus ergriffen sein soll durch die neue Regelung.

(RG. Kassel, 1. RivSen., Beschl. v. 10. März 1937, 1 U 60/36.)

Anmerkung: Diese Entsch. ist zum Teil in sich widerspruchsvoll. Das Ergebnis zu dem sie gelangt, kann kaum als brauchbar bezeichnet werden.

Es war voranzusehen, daß § 39 Abs. 2 RAO. sehr bald die Frage zur Entsch. stellen würde, wie sich die nunmehr eingeführte gesetzliche Beordnungsmöglichkeit eines ArmAnw. für ein auswärtiges Beweisverfahren in die bisher schon bestehenden Möglichkeiten der Vertretung der armen Partei in auswärtigen Terminen einreicht. Es wäre bedauerlich, wenn die Rspr., die verhältnismäßig einheitlich dem Standpunkt des RG. betr. die Substitutenbestellung durch den prozeßbevollmächtigten ArmAnw. gefolgt ist, in dieser neuen Frage auseinanderfiel. Denn gegenteilig wie Kassel hat nicht nur bereits das RG. in einer Reihe von Entsch. (v. 9. Mai 1936: JW. 1936, 1792; v. 14. Nov. 1936: JW. 1936, 3588; v. 6. Febr. 1937: JW. 1937, 824), sondern haben auch bereits andere

OLG., so Raumburg v. 6. März 1936 (JW. 1936, 2152), Celle v. 25. Nov. 1936 (WBRAR. 1937, 36), Köln v. 1. Dez. 1936 (JW. 1937, 33) entschieden. Besonders eingehend ist diese Frage in der Entsch. des RG. v. 6. Febr. 1937 behandelt.

Es fällt auf, daß selbst die Gegenansicht zugeben muß, daß sie mit strikter Durchführung ihres Grundsatzes sehr leicht vor eine unhaltbare Situation gestellt werden kann. Folglich muß sie ausnahmsweise doch noch zu der ihrer Ansicht nach durch § 39 Abs. 2 RAO. stillschweigend beseitigten Regelung greifen. Darin liegt nicht nur ein Widerspruch in sich. Denn entweder hat die gesetzliche Regelung die durch die Rspr. ausbittungsweise Regelung ersetzt. Dann kann auch nicht ergänzend auf letztere zurückgegriffen werden. Oder das Gesetz hat — so die Ansicht des RG. und der anderen OLG. — für die arme Partei nur ein Plus zum bisherigen Rechtszustand schaffen wollen. Ferner aber: folgt man OLG. Kassel, so wird man vor die tatsächlich schwierige Frage gestellt, wann denn nun die Ausnahmefälle vorliegen. Sie könnten immer nur dann anerkannt werden, wenn der ArmAnw. bzw. die Partei entweder überhaupt verhindert waren, die Beordnung eines Beweis-anwalts nachzusuchen, oder aber der ArmAnw. ursprünglich die Absicht hatte, den Termin selbst wahrzunehmen, im letzten Augenblick aber aus irgendwelchen Gründen daran gehindert war, schließlich auch in denjenigen Fällen, in denen die Partei selbst glaubte, den Termin wahrnehmen zu können, jedoch gleichfalls in letzter Minute verhindert war. Dies im Einzelfalle festzustellen und abzugrenzen, dürfte — ganz abgesehen von der Frage der Notwendigkeit der Terminswahrnehmung überhaupt — nur wieder eine neue Kategorie von Zweifelsfragen heraufbeschwören.

Der eingehend begründeten Entsch. von OLG. Kassel muß allerdings zugegeben werden, daß an sich sehr gut auch die Erwägung vertreten werden kann, die von der Rspr. geschaffene Notmaßnahme der Substitutenbestellung durch den ArmAnw. sei nunmehr entbehrlich geworden, nachdem die fehlende gesetzliche Regelung erfolgt sei. Es ist auch möglich, daß dies der Wille des Gesetzgebers gewesen ist. Was dagegen spricht, ist in der Entsch. des RG. v. 6. Febr. 1937 bereits erörtert. Was dafür spricht, erwägt OLG. Kassel, aber eben, wie bereits gerügt, nicht folgerichtig. Denn eine erschöpfende gesetzliche Regelung läßt keinen Raum für Ergänzungen, auch nicht in Ausnahmefällen. Ist § 39 Abs. 2 RAO. aber — wovon OLG. Kassel ausgeht — erschöpfend gedacht, dann klafft zweifellos eine gewaltige Lücke für die oben aufgeführten Fälle, in denen eben trotz dringender Notwendigkeit die besondere Beordnung infolge der tatsächlichen Verhältnisse gar nicht mehr herbeigeführt werden kann.

Eine derartige Verschlechterung der Lage der armen Partei gegenüber der nichtarmen Partei wäre aber kaum im Sinne unserer heutigen Bestrebungen und jedenfalls eine solche Begleiterscheinung der gesetzlichen Neuregelung, daß sie bestimmt nicht beabsichtigt worden ist. Daraus folgt wiederum, daß in der Praxis eine Auslegung notwendig wäre, die mindestens in der Auffassung des OLG. Kassel gipfeln müßte und so die Zweifel der Grenzziehung für die Ausnahmefälle mit sich bringen müßte.

Man scheint danach in der Tat der Standpunkt, der nunmehr der armen Partei die dreifache Möglichkeit der Terminswahrnehmung sichert, der zutreffende zu sein.

Eine — unbillige — Mehrbelastung der Reichskasse ist damit nicht zu befürchten. Denn der Hebel zur Vermeidung einer solchen ist bei der Notwendigkeit der Terminswahrnehmung anzusehen. Wo sie aber zu bejahen ist, dürfte es ganz gleichgültig sein, auf welchem Wege die Wahrnehmung bewerkstelligt wird.

Unverständlich ist die Begründung, mit der OLG. Kassel die Ansicht des RG. über die Auslegung des Begriffs „besondere Umstände“ als verfehlt bezeichnet, noch viel unverständlicher die gleiche Kritik in bezug auf die Auslegung des § 1 Abs. 3 ArmAnwG. Zu ersterem Punkt übersieht OLG. Kassel völlig, daß die Kosten eines Substituten dieselben sind, wie die eines beigeordneten Beweis-anwalts (so bereits meine Ausführungen in JW. 1936, 2512; ferner Komw. z. ArmAnwG.

§. 64). Damit schwebt also kein angebliches Gegenargument in der Luft. OLG. Kassel setzt außerdem hierbei voraus, was erst zu beweisen wäre, nämlich daß „besondere Umstände“ in Wahrheit keine besonderen Umstände, sondern eben nur die auch sonst für die Wahrnehmung auswärtiger Termine erforderlichen normalen Voraussetzungen bedeuten, und rügt die gegenteilige Auffassung als eine unzulässige Korrektur des Gesetzgebers. Das ist aber gerade die Streitfrage, die OLG. Kassel trotz seiner zum Teil zweifellos beachtlichen Argumente nicht überzeugend hat lösen können. Zum zweiten Punkt genügt zu sagen, daß, wenn aus der verschiedenen Wortfassung kein Schluß gezogen werden soll, man dahin käme, das Gesetz überhaupt nicht mehr als maßgebend anzusehen und statt dessen das Gutdünken im einzelnen Fall entscheidend sein zu lassen.

Wenn schließlich OLG. Kassel rügt, daß die Kosteninstanzen „klüger“ sein wollen, als das Prozeßgericht, so darf dem wohl entgegengehalten werden, daß annehmbar auch OLG. Kassel, wenn es in die Lage kommt, als Kosteninstanz eine Stellungnahme des Prozeßgerichts als unzutreffend beurteilen zu müssen, im Rahmen der ihm gesetzlich zugewiesenen Zuständigkeit nicht zögern wird, pflichtgemäß klüger zu sein als das Prozeßgericht und seine Entsch. nach seiner besseren Einsicht zu treffen.

RGK. Dr. Gaedekke, Berlin.

Armenanwaltsgesetz und §§ 114—127 ZPO.

19. RG. — §§ 1, 4 ArmAnwG.; §§ 829, 836 ZPO. Der Pfändungsgläubiger des Erfaßenspruchs des ArmAnw. an die Reichskasse kann an Stelle des Anwalts das Festsetzungsverfahren aus § 4 ArmAnwG. betreiben.

Auf Grund eines Pfändungsbeschlusses bezüglich des Erfaßenspruchs des beigeordneten Armenanwalts an die Reichskasse hat der Pfändungsgläubiger eine Liquidation über 75 R. überreicht und unter Bezugnahme auf § 836 ZPO. die Festsetzung der Armenanwaltsgebühren für den Anwalt beantragt. Der UrV. hat den Antrag abgelehnt, da der Antragsteller hierzu nicht befugt sei, im übrigen auch ein Anspruch des Anwalts an die Reichskasse nicht bestehe. Das OLG. hat die Erinnerung aus letzterer Erwägung zurückgewiesen.

Der Beschwerde konnte nicht stattgegeben werden, wenn auch in erster Reihe verfahrensrechtliche Bedenken zur Ablehnung des Festsetzungsgesuches führen müssen.

Auszugehen ist davon, daß eine Pfändung und Überweisung der einem Armenanwalt gegen die Reichskasse zustehenden Ansprüche, ebenso wie eine Abtretung, an sich zulässig ist (Gaedekke, „ArmAnwG.“ S. 152), und daß hier auch die Pfändung in an sich wirksamer Weise ausgebracht ist. Die Frage dagegen, ob der Pfändungsgläubiger damit auch das Recht erwirbt, das Festsetzungsverfahren zu betreiben, wird, soweit sie in Rechtslehre und Rspr. behandelt wird, verneint (so OLG. Hamm v. 18. März 1935: JW. 35, 179) und angenommen, daß der Pfändungsgläubiger praktisch nur eine Anwartschaft auf die für den Armenanwalt festzusetzenden Kosten erwirbt (Gaedekke, „ArmAnwG.“ S. 153) und daß die Reichskasse die Pfändung nur erst bei Auszahlung der — festgesetzten — Armenanwaltskosten zu berücksichtigen habe (Rittmann-Wenz, 13 zu § 1 ArmAnwG.).

Der Senat glaubt indes, die an sich vorhandenen rechtlichen Bedenken vor allem im Interesse einer praktischen Lösung zurückstellen zu sollen und hat deshalb die Legitimation des Pfändungsgläubigers anerkannt.

Das Gesetz sagt über die Aktivlegitimation zum Antrage auf Festsetzung der Gebühren nichts Besonderes. Immerhin ergibt sich aus dem Zusammenhang zweifelsfrei, daß sie ausschließlich dem forderungsberechtigten Armenanwalt zukommt. Nur um seine persönlichen Ansprüche für seine eigene Tätigkeit als beigeordneter Anwalt auf Grund der durch die

Beiordnung geschaffenen öffentlich-rechtlichen Beziehungen handelt es sich, ohne daß naturgemäß ein höchst persönliches Recht des Anwalts anerkannt wird. Immerhin kann nur er die erforderlichen Erklärungen — Versicherung wegen der Auslagen, wegen der etwaigen anrechnungsfähigen Vor-schüsse — abgeben, nur er steht in unmittelbaren Rechts-beziehungen zur Partei einerseits und zur Reichskasse andererseits und kann daher das Verfahren aus § 4 ArmAnwG. betreiben.

Für die Frage, ob an Stelle des Armenanwalts selbst auch der Pfändungsgläubiger des Ersatzanspruchs des Armenanwalts an die Reichskasse das Festsetzungsverfahren aus § 4 ArmAnwG. betreiben kann, ist von § 836 Abs. 1 ZPD. auszugehen. Hiernach soll die Überweisung den Pfandgläubiger in den Stand setzen, die an sich im Vermögen des Schuldners verbliebene gepfändete Forderung an dessen Stelle einzuziehen und sich so wegen der Vollstreckungsforderung Befriedigung zu verschaffen. Deshalb ersetzt gem. § 836 Abs. 1 ZPD. die Überweisung die förmlichen Erklärungen des Schuldners, von welchen nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts die Berechtigung zur Einziehung der Forderung abhängig ist. Damit ist dem Pfändungsgläubiger die Befugnis übertragen, alle Rechtsgeschäfte vorzunehmen, die dem Zwecke dienen, die Leistung des Drittschuldners herbeizuführen (Jonas, V 1 zu § 836 ZPD.). Es kann also grundsätzlich der Pfändungsgläubiger, soweit dies zur Erreichung seiner Befriedigung erforderlich ist, den Anspruch an den Drittschuldner auch den Gerichten oder Verwaltungsbehörden gegenüber geltend machen, ohne einer anderen Legitimation als der Überweisung zu bedürfen (Jonas, V 2 a. a. D.).

Den tatsächlichen Schwierigkeiten, die sich naturgemäß für den Überweisungsgläubiger dabei ergeben, trägt das Gesetz dadurch Rechnung, daß nach § 836 Abs. 3 ZPD. der Schuldner verpflichtet ist, dem Gläubiger die zur Geltendmachung der Forderung nötige Auskunft zu erteilen und ihm die über die Forderung vorhandenen Urkunden herauszugeben.

So ist der Pfändungsgläubiger ebenso rechtlich legitimiert wie tatsächlich in den Stand versetzt, gegen den etwa die Zahlung weigernden Drittschuldner notfalls auch im Wege der Klage den gepfändeten Anspruch zu verwirklichen.

Würde es sich demnach bei dem Festsetzungsverfahren aus § 4 ArmAnwG. nur um die Verwirklichung eines streitigen oder auch nur zweifelhaften Anspruchs handeln, so würden rechtliche Bedenken dagegen, eine Legitimation des Pfändungsgläubigers zum Betreiben dieses Verfahrens an Stelle des Armenanwalts anzuerkennen, nicht bestehen. Allein die Besonderheit dieses Festsetzungsverfahrens liegt darin, daß es zwar der ausschließliche verfahrensrechtliche Weg ist, den Ersatzanspruch des Armenanwalts an die Reichskasse geltend zu machen, und daß deshalb dieses Verfahren nicht etwa durch eine Zahlungsklage gegen die Reichskasse ersetzt und so umgangen werden kann, daß indes die eigentliche Funktion des Festsetzungsverfahrens die ist, das Bestehen einer Zahlungsverpflichtung der Reichskasse an den Armenanwalt nach Grund und Höhe — konstitutiv — festzustellen. Seiner Rechtsnatur nach ist es also nicht ein Einziehungsverfahren gegen den der Zahlung sich weigernden Schuldner — bei einer Weigerung der Reichskasse, den festgesetzten Betrag zu zahlen, würde nunmehr eine Leistungs-klage in Frage kommen und zulässig sein (Gaedek, ArmAnwG. S. 212, 218) —, sondern ein dem Kostfestsetzungsverfahren aus §§ 103 ff. ZPD. paralleles und nachgebildetes eigenes Verfahren, in welchem nach eigenen Regeln der geltend gemachte Ersatzanspruch geprüft und festgesetzt wird. Dieses ist also, vom Gesichtspunkt der Einziehung des Anspruchs des Armenanwalts aus betrachtet, das gesetzliche Vorverfahren, nicht etwa ein Einziehungsverfahren.

Die Erörterung spitzt sich daher auf die Frage zu, ob die Überweisung zur Einziehung dem Pfändungspfandgläubiger eine so weitgehende Rechtsstellung verschafft, daß er auch zur Betreibung derartiger Vorverfahren überhaupt und somit hier insbef. des Festsetzungsverfahrens aus § 4 ArmAnwG. an Stelle des Armenanwalts legitimiert wird.

Die an sich vorhandenen Bedenken werden zurückgestellt und aus dem eigentlichen Sinn und Zweck der Vorschrift des § 836 Abs. 1 ZPD. wird die Befugnis des Pfändungspfandgläubigers hergeleitet werden müssen, über die eigentliche Einziehung hinaus zunächst einmal auch die Feststellung in besonderen, gesetzlich vorgesehenen Vorverfahren betreiben zu dürfen, von der der Bestand und der Nachweis der gepfändeten Forderung und damit die erfolgreiche Einziehung abhängen. Andernfalls würde die Überweisung dem Pfändungspfandgläubiger nur eine unvollkommene Rechtsstellung schaffen und ihn nötigen, im Wege besonderer Klage den Armenanwalt zu zwingen, den Festsetzungsantrag aus § 4 ArmAnwG. zu stellen, wobei sich schon insofern Schwierigkeiten ergeben müßten, als beispielsweise die Einlegung der Erinnerung oder einer Beschwerde gegen eine ungünstige Entsch. im Festsetzungsverfahren schwerlich im Klagenwege erzwingen werden könnte. Im übrigen müßte selbst der materielle Rechtsgrund einer derartigen Klage zweifelhaft bleiben, da § 836 Abs. 3 ZPD. nur eine Auskunftspflicht, d. h. eine Art Offenbarungspflicht dem Pfändungspfandgläubiger gegenüber vorsieht und allein unter diesem Gesichtspunkt sich die Verpflichtung zur Betreibung des „Vorverfahrens“ kaum rechtfertigen ließe. Um so stärker ist das rechtliche wie praktische Bedürfnis nach Anerkennung einer Rechtsstellung des Pfändungspfandgläubigers, die ihm eine weitgehende Einziehungsbefugnis zugestehet und so auch seine Einschaltung in Sonderverfahren gestattet, ohne welche eine eigentliche Einziehung nicht denkbar ist. Wie weit die Praxis in der Auslegung des Begriffs „Einziehung“ geht, zeigt z. B. RG. v. 9. April 1900: JW. 1900, 1424, wonach die Überweisung zur Einziehung auch die der Hinterlegungsstelle gegenüber abzugebende Auszahlungsbewilligung des Schuldners enthält. Sogar die Anfechtungsklage gemäß dem AnsG. kann der Pfändungspfandgläubiger erheben, um auf diese Weise seine Befriedigung aus der Vollstreckungsforderung zu sichern (Jonas, V 2 zu § 836).

Aus diesen Erwägungen heraus erachtet der Senat eine Anerkennung der Legitimation des Pfändungspfandgläubigers des Ersatzanspruchs des Armenanwalts, dem die Forderung zur Einziehung überwiesen ist, zur Betreibung des Festsetzungsverfahrens aus § 4 — demgemäß auch zur Einlegung der Erinnerung und gegebenenfalls Beschwerde — für gegeben.

Damit ist allerdings der Pfändungspfandgläubiger noch nicht in den Stand gesetzt, auch solche für dieses Verfahren etwa erforderlichen Erklärungen abzugeben, die gerade entweder nur mit Rücksicht auf die Anwaltszugehörigkeit besondere rechtliche Bedeutung haben oder aus sonstigen Gründen nur vom Armenanwalt persönlich, weil andernfalls nicht unbedingt zuverlässig, abgegeben werden können. Hierzu rechnet einmal die gem. § 4 ArmAnwG. i. Verb. m. § 104 Abs. 2 Satz 2 ZPD. ausreichende Versicherung des Anwalts wegen der Post- u. w. Auslagen, sodann auch seine Erklärung über ihm zugeflossene, etwa anrechnungsfähige Vor-schüsse gem. § 3 ArmAnwG. Gerade letztere ist von ausschlaggebender Bedeutung und eine besondere aus § 3 ArmAnwG. sich ergebende Rechtspflicht des Anwalts (Gaedek, ArmAnwG. S. 209). Denn bevor nicht festgestellt, ob der Armenanwalt anrechnungsfähige Beträge von irgendeiner Seite erhalten hat, ist der UrkF. nicht in der Lage, die Festsetzung zu Lasten der Reichskasse vorzunehmen, da andernfalls die Gefahr besteht, daß die ergehende Anrechnung in Wahrheit eine Nichtschuld der Reichskasse zum Gegenstand hat. Aus diesem Grunde kann auch nicht eine nach Lage des einzelnen Falles vielleicht bestehende, mehr oder weniger große Wahrscheinlichkeit für oder gegen das Vorhandensein solcher anrechnungsfähigen Beträge herangezogen werden.

Solange daher der Pfändungspfandgläubiger nicht eine entsprechende — von ihm notfalls auf Grund des § 836 Abs. 3 vom Anwalt zu erzwingende — Erklärung beibringen kann, kann er mit seinem Festsetzungsantrag nicht durchbringen. Schon aus diesem verfahrensrechtlichen Grunde scheitert daher hier die Festsetzung irgendwelcher Armenanwaltskosten.

(RG., 20. ZivSen., Beschl. v. 17. April 1937, 20 W 1849/37.)

20. OLG. — ArmAnwG. Die selbstverschuldete Entlassung des ArmAnw. zieht Gebührenverlust nach sich bei nochmaliger Entziehung der Gebühren für den Nachfolger.

Der ArmAnw., der durch eigenes Verhalten seine Entlassung als ArmAnw. und die Bestellung eines neuen ArmAnw. veranlaßt, verliert in gleicher Weise wie ein Anwalt, der sonst die vorzeitige Beendigung des Auftrags durch sein Verschulden verursacht, insofern seinen Gebührenanspruch an die arme Partei und damit an die Reichskasse, als diese Gebühren für seinen Nachfolger nochmals entstehen. Diese Voraussetzungen sind im vorl. Falle gegeben. A. hat durch seine Strafsetzung die Entlassung als ArmAnw. und die Bestellung eines neuen ArmAnw. verschuldet. Er kann deshalb nach dem dargelegten Grundsatze, den der Senat in ständiger Rspr. vertreten hat, keine Gebühren verlangen, da die gleichen Gebühren für seinen Nachfolger nochmals zur Entstehung gelangt sind.

(OLG. Kiel, 2. ZivSen., Beschl. v. 15. Febr. 1937, 2a W 10/37.)

*

21. OLG. — § 5 ArmAnwG.; §§ 115, 117, 124, 125, 126 ZPO. Die Reichskasse kann den gem. § 5 ArmAnwG. auf sie übergegangenen Erstattungsanspruch gegen den erstattungspflichtigen Gegner auch dann geltend machen, wenn diesem das Armenrecht bewilligt wurde und eine Nachzahlungsanordnung noch nicht ergangen ist. †)

Gemäß § 117 ZPO. hat die Bewilligung des Armenrechts auf die Verpflichtung zur Erstattung der dem Gegner erwachsenen Kosten keinen Einfluß. Mit anderen Worten, die siegreiche Partei kann gegen die unterlegene gem. §§ 103 ff. ZPO. die Kosten auch dann festsetzen lassen, wenn diese noch im Genusse des Armenrechts ist. Hat auch die siegreiche Partei das Armenrecht, so steht ihr dieses Festsetzungsrecht nur in beschränktem Umfang zu; denn sie kann die Kosten nicht geltend machen, die ihr selbst gem. § 115 ZPO. gestundet sind. Dagegen kann ihr Anwalt gem. § 124 ZPO. die ihm zustehenden Gebühren und Auslagen von dem in die Kosten verurteilten Gegner ohne weiteres betreiben, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob diesem das Armenrecht bewilligt ist oder nicht. Er kann aber auch die Reichskasse in Anspruch nehmen und sich seine Kosten nach den Vorschriften des ArmAnwG. erstatten lassen. Macht er von diesem Recht Gebrauch, so geht gem. § 5 S. 1 ArmAnwG. sein Anspruch, der ihm gem. § 611 bzw. gem. § 631 BGB. gegen seinen Auftraggeber oder gem. § 124 ZPO. gegen den in die Prozeßkosten verurteilten Gegner zusteht, mit der Erstattung insofern auf die Reichskasse über. Und daraus ergibt sich, daß die Reichskasse berechtigt ist, das, was sie ihm erstattet hat, entweder gegenüber seinem Auftraggeber oder gegenüber dem unterlegenen Gegner geltend zu machen. Freilich gegen den Auftraggeber kann sie, ebenso wie der Rechtsanwalt, erst dann vorgehen, wenn das Gericht gem. §§ 125, 126 ZPO. die Nachzahlung der Beträge angeordnet hat, deren Entrichtung demselben infolge der Armenrechtsbewilligung gem. § 115 ZPO. einstweilen gestundet war. Dagegen kann sie ohne weiteres gegen den unterlegenen Gegner vorgehen, und zwar auch dann, wenn diesem das Armenrecht bewilligt und die Nachzahlung noch nicht angeordnet ist; denn die Nachzahlungsanordnung gem. §§ 125, 126 ZPO. bezieht sich nur auf die Kosten, die die arme Partei der Reichskasse, nicht aber auch auf diejenigen, die sie im Falle ihres Unterliegens dem Gegner schuldet.

Damit tritt der Senat der herrschenden Ansicht bei, die von den OLG. Kiel: *WBl.* 1930, 175, Köln: *R.* 1930 Nr. 528 = *DRZ.* 1930 Nr. 597 = *HöchstRspr.* 1930 Nr. 1857, Stettin: *WBl.* 1932, 66, Karlsruhe: *ZW.* 1934, 2936⁵, Dresden: *ZW.* 1935, 804⁴⁴ und Hamm: *ZW.* 1935, 2913⁴³ sowie von Baumbach 1936 Anm. 1 C und *Rittmann-Wenz*, 1936, Anm. 9 zu § 5 ArmAnwG. vertreten wird.

Anderer Ansicht ist, soweit sich ersuchen läßt, nur das RG.: *ZW.* 1935, 1045¹⁰, das davon ausgeht, daß auf die Geltendmachung des auf die Reichskasse übergegangenen Rückgriffsanspruchs gem. § 5 S. 2 ArmAnwG. die Vorschriften über die Erhebung von Gerichtskosten entsprechend anzuwenden seien, daß aber Gerichtskosten von der unterlegenen armen Partei vor

Anordnung der Nachzahlung nicht erhoben werden dürften und daß die arme Partei somit vor Anordnung der Nachzahlung auch die nummehr auf die Reichskasse übergegangenen Armenanwaltskosten nicht zu bezahlen brauche, da der Begriff der Geltendmachung weiter sei, als der der Einziehung und er zum Ausdruck bringe, daß die Reichskasse mit ihrem Anspruch gegen den Schuldner nicht hervortreten dürfe, bevor dieser nicht zur Zahlung verpflichtet sei. Dem kann jedoch nicht beigetreten werden; denn die Vorschrift des § 5 S. 2 ArmAnwG. bringt nur zum Ausdruck, daß der Erstattungsanspruch der dem ArmAnw. gem. § 124 ZPO. gegen den unterlegenen Gegner zusteht, nach seinem Übergang auf die Reichskasse nicht, wie vorher von dem Anwalt im Wege des Kostenfestsetzungsverfahrens (vgl. *Baumbach*, 11. Aufl., Anm. 1 A; *Jonas*, 15. Aufl., Anm. III und *Sydow-Busch*, 21. Aufl., Anm. 1 zu § 125 ZPO.), sondern unter entsprechender Anwendung der Vorschriften über die Erhebung von Gerichtskosten im Verwaltungs-zwangsverfahren geltend gemacht werden kann (vgl. *OLG. Dresden: ZW.* 1935, 804⁴⁴; *RG. Lübben: ZW.* 1936, 3351⁶⁹ u. *Rittmann-Wenz*, 1936, Anm. 1 zu § 5 ArmAnwG.).

Dagegen kann dem RG. und mit ihm *Gaedeke: ZW.* 1934, 2936; *ZW.* 1935, 2913; *ZW.* 1936, 3352 und *Thiemann: ZW.* 1935, 804 zugegeben werden, daß es unbillig wäre, wenn die Reichskasse die Armenanwaltskosten der obliegenden Partei von dem unterlegenen zahlungsunfähigen Gegner verlangen würde. Doch haben derartige Erwägungen bei Entsch. der Frage auszuscheiden, ob die Reichskasse nach dem Gesetz befugt ist, die Armenanwaltskosten des obliegenden Gegners, die sie selbst erstattet hat und die insofern gem. § 5 S. 1 ArmAnwG. auf sie übergegangen sind, gegen den unterlegenen armen Gegner geltend zu machen. Denn darüber, ob diese Kosten geltend gemacht werden sollen, hat, wie *Rittmann-Wenz* 1936 in Anm. 9 zu § 5 ArmAnwG. mit Recht ausführt, nicht das Gericht, sondern die Justizverwaltung zu entscheiden.

(OLG. Zweibrücken, 1. ZivSen., Beschl. v. 12. April 1937, 1 W 93/37.)

Anmerkung: Zu dieser Entsch. ist nur zu sagen, daß nicht nur das RG. die von Zweibrücken vertretene Auffassung ablehnt, sondern daß sich neuerdings das OLG. Kiel (Entsch. v. 23. Nov. 1936: *W. d. RM.* 1937, 43) dem RG. angeschlossen hat unter ausdrücklicher Aufgabe seiner früheren gegenteiligen — vom OLG. Zweibrücken für sich zitierten — Ansicht mit Rücksicht auf die „ständige Rspr. des RG.“

OLG. Zweibrücken erkennt an, daß das Ergebnis, daß es für rechtens hält, unbillig ist. Darin liegt aber die schiefe Beurteilung der Rechtslage. Denn nicht nur unbillig, sondern schlechthin in sich widerspruchsvoll ist es, die Vergünstigung des Armenrechts zwar zu gewähren, sie aber gleichzeitig nicht anzuerkennen: zu gewähren nämlich einer Partei nur in ihrer Eigenhaft als einer der prozessführenden Parteien, dessen ungeachtet aber sie zu versagen, wenn diese Partei nun in die Lage kommt, zu unterliegen. Gegenüber dem ursprünglich eigenen Kostenanspruch der Reichskasse soll die Partei zwar gesichert sein, nicht dagegen hinsichtlich des von dritter Seite, dem ArmAnw., durch Ableitung der Reichskasse erst zugelassenen Kostenanspruchs. Das ist nicht nur unverständlich und unlogisch, sondern auch rechtlich unhaltbar. Wenn man schon dahin gelangt, dieses Ergebnis als unbillig zugestehen, sollte es nicht schwer sein, daraus die entsprechende rechtliche Schlussfolgerung zu ziehen und dieses unbillige Ergebnis so auf sehr einfache Weise zu vermeiden. Es erscheint mir höchst überflüssig, wenn neuerdings einzelne Gerichte eingehende Untersuchungen über diese Frage anstellen, sich dabei ängstlich an den Wortlaut der gesetzlichen Bestimmungen klammern und daraus herauslesen, daß der Gesetzgeber dieses Ergebnis bewußt gewollt hat, daß also jede abweichende Stellungnahme eine willkürliche und unzulässige Korrektur des Gesetzes sei. Das Gesetz wird schwerlich etwas Unvernünftiges oder Unbilliges wollen. Also muß man nur den Mut haben, dieser Erkenntnis auch zum Siege zu verhelfen. Den Weg dazu hat RG. gewiesen.

RG. Dr. Gaedeke, Berlin.

22. RG. — § 114 ZPO.; § 14 ZGG.; § 1 ArmAnwG.; Art. 8 PrZGebO. Bewilligung des Armenrechts für den Prozeß und für ein damit zusammenhängendes Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit sind getrennte gerichtliche Funktionen. Beiordnung des prozeßbevollmächtigten ArmAnw. durch das Prozeßgericht für die Erwirkung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung eines Prozeßvergleichs begründet keine Haftung der Reichskasse.

Durch Beschluß v. 22. Aug. 1935 ist der Bekl., vertreten durch ihren Pfleger, das Armenrecht bewilligt und alsdann R. K. als Armenanwalt beigeordnet worden. Der Rechtsstreit ist durch zu gerichtlichem Protokoll geschlossenen Vergleich beendet worden. Dieser Vergleich ist ausdrücklich von der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung abhängig gemacht, diese auch erteilt worden. Der Armenanwalt der Kl. hat außer den für ihn bereits festgesetzten Gebühren für die Vertretung der Kl. im Prozeß noch eine Gebühr von 41,60 RM nebst Umsatzsteuer und Auslagen gemäß Art. 8 ZGebO. für den Antrag auf Erteilung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung des Vergleichs in Ansatz gebracht. Der Urkundsbeamte hat die Festsetzung abgelehnt, da die Beiordnung sich nicht auf die Erwirkung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung erstreckt. Daraufhin hat R. K. um nachträgliche Bewilligung des Armenrechts mit rückwirkender Kraft hinsichtlich des Antrages auf Erteilung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung des Vergleichs und um seine Beiordnung auch insoweit gebeten. LG. hat diesem Antrage entsprochen. Gleichwohl hat der Urkundsbeamte auch den erneuten Erstattungsantrag des Armenanwalts hinsichtlich der Gebühren für seine Tätigkeit im Genehmigungsverfahren abgelehnt, da die berechnete Gebühr durch die Prozeßgebühr abgegolten sei. LG. hat auf Erinnerung hin den Urkundsbeamten angewiesen, von seinen Bedenken Abstand zu nehmen. Hiergegen richtet sich mit Recht die Beschw. der Reichskasse.

Der Senat hat bereits in seiner vom LG. angeführten Entsch. v. 27. Juli 1934 (ZW. 1934, 2497) abgelehnt, eine Tätigkeit des beigeordneten Armenanwalts für die Erwirkung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung für einen im Prozeß zu schließenden Vergleich noch als in den Rahmen der Beiordnung des Anwalts fallend anzuerkennen. Maßgebend ist dabei die Erwägung gewesen, daß trotz gewissen Zusammenhanges einer vom Armenanwalt entwickelten Tätigkeit mit dem Auftrag der Armenanwalt nicht schlechthin für jede solche Tätigkeit eine Gebühr aus der Reichskasse verlangen kann. Denn die Beiordnung beschränkt sich auf die zur Durchführung des Rechtsstreits notwendigen Prozeßhandlungen und alle unmittelbar damit im Zusammenhang stehenden Tätigkeiten (Gaedeke, „Armenanwaltsgesetz“ S. 100). Dazu gehören nicht Maßnahmen, deren Erledigung der armen Partei selbst obliegt und die der Anwalt nur an deren Stelle übernimmt, z. B. die Beschaffung der Genehmigung der Devisenstelle oder auch die Beschaffung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung. Diese Tätigkeit steht jedenfalls außerhalb des Rahmens des Prozeßbetriebes und wird aus diesem Grunde auch nicht durch die Prozeßgebühr mit abgegolten. Insoweit kann also der ablehnenden Begründung des Urkundsbeamten nicht beigetreten werden.

Wohl aber greift der von der Reichskasse geltend gemachte Gesichtspunkt durch, daß der nachträgliche Armenrechtsbeschluß des LG. keine Wirkungen äußern kann.

Zwar hat der Senat stets anerkannt, daß jede Entscheidung des Prozeßgerichts betreffend das Armenrecht für den vor ihm schwebenden Rechtsstreit als wirksamer Staatsakt sich darstellt, der nicht etwa schon deshalb unwirksam sein kann, weil er — z. B. aus Gründen der Zuständigkeit — nicht hätte ergehen dürfen (Gaedeke, „ArmAnwG.“ S. 44, 59; Entsch. des Sen. v. 15. Aug. 1934; WfRpfl. 1934, 109). Deshalb ist z. B. die Beiordnung eines Anwalts durch das Prozeßgericht für ein auswärtiges Beweisverfahren ebenso als wirksam anerkannt worden wie die Beiordnung durch das LG. selbst, obwohl es nur als ersuchtes Gericht, d. h. nur in und zur Ausführung des Ersuchens hätte tätig werden dürfen. Denn es ist immerhin — wenn auch nur teilweise — mit der

Abwicklung des Rechtsstreits selbst befaßt und steht insoweit an Stelle des Prozeßgerichts. Deshalb handelt es sich hierbei in jedem Falle um Entscheidungen, die im Rahmen der §§ 114 ff. ZPO. für den schwebenden Rechtsstreit und innerhalb desselben von den mit ihm befaßten Instanzen ergangen sind, d. h. um Staatsakte, die im Rahmen der den Gerichten vom Gesetz für diese besonderen Zwecke übertragenen Funktionen vorgenommen worden sind. Außerhalb dieser Funktionen steht es aber, wenn ein Prozeßgericht nicht für sein Prozeßverfahren, sondern für ein Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, für welches nach § 14 ZGG. an sich das Armenrecht bewilligt werden kann, das Armenrecht bewilligt und einen Anwalt beiordnet. Damit greift es in die Funktionen der mit der Abwicklung der freiwilligen Gerichtsbarkeitsverfahren betrauten Instanzen ein. Denn ebensoviele wie die Bewilligung des Armenrechts für ein Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit sich auf den daran anknüpfenden oder irgendwie damit zusammenhängenden Prozeß erstreckt (vgl. Schlegelberger 16 Nr. 4 zu § 14 ZGG.), so gilt umgekehrt eine Armenrechtsbewilligung im Prozeß über die nach Maßgabe der Zivilprozeßordnung durchzuführende Rechtsstreitigkeit hinaus. Selbst eine ausdrückliche Anordnung dieses Inhalts hat nicht die Kraft, ein an dieses Verfahren sich etwa anschließendes Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu erfassen. Ein Zueinandergreifen der Wirkungen des Armenrechts und damit auch der Wirkungen der jeweils für die verschiedenen Verfahren zu treffenden Armenrechtsentscheidungen findet daher nicht statt.

Bei dem hier in Rede stehenden Armenrechtsbeschluß des LG., der nachträglich und mit rückwirkender Kraft gerade nur für das vormundschaftsgerichtliche Genehmigungsverfahren das Armenrecht bewilligt, handelt es sich um eine Entscheidung, die nur innerhalb der freiwilligen Gerichtsbarkeit getroffen werden konnte. Dieser Beschluß vermag somit eine Haftung der Reichskasse zur Zahlung von Armenanwaltsgebühren für eine in diesem Verfahren entwickelte Tätigkeit des prozeßbevollmächtigten Armenanwalts nicht zu begründen.

(RG., 20. ZivSen., Beschl. v. 30. April 1937, 20 W 2122/37.)

23. RG. — §§ 119 ff. ZPO. Wenn die zu erstattenden Prozeßkosten auf den Namen der armen Partei festgesetzt sind, kann der mit der Vollstreckung beauftragte GerVollz. nicht von dem auftraggebenden ArmAnw. Zahlung der Vollstreckungskosten fordern.

Dem Gläubiger ist das Armenrecht bewilligt und R. K. als ArmAnw. beigeordnet worden. Nachdem das Prozeßverfahren durch Urteil zugunsten des Gläubigers rechtskräftig entschieden war, betrieb R. K. namens des Gläubigers Kostenfestsetzung und beauftragte den GerVollz. L. die auf Grund des Kostenfestsetzungsbeschlusses des LG. auf 106,75 RM festgesetzten Kosten von der Schuldnerin im Wege der Zwangsvollstreckung einzuziehen. In seinem Schreiben erwähnte B. ausdrücklich, daß es sich um eine Armenrechtssache handele und daß der Armenrechtsbeschluß v. 29. April 1936 auf Wunsch zur Verfügung stehe. Die dann von dem GerVollz. vorgenommene Zwangsvollstreckung verlief fruchtlos. Im Anschluß daran verlangte nun der GerVollz. L. von R. K. die Zahlung seiner Gebühren und Auslagen mit 1,67 RM. R. K. weigerte sich und hat Erinnerung eingelegt. Das RG. hat in dem angefochtenen Beschluß der Erinnerung stattgegeben und den GerVollz. angewiesen, von der Einziehung der durch die versuchte Zwangsvollstreckung entstandenen Gebühren und Auslagen von R. K. B. abzusehen.

Die Beschw. ist nicht begründet.

Das RG. stellt die Entsch. richtig darauf ab, daß die Kosten für den Gläubiger festgesetzt seien und daß der Prozeßbevollmächtigte nur als sein Vertreter versucht habe, die Kosten beizutreiben. Da das dem Gläubiger bewilligte Armenrecht nach § 119 ZPO. auch die Zwangsvollstreckung umfasse, sei die Inanspruchnahme der Tätigkeit des GerVollz. kostenlos.

Dieser Auffassung des RG. tritt heute auch das BeschwG. bei, nachdem es in einem früheren Beschl. 2 T 110/36 einen anderen Standpunkt eingenommen hat. Entscheidend ist allein, ob

der Anwalt die Kosten auf den Namen der armen Partei oder auf seinen eigenen Namen festsetzen läßt. Nur in letzterem Falle ist der Anwalt selbst Schuldner der Beitreibungskosten. Wählt der Anwalt die Festsetzung auf den Namen der Partei, so handelt er dabei innerhalb des Armenrechts. Wenn von der Gegenansicht eingewendet wird, an einer Beitreibung der Kosten, soweit sie über einen von der Staatskasse bereits gezahlten Betrag hinausgingen, habe nur allein der Anwalt ein Interesse, der Anwalt könne sich aber nicht zu eigenem Vorteil das Armenrecht der Partei zunutze machen, so ist diese Auffassung nicht ganz richtig. Denn in dem angefochtenen Beschluß wird zutreffend ausgeführt, daß bei dem Vorliegen der Voraussetzung des § 125 ZPO. eine Nachzahlungspflicht in der Höhe erlischt, in der der Betrag von dem in die Kosten verurteilten Gegner beigetrieben werden kann. Die jetzt von der Kammer vertretene Ansicht ist in Literatur und KPr. wohl die allgemeine (vgl. Jonas, 15. Aufl., § 124 Anm. 3; Schröder, GebD. für GerVollz., 3. Aufl., § 24 Anm. 3 b, der noch in der 2. Auflage eine andere Auffassung vertrat, Gaedele in Schriftenreihe der ZW. 3, 25).

(LG. Hagen, 5. ZR., Beschl. v. 3. März 1937, 2 T 49/37.)

*

24. OLG. — § 119 Abs. 1 ZPO.; § 13 Ziff. 3 RAGebD.
Der für den ersten Rechtszug bestellte ArmAnw. kann für die Mitwirkung bei einem Vergleich, den die Parteien nach der Einlegung der Berufung abgeschlossen haben, den Ersatz der Vergleichsgebühr aus der Reichskasse nicht beanspruchen. †)

Nachdem die Befl. gegen das zu ihren Ungunsten ergangene Urteil des LG. die Berufung eingelegt hatten, haben die Parteien, und zwar die Kl. unter Mitwirkung ihres für den ersten Rechtszug im Armenrecht bestellten Prozeßbevollmächtigten, RA. Dr. B., zur Erledigung des „beim OLG. unter dem Aktenzeichen 3 U 280/36 anhängigen“ Rechtsstreits einen schriftlichen Vergleich abgeschlossen, der zu den Prozeßakten überreicht worden ist. RA. Dr. B. hat gebeten, ihm auch die Vergleichsgebühr aus der Reichskasse zu erstatten, der UrkV. der Geschäftsstelle und im Erinnerungsverfahren das LG. haben dies abgelehnt, da die Vergleichsgebühr von der Beordnung als ArmAnw. nicht mehr umfaßt werde.

Die zulässige Beschw. des Anwalts ist unbegründet. Da die Bewilligung des Armenrechts für jede Instanz besonders erfolgt (§ 119 Abs. 1 ZPO.), kann der für die erste Instanz beauftragte Anwalt nur solche Kosten aus der Reichskasse ersetzt verlangen, die im ersten Rechtszug entstanden sind. Instanz i. S. des Armenrechts ist nach allgemein herrschender Ansicht die Instanz der Kostengesetze (vgl. u. a. den Beschl. des Senats vom 1. Aug. 1931, 1 W 265/31; ZVBl. 1933, 12), sie findet daher ihre natürliche Beendigung zum mindesten in dem Zeitpunkt, wo durch Einlegung der Berufung die neue zweite Instanz begonnen hat. Wenn gleichwohl in gewissen Fällen Kosten des erstinstanzlichen Anwalts, die nach der Einlegung der Berufung entstanden sind, auch vom Senat als erstattungsfähig anerkannt worden sind, so handelt es sich dabei um Auslagen, die infolge der gem. §§ 86 ff. ZPO. an den erstinstanzlichen Anwalt ersorgenden Zustellungen notwendig entstanden sind (vgl. den vom BeschwF. angezogenen Beschluß des Senats 1 W 318/35: ZW. 1936, 617⁵⁷ und die Ausführungen bei Gelinsky = Meyer, Armenanwaltskosten 3, S. 68 unter „Berufung“ 1). Vorliegend handelt es sich aber um eine Gebühr, die im zweiten Rechtszug entstanden ist und sich auf eine Betätigung des Anwalts bezieht, die auch nach dem Willen der Parteien, wie der Hinweis auf die Anhängigkeit des Prozesses beim OLG. zeigt, das Berufungsverfahren beendigen sollte. Eine solche Gebühr kann der ArmAnw. der ersten Instanz nur dann aus der Reichskasse ersetzt verlangen, wenn er, was hier nicht der Fall ist, gem. § 39 Abs. 2 RA. i. d. Fass. des Ges. v. 21. Febr. 1936 zur Vermittelung des Verkehrs mit dem Prozeßbevollmächtigten des zweiten Rechtszuges beigeordnet worden ist.

(OLG. Düsseldorf, Beschl. v. 16. April 1937, 1 W 122/37.)

Anmerkung: Die Abgrenzung der Tätigkeit des ArmAnw. und damit seines Ersatzanspruchs an die Reichskasse ist nicht immer einfach. Immerhin muß grundsätzlich daran

festgehalten werden, daß mit der Beendigung derjenigen Instanz, für welche der ArmAnw. bestellt worden ist, auch seine Befugnis endet, mit Wirkung der Reichskasse gegenüber eine neue Tätigkeit für die arme Partei auszuüben, sofern diese nicht nur noch Ausfluß der bisherigen Tätigkeit ist, wie also z. B. Entgegennahme von Zustellungen, Kostenfestsetzung. Keinesfalls darf der ArmAnw. einer Instanz sich noch in den bereits in höherer Instanz schwebenden Rechtsstreit einmischen, bestimmt nicht mit Wirkung gegenüber der Reichskasse, wofür gerade der Vergleichsschluß nur zu leicht ein besonderer Anlaß ist (Gaedele, „Armenanwaltsgesetz“, S. 173). Denn zwar nicht die Verkündung, wohl aber die Rechtskraft des Urteils oder sonst die Einlegung des Rechtsmittels ziehen auch i. S. des Armenrechts den Schlußstrich unter die Instanz und damit unter die Funktionen des ArmAnw. dieser Instanz.

Deshalb kann z. B. dem ArmAnw. der unteren Instanz keine Gebühr dadurch erwachsen, daß er im Armenrechtsverfahren der höheren Instanz tätig wird (so Entsch. des RG. [KostSen.] v. 4. März 1936: ZW. 1936, 1299 [siehe auch Komm. z. ArmAnwG. S. 78]), mag selbst noch kein Rechtsmittel eingelegt sein, für welches das Armenrecht nachgesucht ist.

Ebenso wenig aber können Bemühungen des ArmAnw. unterer Instanz um eine vergleichsweise Beilegung des Rechtsstreits in höherer Instanz noch als durch das Armenrecht unterer Instanz und durch die zugehörige Beordnung gedeckt angesehen werden. Gelingt es ihm also, jetzt erst die Parteien zu einem Vergleich zu bringen, dann erhält er dafür aus der Reichskasse die Vergleichsgebühr nicht.

Dieses Ergebnis mag nicht ganz befriedigend erscheinen. Immerhin ist es nicht gerechtfertigt, der Tendenz der Förderung von Vergleichsschlüssen zu Liebe — sei es auch selbst erst in höherer Instanz — die Funktionen des ArmAnw. über die ihm nur einmal gezogenen Grenzen hinaus auszuweiten und damit die klare Linie, mit welcher notwendigerweise die Haftung der Reichskasse abgegrenzt werden muß, zu verwischen. Auch wenn man durchaus nicht fiskalisch denkt, leuchtet es ohne weiteres ein, daß damit ohne zwingenden sachlichen Grund die Gefahr erheblicher Mehrbelastung der Reichskasse heraufbeschworen wird. Wenn auf beiden Seiten ArmAnw. vorhanden waren und in zweiter Instanz wiederum beiderseits ArmAnw. vorhanden sind und nunmehr die erstinstanzlichen Anwälte sich mit Erfolg um einen Vergleich bemühen, der dann in zweiter Instanz protokolliert wird, dann sind die Vergleichsgebühren verdoppelt.

Dieses Ergebnis kann nur in besonderen Fällen gerechtfertigt sein, nämlich dann, wenn — ausnahmsweise — ein Verkehrsanwalt im Armenrecht bestellt ist, worauf OLG. Düsseldorf zutreffend hinweist (§ 39 Abs. 2 RA. D.). Dann kann auch für diesen die Vergleichsgebühr neben der Verkehrsgebühr erwachsen (RG. [KostSen.] v. 22. Okt. 1932: ZW. 1933, 542), und zwar, wie ich bereits in meinem Komm. zum ArmAnwG. S. 184 erörtert habe, obwohl streng genommen der Verkehrsarmenanwalt seine Tätigkeit als solcher mit Wirkung der Reichskasse gegenüber auf die bloße Vermittelung des Verkehrs zu beschränken hat.

Ein besonderer Maßstab ist allerdings bei Spaltung des Verfahrens durch ein Grundurteil anzulegen. Hier bleibt trotz Eröffnung der höheren Instanz der Rechtsstreit wegen der Höhe in unterer Instanz anhängig. Damit ist für eine Vergleichstätigkeit des ArmAnw. unterer Instanz noch Raum ohne Rücksicht darauf, ob im Augenblick das Verfahren über die Höhe weitergeführt wird (OLG. Breslau v. 21. Jan. 1932: HöchstKPr. 1932 Nr. 889; Gaedele, „ArmAnwG.“ S. 173). Umgekehrt kann der ArmAnw. höherer Instanz, wenn in ihr Grundurteil ergangen ist, jedenfalls dann keine Vergleichsgebühr aus der Reichskasse beanspruchen, wenn der Rechtsstreit wegen der Verhandlung über die Höhe zurückverwiesen worden ist, also in zweiter Instanz in keinem Teil mehr anhängig ist (RG. [KostSen.] v. 15. Nov. 1933: ZW. 1933, 2924).

Bei Teilverurteilen kann der jeweilige Instanzarmenanwalt nur nach Maßgabe des in seiner Instanz anhängig gebliebenen bzw. gewordenen Anspruchsteils die Vergleichs-

gebührt aus der Reichskasse erhalten (Köln v. 27. März 1934: Höchstrspr. 1934 Nr. 980).

Diese Beispiele zeigen also, wie scharf die Abgrenzung der Zuständigkeit der verschiedenen ArmAnw. beachtet wird und in der Tat beachtet werden muß.

Dieses hat die vorstehende Entsch. zutreffend erkannt. Und dieser Abgrenzung müssen die ArmAnw. in ihrem eigensten Interesse Rechnung tragen, sofern sie nicht bewußt den Interessen seiner Partei das Opfer bringen (so schon Komm. z. ArmAnwG. S. 77), voraussichtlich ohne entsprechende Vergütung tätig zu werden.

RGK. Dr. Gaedeker, Berlin.

Zivilprozessordnung

25. DW. — §§ 3, 9 ZPO.; § 10 Abs. 2 DRG.

Der Streitwert der Klage gegen einen Dritten auf Befreiung von einer gesetzlichen Unterhaltspflicht bestimmt sich nicht nach § 10 Abs. 2 DRG., auch nicht nach § 9 ZPO., sondern nach § 3 ZPO.

Der Kl. hatte Verurteilung der Bekl. dahin verlangt, daß sie ihn von seiner Unterhaltsverpflichtung gegenüber ihrem unehelichen Kinde aus dem rechtskräftigen Urteile v. 4. Nov. 1931 befreie, durch das er zur Zahlung einer vierteljährlichen Rente von 120 RM für die Zeit vom 26. Aug. 1930 bis zum 26. Aug. 1946 verurteilt worden ist; er hatte das damit begründet, daß er verurteilt worden sei, weil die Bekl. als Zeugin in jenem Prozesse eine wahrheitswidrige, von ihm damals aber nicht widerlegbare Aussage gemacht habe, so daß sie ihn nunmehr, nachdem sich das herausgestellt habe, gem. §§ 823, 826 BGB. von seiner Schuldverpflichtung befreien müsse. Das LG. hat seiner Wertfestsetzung auf Grund des § 10 Abs. 2 DRG. den einjährigen Betrag dieser Rente mit 480 RM zugrunde gelegt. Der Beschw. meint, daß nicht § 10 Abs. 2 a. a. D., sondern § 9 ZPO. hier anzuwenden, der Streitwert danach also erheblich höher, zum mindesten auf 2800 RM zu bemessen sei. Der Senat ist der Ansicht, daß hier weder § 10 Abs. 2 DRG. noch § 9 ZPO. Anwendung zu finden hat, sondern daß der Streitwert auf Grund von § 9 DRG. i. Verb. m. § 3 ZPO. nach freiem richterlichem Ermessen festzusetzen ist.

§ 10 Abs. 2 DRG. bestimmt, daß bei Ansprüchen auf Erfüllung einer auf gesetzlicher Vorschrift beruhenden Unterhaltspflicht (oder wie es bis zur Neufassung des DRG. vom 21. Dez. 1922 — inhaltlich jedoch gleichbedeutend — hieß: „bei Ansprüchen auf Alimente, welche auf gesetzlicher Vorschrift beruhen“) der Wert des Rechts auf den Betrag des einjährigen Bezugs berechnet wird. Das setzt voraus, daß es sich um einen Streit über die Verpflichtung selbst zur Unterhaltsgewährung handelt. Man mag diese Bestimmung außer auf den die Regel bildenden Fall, daß der Unterhaltsverpflichtete auf Erfüllung in Anspruch genommen wird, auch auf den Fall anzuwenden haben, daß der Verpflichtete seinerseits auf Feststellung des Nichtbestehens seiner Verpflichtung klagt, vielleicht sogar auch auf den Fall, daß er vom Berechtigten Befreiung von seiner Unterhaltspflicht fordert (vgl. dazu Bürobk. f. gerichtl. Beamt. 1931 S. 174 [Kiel], S. 175 [Celle]; 1932 S. 230 und 231). Immer aber verlangt § 10 Abs. 2 nach seinem Inhalt wie auch nach seiner Zweckbestimmung, den geldlichen Belangen der an der Unterhaltspflicht und ihrer Erfüllung unmittelbar Beteiligten kostenrechtlich entgegenzukommen, daß sie über das Bestehen (Weiterbestehen) der Unterhaltspflicht selbst oder deren Umfang streiten (so wohl auch RGZ. 139/239). Das ist vorliegend nicht der Fall. Daß der Kl. dem unehelichen Kinde der Bekl. Unterhalt gewähren muß, steht nach dem rechtskräftigen Urteil im Vorprozeß fest und kann danach nicht mehr angezweifelt werden. Indem der Kl. von der Bekl. Befreiung von dieser seiner Verpflichtung verlangt, macht er einen Schadenersatzanspruch geltend, also einen recht-

lich wie inhaltlich ganz anders gearteten Anspruch. Für diesen Anspruch ist der unbestreitbare Unterhaltsanspruch nur insofern von Bedeutung, als er eine der Rechtsgrundlagen bildet, aus denen der Schadenersatzanspruch sich ergeben soll; er selbst oder seine Erfüllung gegenüber dem Unterhaltsberechtigten ist dagegen nicht Gegenstand des jetzigen Prozeßstreits. Auf den hier allein streitigen Schadenersatzanspruch kann daher die begünstigende Vorschrift des § 10 Abs. 2 keine Anwendung finden. Auch ihre etwa bloß entsprechende Anwendung verbietet sich, weil § 10 Abs. 2 gegenüber der Regelvorschrift des § 9 DRG. eine Sondervorschrift für ganz bestimmte Einzelfälle ist, die nach dem Gesetze für diese gelten soll, eine Verallgemeinerung irgendwelcher Art auf andere Fälle mit mehr oder weniger gleichgerichtetem Erfolge daher nicht zuläßt. Für alle anderen Fälle — und danach auch für den vorliegenden — muß es vielmehr bei der allgemeinen Vorschrift des § 9 DRG. bleiben.

Nach diesem § 9 sind für die Wertberechnung die Vorschriften der §§ 3—9 ZPO. maßgebend. Von ihnen stellt der § 3 die Grundregel auf, daß der Wert des Streitgegenstandes vom Gericht nach freiem Ermessen festgesetzt wird; die §§ 6 bis 9 sind Sondervorschriften für gewisse Rechtsfreistigkeiten, bei denen unter Ausschluß des richterlichen Ermessens (weil dieses eben nach der ganzen Art dieser Streitigkeiten in besonderem Maße sonst zu den aller verschiedensten Ergebnissen führen würde) bestimmte Regeln für die Wertbemessung gelten. § 9, der von diesen Sondervorschriften allein hier in Frage kommen könnte, bestimmt, daß der Wert des Rechts auf wiederkehrende Leistungen nach dem je nach der Lage des Falles mehrfachen Jahresbetrage der Leistung berechnet wird. Das setzt — ganz ebenso wie im Falle des § 10 Abs. 2 DRG. hinsichtlich des Anspruchs auf Erfüllung einer gesetzlichen Unterhaltspflicht — voraus, daß das Recht auf die wiederkehrenden Leistungen selbst den Gegenstand des Streites der Parteien bildet. Das ist jedoch hier aus den gleichen Gründen, die schon oben bei der Ablehnung der Anwendbarkeit des § 10 Abs. 2 DRG. erörtert sind, nicht der Fall. Das Recht und dementsprechend die Pflicht zur wiederkehrenden Unterhaltsgewährung steht nach dem rechtskräftigen Vorprozessurteil außer aller Frage. Der Streit geht allein darum, ob der Kl. das Recht hat, von der Bekl. im Wege des Schadenersatzes Befreiung von seiner Verpflichtung zur Unterhaltsgewährung verlangen zu können. Dieser geltendgemachte Anspruch ist seinerseits aber kein Anspruch auf wiederkehrende Leistungen. Es ist nicht darauf gerichtet, daß die Bekl. eine bestimmte Geldsumme oder dergleichen entrichten solle, und auch nicht, daß sie eine Leistung fortlaufend wiederkehrend zu erfüllen habe; die Befreiung braucht also nicht in einer Rückzahlung oder in einer Leistung der jeweiligen Unterhaltsbeträge an Stelle des Unterhaltspflichtigen zu bestehen, sie kann vielmehr auch in anderer Weise und auch durch eine einmalige Leistung des Schadenersatzpflichtigen geschehen (vgl. den einen tatsächlich allerdings etwas anders liegenden Fall — der Befreiung von einer Bürgschaft — behandelnden Beschluß des DRG. Kiel: RDW. 33/73). Handelt es sich bei dem Streite der Parteien demnach nicht um die Bewirkung von wiederkehrenden Leistungen, sondern vielmehr um die Herbeiführung eines anderen bestimmten Erfolges, dann ist auch für die Anwendung des § 9 ZPO. kein Raum. Auch nicht für seine etwa entsprechende Anwendung, weil eine weitere Ausdehnung der Vorschrift über den vom Gesetze geregelten Fall hinaus sich — hier ebenso wie oben im Falle des § 10 Abs. 2 DRG. — durch ihre Eigenart als Sonderbestimmung verbietet.

Die Wertfestsetzung hat demnach gemäß der Grundregel des § 3 ZPO. nach freiem pflichtgemäßen richterlichem Ermessen zu erfolgen. Das schließt allerdings nicht aus, daß dabei je nach Lage der Verhältnisse auch die Vorschrift des § 9 ZPO. eine gewisse, aber keinesfalls allein entscheidende Beachtung finden kann.

Für die Bemessung des Wertes des Streitgegenstandes gem. § 3 ZPO. war demgemäß das Interesse des Kl. an

seiner Befreiung von der Unterhaltsverpflichtung maßgebend. Dabei war zu berücksichtigen, daß der Kl. für die Zeit bis zur Klagerhebung — dem 9. Jan. 1937 —, also für 6½ Jahre, den Betrag von etwas mehr als 3000 RM an Unterhalt bereits schuldig geworden war. Es war weiter zu berücksichtigen, daß, wenn auch seine Unterhaltsverpflichtung urteilsmäßig noch weiter bis zum 26. Aug. 1946 dauert, doch noch ungewiß ist, ob sie diese ganze Zeit über andauern wird und nicht möglicherweise — so bei etwa früherem Tode des Kindes — schon vorher wegfällt. Inwieweit hat seine Klage auf Befreiung von seiner Verbindlichkeit, wenn sie an sich auch auf eine Leistung gerichtet ist, eine gewisse Ähnlichkeit mit einer bloßen Feststellungsklage. Und wie bei einer Feststellungsklage der Senat in ständiger Rechtsprechung (ZB. 1936, 2574 = HöchstRspr. 1936 Nr. 1248) in der Regel einen geringeren Wert als für die entsprechende Leistungsklage ansetzt, so erscheint das auch hier angezeigt. Demgemäß ist der Streitwert in Abänderung des angefochtenen Beschlusses auf im ganzen 4000 RM festgesetzt worden.

(OLG. Raumburg, 7. ZivSen., Beschl. v. 16. März 1937, 7 W 32/37.)

*

26. OLG. — §§ 50, 264 ZPO. Keine Klageänderung, wenn an Stelle der für einen nichtrechtsfähigen Verein klagenden Mitglieder der inzwischen rechtsfähig gewordene Verein tritt. †)

Am 19. März 1935 übertrug der damals noch nicht rechtsfähige B.-Verein in W., vertreten durch seinen Vereinsleiter, sein Reformgeschäft auf den Verklagten. § 11 des Vertrages verpflichtete diesen, ab 1. April 1935 an den Verein 4% des Umlages zu zahlen. Diese Verpflichtung hat der Verklagte nicht erfüllt. Deshalb haben im Juli 1936 175 einzeln aufgezählte Mitglieder des Vereins Klage auf Auskunftserteilung erhoben.

Der Verklagte hat geltend gemacht, der Anspruch stehe, wenn er überhaupt begründet sein sollte, dem nicht rechtsfähigen Verein zu. Da dieser nicht parteifähig sei, könnte ihn nur die Gesamtheit seiner Mitglieder geltend machen. Daran fehle es hier. Von den als Kl. genannten Mitgliedern seien einige schon verstorben, mehrere andere wollten überhaupt nicht klagen.

Das OLG. hat Versäumnisurteil gegen die 175 in der Klage genannten Mitglieder auf Klageabweisung erlassen. Dagegen haben die Streitvertreter der Kl. rechtzeitig namens der Mitglieder des Vereins, vertreten durch dessen Vereinsführer, Einspruch eingelegt. Am 13. Okt. 1936 haben sie dem Gericht weiter mitgeteilt, daß der Verein inzwischen ins Vereinsregister eingetragen worden sei und sich das Klagerubrum deshalb ändere in „Der B.-Verein W. und Umgebung e. V., vertreten durch seinen Vereinsleiter“.

Der Verklagte hat Klageänderung gerügt.

Das OLG. hat das Versäumnisurteil aufrechterhalten. Es hält die Einführung des rechtsfähigen Vereins als Kl. für eine unzumutbare Klageänderung, und zwar deshalb, weil im Falle seiner Zulassung und seines Obstehens die Kosten schwerlich gerecht verteilt werden könnten. Die ursprünglich erhobene Klage hält es für unbegründet.

Die dagegen vom rechtsfähigen Verein eingelegte Berufung ist begründet.

Die Ansprüche aus dem Vertrag, die jetzt mit der Klage geltend gemacht werden, standen ursprünglich dem nichtrechtsfähigen Verein zu, gehörten also zu seinem Vereinsvermögen. Das bedarf keiner näheren Darlegung. Dadurch, daß der Verein inzwischen die Rechtsfähigkeit erworben hat, hat er sich zwar in seiner äußeren Erscheinungsform geändert — er ist zur juristischen Person geworden — ein Wechsel in der Identität ist nach der überwiegenden, auch vom Senat gebilligten Meinung (vgl. „RGKomm. z. BGB.“, 8. Aufl., § 21 Anm. 1; Staubinger, „Komm. z. BGB.“, 10. Aufl., § 21 Anm. 34) damit aber nicht verbunden. Der rechtsfähige Verein setzt viel-

mehr den nichtrechtsfähigen fort, die Rechte und Verbindlichkeiten des alten Vereins, besonders also auch der eingeklagte Anspruch, sind damit ohne weiteres auf den rechtsfähigen Verein übergegangen. Von dieser Erkenntnis ist bei Beurteilung der verfahrensrechtlichen Zweifelsfrage auszugehen. Als Kl. sind ursprünglich zwar 175 Mitglieder des damals noch nicht eingetragenen Vereins aufgeführt worden, in Wahrheit waren aber nicht sie, sondern der nicht eingetragene Verein der Kl., und er ist nur deshalb nicht selbst als Kl. benannt worden, weil er nach der ausdrücklichen Bestimmung des § 50 Abs. 2 ZPO. nicht als Kl. auftreten durfte. Das ergibt sich einmal schon daraus, daß eben ein zum Vereinsvermögen gehörender Anspruch mit der Klage geltend gemacht worden ist, im übrigen aber auch noch daraus, daß eine ganze Reihe der als Kl. aufgeführten Vereinsmitglieder von der Klagerhebung gar nichts gewußt haben und ihr, nachdem sie davon erfahren hatten, ausdrücklich widersprochen haben.

Wenn nun der Verein im Laufe des Verfahrens rechtsfähig und damit auch parteifähig wurde und daraufhin selbst in den Prozeß eintrat, dann stellt sich das für eine den wirtschaftlichen Bedürfnissen Rechnung tragende, die Dinge selbst über die Form stellende Auffassung nicht als eine Änderung in der Person der Kl. dar. Es wurde damit vielmehr nur — nach dem Wegfall formeller Schwierigkeiten — die wirkliche Sachlage offenbart, daß nämlich von Anfang der Verein in Wahrheit der Kl. war. Da der rechtsfähige Verein die Handlungen der zunächst für den nicht rechtsfähigen Verein aufgetretenen „Mitglieder“ während des Rechtsstreits genehmigt hat, sich besonders auch zur Übernahme der Kosten des Versäumnisverfahrens für verpflichtet hält, und den Streit fortführt, braucht darauf, ob die Klage von falschen Personen erhoben worden ist und ob sie etwa wegen mangelnder Parteifähigkeit hätte abgewiesen werden müssen, weil wahrer Kl. der nicht rechtsfähige Verein war, nicht eingegangen zu werden (Jonas, „ZPO.“, 15. Aufl., § 50 Abschn. III). Es bestehen keine Bedenken dagegen, den rechtsfähigen Verein im Klagerubrum nunmehr an Stelle der 175 Mitglieder als Kl. aufzuführen (vgl. RGEntsch. vom 1. März 1895: ZB. 1895, 194; RGZ. 85, 259).

Das hat das OLG. verkannt. Es hat zu Unrecht angenommen, in der Person des Kl. sei ein Wechsel eingetreten. Sein Urteil ist aufzuheben und der Rechtsstreit nach § 538 Nr. 2 ZPO. zurückzuverweisen.

Die Kostenentscheidung im Schlußurteil wird nach den allgemeinen Bestimmungen (§§ 91 ff. ZPO.) zu erfolgen haben. Daß der Kl. die Kosten des Versäumnisverfahrens tragen muß, folgt aus § 344 ZPO. Ob der Verklagte — falls er obliegt — Kostenersatzansprüche auch noch gegen die Personen hat, die zunächst die Klage für den nicht rechtsfähigen Verein erhoben haben, kann in diesem Rechtsstreit nicht entschieden werden. Immerhin sei bemerkt, daß etwaige Ansprüche aus § 54 BGB. auf persönliche Haftung einzelner Vereinsmitglieder dadurch, daß der nicht rechtsfähige Verein sich in einen rechtsfähigen umwandelt, nicht berührt werden („RGKomm. zum BGB.“ § 21 Anm. 1). Solche Ansprüche müßten notfalls in einem besonderen Rechtsstreit geltend gemacht werden.

(OLG. Jena, 1. ZivSen., Art. v. 22. Jan. 1937, 1 U 175/36.)

Anmerkung: Der Entsch. ist beizupflichten.

Der entschiedene Fall behandelt die Frage, ob bei Erhebung einer Klage unter Aufzählung der sämtlichen Mitglieder eines nicht rechtsfähigen Vereins als Kl. der Eintritt des inzwischen rechtsfähig gewordenen Vereins in den Rechtsstreit eine Klageänderung enthält. Eine Besonderheit des entschiedenen Falles liegt darin, daß einige der in der Klageschrift genannten Mitglieder des nicht rechtsfähigen Vereins mit der Klagerhebung nicht einverstanden waren.

Der Senat hat mit Recht das Vorliegen einer Klageänderung verneint.

Klageänderung ist nichts anderes als ein ersichtlich gewordener Wechsel in der sachlichen Beziehung zwischen Klagepartei und Klagegegenstand. Eine solche Beziehung wird durch

die formgerechte Klageschrift geschaffen. § 253 ZPO. verlangt zwingend die Angabe der diese Beziehung tragenden Voraussetzungen: Klageparteien, Klagegegenstand, Klagegrund und Klageantrag, wobei letztere den Gegenstand dem Inhalt und Umfang nach zum Ausdruck bringen. Die damit erfolgte Festlegung der Beziehung zwischen den Klageparteien und dem Klagegegenstand bindet für den Rechtsstreit. Jeder Wechsel in dieser gebundenen Beziehung bedeutet eine Klageänderung; er wird herbeigeführt durch jede Änderung des Klageantrags, Klagegrundes (dadurch auch des Klagegegenstandes) und der Klageparteien.

Der Gedanke, daß durch einen Wechsel der Klageparteien eine Änderung in der sachlichen Beziehung zum Klagegegenstand erfolgt, könnte auch im entschiedenen Falle zu der Annahme führen, daß durch den Eintritt des rechtsfähig gewordenen Vereins in den unter Anführung sämtlicher Mitglieder des bisher nicht rechtsfähigen Vereins anhängig gemachten Rechtsstreit eine Klageänderung läge.

Diese Frage soll zunächst einmal unabhängig von der Besonderheit des Falles, daß nicht sämtliche Mitglieder des nicht rechtsfähigen Vereins mit der Klageerhebung einverstanden waren, betrachtet werden. Der Senat hat für ihre Beantwortung mit Recht die sachlich-rechtliche Bedeutung der Umwandlung des nicht rechtsfähigen Vereins in einen rechtsfähigen zum entscheidenden Ausgangspunkt gemacht. Denn nur aus dem sachlichen Recht heraus kann die Frage, ob darin ein Parteiwechsel — auf der Klägerseite — liegt, gelöst werden. Sachlich rechtlich stellt sich aber nach herrschender Ansicht in Abspr. und Rechtslehre („*RR. Komm.*“ § 21 Anm. 1; *Staudinger* § 21 Anm. 34; jetzt auch *Planck* § 21 Anm. 8; *RG.* 85, 258; *Senffv. Arch.* 77, 33; *JW.* 1928, 3111; a. A.: *Ennecerus-Nipperdey* mit weiteren Nachweisen) der rechtsfähig gewordene Verein als die Fortsetzung des bisherigen nicht rechtsfähigen Vereins dar. Die damit gebliebene sachliche Personengleichheit läßt die eingetretene Veränderung nach sachlichem Recht nur als eine äußerliche erscheinen. Dieser rein äußerlichen Umwandlung ist es gemäß, daß im Eintritt des rechtsfähig gewordenen Vereins in einen unter Anführung sämtlicher Mitglieder des nicht rechtsfähigen Vereins erhobenen Rechtsstreit keine Änderung der Klagepartei gefunden werden kann. Denn infolge der Personengleichheit ist kein neuer Streitbeteiligter vorhanden. Die rein äußerliche Umwechslung stellt vielmehr gewissermaßen nur einen Namenswechsel dar. Mangels Parteiänderung ist daher die Beziehung zwischen Kl. und Klagegegenstand die gleiche geblieben. Von einer Klageänderung kann deshalb nicht gesprochen werden.

Die Besonderheit des entschiedenen Falles, daß zwar unter Anführung sämtlicher Mitglieder des nicht rechtsfähigen Vereins die Klage erhoben, einige indessen nicht zugestimmt haben, ändert daran nichts.

Insofern liegt lediglich ein Mangel der Vollmacht des für sie auftretenden Prozeßbevollmächtigten vor. Dieser Mangel konnte jederzeit durch Weibringung einer Vollmacht der nicht einverständenen Mitglieder beseitigt werden. Hätten also ohne den Eintritt des rechtsfähig gewordenen Vereins in den Rechtsstreit diese Mitglieder nachträglich Vollmacht erteilt, so wäre damit der bis dahin bestehende Mangel der Vollmacht geheilt worden. Daß die Beseitigung dieses bloß förmlichen Mangels keine Parteiänderung enthält, bedarf keiner weiteren Ausführung.

Dieselbe Wirkung, die eine derartige nachträgliche Vollmachtserteilung der nicht einverständenen Vereinsmitglieder des nicht rechtsfähigen Vereins haben würde, ist aber durch den Eintritt des rechtsfähig gewordenen Vereins in den Rechtsstreit herbeigeführt worden. Denn dieser umfaßt als personengleicher parteifähiger Kl. die sämtlichen Vereinsmitglieder des früher nicht rechtsfähigen Vereins. Er ist in der Lage, den bislang vorl. Mangel teilweise vollmachtlosen Handelns des Prozeßbevollmächtigten durch Genehmigung zu beseitigen. Ebensovienig wie im Falle einer nachträglichen Vollmachtserteilung durch die nicht einverständenen Mitglieder des nicht rechtsfähigen Vereins unter Eintritt in den Rechtsstreit eine Parteiänderung

angenommen werden kann, ebensovienig liegt im Falle einer Genehmigung durch den inzwischen rechtsfähig gewordenen Verein und seines Eintritts in den Rechtsstreit eine solche vor. In beiden Fällen wird damit kein Wechsel in der sachlichen Beziehung zwischen Kl. und Klagegegenstand herbeigeführt, so daß nicht von einer Klageänderung die Rede sein kann.

Damit erweist sich zugleich die vom Vekl. im Rechtsstreit vertretene Auffassung, daß ein Mangel der Parteifähigkeit vorliege, als unzutreffend. Denn davon kann nie die Rede sein, wenn in der Klageschrift alle Vereinsmitglieder eines nicht rechtsfähigen Vereines aufgeführt sind. Von einem Mangel der Parteifähigkeit kann bei einem eingeklagten Vereinsanspruch nur dann gesprochen werden, wenn eine Minderzahl von Mitgliedern den Anspruch geltend macht.

In derartigen Fällen ist allerdings im Eintritt der restlichen Mitglieder oder des zwischenzeitlich rechtsfähig gewordenen Vereins eine Parteiänderung zu sehen. Denn die Gesamtzahl der Mitglieder des nicht rechtsfähigen Vereins oder der zwischenzeitlich rechtsfähig gewordene Verein als parteifähige Personen sind nicht mit der klagenden parteiunfähigen Minderzahl personengleich. Die Beseitigung der mangelnden Parteifähigkeit, die der Vekl. im Rechtsstreit irrig annimmt, führt damit eine Klageänderung herbei; denn die sachliche Beziehung der klagenden Minderzahl zum Klagegegenstand, wie sie ja in der Klageschrift festgelegt ist, stellt sich als eine andere dar als die der Gesamtzahl der Mitglieder des nicht rechtsfähigen Vereins oder des inzwischen rechtsfähig gewordenen Vereins zum Klagegegenstand (so im Ergebnis auch *Jonas* § 50 VII 1, insbes. Anm. 79 mit weiteren Nachweisen).

RA. Dr. Rebel, Köln

27. RG. — §§ 91, 788, 108 ZPO.; § 87 RA GebD. Abgrenzung der Kosten der Sicherheitsleistung. Erstattungsfähige Rechtsstreitskosten können nur durch die Stellung der Sicherheit unmittelbar erwachsende Kosten sein, nicht solche, die nur der Herbeiführung der Sicherheitsleistung, z. B. durch Maßnahmen zur Sicherstellung der bürgenden Bank, dienen. †

Das ergangene Urteil ist gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 15000 RM für vorläufig vollstreckbar erklärt und angeordnet worden, daß die Sicherheit auch durch selbstschuldnerische Bürgschaft der Hermes-Kreditversicherungs-Bank AG. geleistet werden könne.

In der Kostenfestsetzung hat Kl. auch eine Hinterlegungsgebühr gemäß § 87 RA GebD. in Ansatz gebracht und diese damit begründet, daß sein Prozeßbevollmächtigter zugunsten des Kl. einen Betrag von 13545,32 RM auf ein bei der Bank des Anwalts geführtes Unterkonto hinterlegt habe. Diese Hinterlegung sei nicht auf Veranlassung des Vekl. oder im Einvernehmen mit diesem, sondern auf Grund des mit der Hermes-AG. geschlossenen Vertrages erfolgt. Die Gesellschaft habe vom Kl. die Hinterlegung auf Unterkonto des Anwalts verlangt, bis sie aus der Haftung befreit sei.

Der UrV. hat die Gebühr aus § 87 RA GebD. als nicht erstattungsfähig abgesetzt, AG. dagegen die Gebühr festgesetzt, da ohne die erforderliche Hinterlegung der Bürgschaftsvertrag mit der Hermes-AG. nicht zustande gekommen wäre.

Diese Entsch. unterlag der Aufhebung.

Die Gebühr des § 87 RA GebD. erwächst dem „Anwalt für Erhebung und Ablieferung von Geldern (Wertpapieren)“, worunter nach anerkannter Abspr. auch die Empfangnahme von Geldern (Wertpapieren) zwecks Hinterlegung fällt. Es bedarf indes keines Eingehens auf die Frage, ob der Gebührentatbestand des § 87 auch dann erfüllt ist, wenn die eigene Partei ihrem Anwalt Gelder ausshändig, damit dieser sie — z. B. zwecks Ermöglichung der Vollstreckung aus einem nur vorläufig vollstreckbaren Urteil — hinterlegt, wie es nach der Darstellung der Kl. hier der Fall gewesen sein soll. Denn auch bei Bejahung der Entstehung der Gebühr ist gleich-

wohl die hier allein maßgebende Frage ihrer *Erstattungs-*
fähigkeit zu verneinen.

Der Senat hat bereits in seiner Entsch. v. 21. Jan. 1933 (bei Gaedekke, „Kostenrechtsprechung“ Nr. 152 = *JW.* 1933, 542) darauf hingewiesen, daß die Hebegebühr nicht zu den eigentlichen Rechtsstreitskosten im engeren Sinne, sondern zu den Zwangsvollstreckungskosten jedenfallß dann gehört, wenn sie durch eine der Vorbereitung der Vollstreckung dienende Hinterlegung erwächst. Immerhin kann sie, sofern sie sich als notwendiger Bestandteil der Vollstreckungskosten darstellt, nicht nur nach § 788 *ZPO.* zugleich mit der übrigen Vollstreckung beigetrieben werden, sondern ist, wie an sich die Kosten der Zwangsvollstreckung überhaupt, auch innerhalb der Kostenfestsetzung nach § 104 *ZPO.* zusammen mit den übrigen Rechtsstreitskosten festsetzungsfähig, sofern nur die Voraussetzungen der Erstattungsfähigkeit an sich vorliegen (Entsch. des Sen. v. 14. Nov. 1929 bei Gaedekke, „Kostenrechtsprechung“ Nr. 177). Dabei ist, worauf der Senat in seiner erstgenannten Entsch. bereits hingewiesen hat, zu berücksichtigen, daß, obwohl es sich um Anwaltskosten handelt, die Frage der Notwendigkeit um Grund des § 788 jeweils zu prüfen und nicht etwa in Anwendung des § 91 Abs. 2 *ZPO.* die Erstattungsfähigkeit schlechthin zu bejahen ist.

Selbst diese Erstattungsfähigkeit braucht hier indessen nicht untersucht zu werden, weil es sich nicht um eigentliche Zwangsvollstreckungskosten und damit also auch nicht mehr um Kosten des Rechtsstreits i. S. des § 91 handelt.

RI. hat sich, nachdem das Prozeßgericht die Sicherheitsleistung auch durch Bürgschaft der Hermes-AG. nachgelassen hatte, bei dieser um die Übernahme der Bürgschaft bemüht. Diese hat auf Grund ihrer allgemeinen Versicherungsbedingungen gegen eine entsprechende Provision sich zur Bürgschaftsleistung bereit erklärt, hat jedoch außer den formularmäßigen Bedingungen von der in diesen bereits vorgesehenen Ermächtigung Gebrauch gemacht und durch eine besondere Klausel den Versicherungsnehmer verpflichtet, die Vollstreckung seinem Rechtsanwalt zu überlassen und ihn zu beauftragen, die vom Gegner gezahlten Beträge auf ein Unterkonto des Anwalts einzuzahlen, auch soweit es sich um unmittelbar an den Versicherungsnehmer geleistete Zahlungen des Schuldners handele. Die so hinterlegten Beträge sollten zur Sicherheit der Forderung der Hermes-AG. aus dem Bürgschaftsvertrage dienen.

Danach muß in tatsächlicher Hinsicht davon ausgegangen werden, daß *RI.* diese ihm von der Gegenpartei zugeflossenen Zahlungen seinem Anwalt zur Hinterlegung auf Unterkonto zur Verfügung gestellt hat.

Diese Maßnahme der Hinterlegung gehört indes nicht mehr unmittelbar zur Leistung der Sicherheit. Sie hängt mit der Sicherheitsleistung vielmehr nur insoweit zusammen, als die bürgende Bank ihrerseits zu ihrer eigenen Sicherheit, d. h. gleichsam als Rückversicherung, vom *RI.* diese Hinterlegung verlangt hat. Soweit aber die Kosten einer Sicherheitsleistung gemäß § 108 *ZPO.* überhaupt als Rechtsstreitskosten angesehen werden können, kann es sich nur um solche handeln, die unmittelbar durch die Sicherheitsleistung, also durch die Hinterlegung einer Sicherheit selbst, durch die Bestellung einer Bankbürgschaft (die hierfür der Bank zu zahlende Provision), unter Umständen auch noch durch den Zinsverlust, der durch Abhebung vom Konto des Sicherheitsleistenden und Hinterlegung bei der Hinterlegungsstelle entsteht, erwachsen. Schon die Zurechnung dieser Art von Kosten zu den Zwangsvollstreckungs- und somit Rechtsstreitskosten ist an sich unstritten und rechtfertigt sich nur unter dem Gesichtspunkt, daß bei der Bankbürgschaft diese besondere Art der Sicherheitsleistung vom Gericht gemäß § 108 *ZPO.* angeordnet oder gestattet oder auf Grund besonderer Einigung der Parteien gewählt worden ist und daß aus diesem Grunde die Kosten zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig erscheinen (Entsch. v. 5. Juni 1928: *JW.* 1928, 2152; Gaedekke, „Kostenrechtsprechung“ Nr. 273). Die durch Zinsverlust entstehenden Vermögensnachteile, die an sich schon aufs engste mit der Abhebung und Hinterlegung selbst zusammenhängen, sind vom

Senat vorwiegend unter dem praktischen Gesichtspunkt, dadurch einen besonderen Rechtsstreit zu vermeiden, als erstattungsfähig anerkannt worden (Entsch. v. 26. Sept. 1929 bei Gaedekke, „Kostenrechtsprechung“ Nr. 274). Eine weitere Ausdehnung des Rahmens der Zwangsvollstreckungs- (Rechtsstreits-) Kosten auch auf solche, die durch Maßnahmen erwachsen, die ihrerseits wiederum nur die Beschaffung der Sicherheit oder gar der Deckung der daraus für den Sicherheitsleistenden sich ergebenden Verpflichtungen bezwecken, erscheint demnach mit dem Begriff der Rechtsstreitskosten nicht mehr vereinbar und deshalb rechtlich nicht vertretbar. So hat auch der Senat bereits in seiner Entsch. v. 14. April 1934 (bei Gaedekke, „Kostenrechtsprechung“ Nr. 275 = *JW.* 1934, 1738) es abgelehnt, die durch eine Kreditaufnahme zum Zwecke der Sicherheitsleistung im Prozeß der Partei erwachsenden Unkosten noch als Prozeßkosten anzuerkennen. Denn hier entstehen diese Kosten erst durch ein besonderes Rechtsgeschäft, für welches zudem das verbindende Glied der besonderen gerichtlichen Anordnung aus § 108 *ZPO.* fehlt. Jedenfalls vermag der hierbei an sich zwar bestehende *wirtschaftliche* Zusammenhang den *rechtlichen* Zusammenhang, wie er für den Begriff der Rechtsstreitskosten gewahrt sein muß, nicht mehr zu erfüllen.

Soweit daher hier dem *RI.* durch die Inanspruchnahme seines Prozeßbevollmächtigten für die Zwecke der von der Bankbürgin verlangten Hinterlegung von Geldern auf ein Unterkonto des Anwalts Kosten erwachsen sind, unterfallen sie nicht den Rechtsstreitskosten i. S. des § 791 (788) *ZPO.* und können deshalb für eine Erstattung nicht in Frage kommen.

(*RG.*, 20. ZivSen., Beschl. v. 2. April 1937, 20 W 1566/37.)

Anmerkung: Ich halte die Entsch. für zutreffend. Sie ist letzten Endes nichts anderes als eine Auslegung des Begriffs „Rechtsstreitskosten“. Ich bin nun nicht der Ansicht, daß dabei allzu ängstlich verfahren werden sollte. Es ist schließlich nur sachgemäß und außerordentlich praktisch, Kostenfragen, die mit einer Prozeßführung zusammenhängen, möglichst auch zusammen mit der Abwicklung des Prozesses zu liquidieren. Was also im Rahmen der Kostenfestsetzung mit erledigt werden kann, soll man ruhig auf diesem Wege abtun. Geschädigt wird dadurch niemand, im Gegenteil, alle Beteiligten, nicht zuletzt die Gerichte, haben nur den Vorteil, bestehende Differenzen in einem verhältnismäßig einfachen und billigen Verfahren aus der Welt schaffen zu können. Unter diesem praktischen Gesichtspunkt ist auch die oben mitzitierte Entsch. betr. die Erstattungsfähigkeit des Zinsverlustes im Kostenfestsetzungsverfahren ergangen. Dieser selbst Gesichtspunkt spielt auch in der begrüßenswerten Entsch. des *RG.* v. 26. Okt. 1935 (20 W 6146/35: *JW.* 1935, 3483) betr. die Erstattungsfähigkeit von Detektivkosten im Ehecheidungsprozeß die ausschlaggebende Rolle und findet sich auch sonst mehrfach (Entsch. des *RG.* v. 10. März 1934: *JW.* 1934, 1179), wo selbst die Aufwendungen einer Partei, die einen Unfall erlitten hatte, zwecks Feststellung des Tatbestandes für den einzuleitenden Prozeß den Rechtsstreitskosten zugerechnet worden sind.

Aber auch diese Weitherzigkeit muß ihre Grenzen haben. Es kann, wie das *RG.* mit Recht betont, nun nicht jeder wirtschaftliche Zusammenhang dazu herhalten, auch den notwendigen rechtlichen Zusammenhang zur Erfüllung des Rechtsbegriffs „Rechtsstreitskosten“ zu begründen.

Unzweifelhaft ist es berechtigt, die Kosten der Sicherheitsleistung innerhalb des schwebenden Prozesses, also auch dann, wenn sie in Wahrheit bereits der Zwangsvollstreckung angehören, noch als Rechtsstreitskosten zu behandeln. Jedenfalls läßt sich das mit der *RIpr.* des *RG.* sehr gut mit Hilfe des „verbindenden Gliedes“ der besonderen gerichtlichen Anordnung aus § 108 *ZPO.* rechtfertigen. Es kann sich dabei aber immer nur um die unmittelbar durch die Leistung der Sicherheit erwachsenden Kosten handeln: so die der bürgenden Bank zu gewährende Gegenleistung (Provision), bare Auslagen, die etwa der Partei durch die Sicherheitsleistung erwachsen. Besondere Rechtsgeschäfte dagegen, die die Partei abschließen muß, um sich die Sicherheit von irgendwoher zu beschaffen, ein Kredit, den sie

aufnehmen muß, ein Abstand, den sie zahlen muß, um festliegendes Geld freizubekommen und ähnliches, sind nicht mehr die Sicherheitsleistung selbst. Es sind bloße Vorbereitungsmaßnahmen, die die Sicherheitsleistung ermöglichen sollen.

Bedenkt man nun, daß schon die Sicherheitsleistung selbst nur eine Hilfsmaßnahme darstellt, und will man die Kosten für Vorbereitungsmaßnahmen, die ihrerseits nur wieder diese Hilfsmaßnahme betreffen, trotzdem noch als Rechtsstreitskosten erfassen, dann würde das eine solche Verwässerung dieses Rechtsbegriffs bedeuten, daß er damit überhaupt entbehrlich würde. § 91 ZPO. müßte dann lauten: „Kosten aus Anlaß eines Prozesses.“ So lautet er nicht, bedarf folglich der strengeren, einschränkenden Auslegung.

Sodann noch ein wichtiger verfahrenrechtlicher Gesichtspunkt.

Das Kostenfestsetzungsverfahren ist seiner Rechtsnatur nach nicht dazu da, streitige Rechtsverhältnisse zu klären. Wo also der Streit um solche in die Kostenfestsetzung hineingezogen wird, errichtet sich von selbst die Schranke, bei der die Benutzbarkeit des Festsetzungsverfahrens aufhört. Diese Erwägung gibt m. E. den Ausschlag.

Mit diesem Maßstab läßt sich vorstehender Fall sehr einfach lösen: Die Bank hat zu ihrer Rückversicherung der Partei besondere Verpflichtungen auferlegt. Die in Erfüllung dieser Verpflichtungen erwachsenen Kosten will die Partei erstattet haben. Diese Streitfrage überschreitet den Rahmen bloßer Kostenfestsetzung.

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

*

28. RG. — §§ 104, 100 ZPO. Der Grundsatz der Einheitlichkeit der Kostenverrechnung gestattet nicht die Vermengung der Kostenerstattungsansprüche einerseits zwischen dem Kl. und dem unterlegenen Streitgenossen und andererseits zwischen dem obliegenden Streitgenossen und dem Kl. Es müssen vielmehr zwei gesonderte Festsetzungen vorgenommen werden.

Die Kl. hat gegen die Befl. zu 1 und 2 Klage mit dem Antrage erhoben, sie gesamtschuldnerisch zur Zahlung von 200 RM zu verurteilen. Die Befl. haben Widerklage erhoben mit dem Antrage auf Feststellung, daß der Kl. auch ein weiterer Betrag von 600 RM nicht zustehe. LG. hat den Befl. zu 2 verurteilt, an die Kl. 200 RM zu zahlen und die Widerklage des Befl. zu 2 abgewiesen. Die Klage gegen den Befl. zu 1 hat es abgewiesen und der Widerklage dieses Befl. stattgegeben. Es hat die Kosten der Klage, soweit Verurteilung erfolgt ist, dem Befl. zu 2, soweit Abweisung erfolgt ist, der Kl. auferlegt und die Kosten der Widerklage, soweit Verurteilung erfolgt ist, der Kl., soweit Abweisung der Widerklage erfolgt ist, dem Befl. zu 2 auferlegt.

Der UrV. hat auf die Festsetzungsanträge einmal der Kl., sodann des Befl. zu 1 hin lediglich die von dem Befl. zu 2 an die Kl. zu erstattenden Kosten festgesetzt, indem er eine Ausgleichung der von der Kl. an den Befl. zu 1 einerseits und von dem Befl. zu 2 an die Kl. andererseits zu erstattenden Kosten unter gegenseitiger Verrechnung vorgenommen hat. LG. hat dieses Verfahren unter dem Gesichtspunkt einer einheitlichen Verrechnung der ganzen Rechtsstreitskosten gebilligt und die Frage der Auseinandersetzung unter den beiden Befl. als deren interne im Kostenfestsetzungsverfahren nicht zu erörternde Angelegenheit bezeichnet.

Mit Recht wendet sich der Befl. zu 1 gegen dieses Verfahren, für welches es in der Tat an einer verfahrenrechtlichen Grundlage fehlt. Es ist nicht ersichtlich, worauf die Vorinstanzen die Befugnis der Verrechnung von Kosten, die einmal der Befl. zu 2 der Kl. schuldet, mit Kosten, die die Kl. einem anderen Streitgenossen zu erstatten hat, stützen will. Der Gesichtspunkt der Einheitlichkeit der Kostenverrechnung, für welchen der UrV. sich auf die Entsch. des Senats, 20 Wa 357/31, beruft, ist nur unter dem rein verfahrenrechtlichen Gesichtspunkt aufgestellt, daß eine zusammengehörige Kostenfestsetzung nicht willkürlich auseinandergerissen werden darf und daß grundsätzlich

die Kostenfestsetzung und demgemäß auch die Kostenausgleichung — um diese hat es sich bei dem damals entschiedenen Fall gehandelt — einheitlich, soweit möglich für alle Instanzen, vorgenommen werden müsse. Daß aber dieser verfahrensrechtliche Grundsatz zu einem Eingriff in materielle Rechte und auf diesem Wege z. B. zu einer Bejahung der Gegenseitigkeit von Ansprüchen führen dürfte, die in Wahrheit nicht vorhanden ist, und daß auf diesem Wege die Kostenfestsetzung zwischen einer Partei und den verschiedenen Streitgenossen der Gegenpartei miteinander zu verbinden wäre und gar zu einer Verrechnung der verschiedenen Ansprüche führen dürfte, hat der Senat niemals ausgesprochen und anerkannt.

Im Gegenteil lassen die Vorinstanzen die einschlägigen grundsätzlichen Entsch. des Senats 20 W 11 947/30 v. 8. Dez. 1930 und 20 W 12 909/30 v. 12. Jan. 1930 bei Gaedeker, Kostenrechtsprechung Nr. 118 und 120: JW. 1931, 1116 bzw. 2044 außer acht. In diesen ist die Beteiligung mehrerer — gemeinschaftlich verretener — Streitgenossen, wie auch die Durchführung der Erstattungspflicht für denjenigen Fall erörtert, daß der Kl. nur gegen einen von mehreren Streitgenossen obliegt. Diefenfalls kann er in entsprechender Anwendung des Grundsatzes des § 100 Abj. 1—3 ZPO. denjenigen Anteil an den gesamten Kosten verlangen, der dem Maß der Beteiligung dieses Streitgenossen, wie es sich aus dem Urteil ergibt, entspricht. Bei einer im wesentlichen gleichen Beteiligung aller Streitgenossen haftet danach (Entsch. v. 12. Jan. 1931) der unterliegende Streitgenosse nur auf seinen Kopfteil auch dann, wenn bei einer Verurteilung aller Streitgenossen eine gesamtschuldnerische Haftung auszusprechen gewesen wäre. Dieser Grundsatz ist von Bedeutung für die Erledigung des Kostenfestsetzungsantrages der Kl.

Für den Festsetzungsantrag des siegreichen Befl. zu 1 ist der andere Grundsatz (Entsch. v. 8. Dez. 1930) maßgebend. Der obliegende Streitgenosse kann im Zweifel Erstattung nur des ihm betr. Kopfteils der gemeinsamen Vertretungskosten verlangen, es sei denn, daß er Zahlung der vollen durch die gemeinsame Vertretung entstandenen Anwaltsgebühren gerade durch ihn — und zwar aus eigenen Mitteln — glaubhaft macht. In dieser Entsch. hat der Senat bereits betont, daß ein dem einen Streitgenossen gegen den anderen zustehender Ausgleichsanspruch (§ 426 BGB.) im Festsetzungsverfahren nicht zu berücksichtigen ist.

Schon diese Regelung ergibt klar, daß für eine Vermengung der gegenseitigen Kostenerstattungsansprüche, wie sie in Fällen der hier zur Entsch. stehenden Art abzuwickeln sind, kein Raum ist, auch nicht unter dem Grundsatz der Einheitlichkeit der Kostenverrechnung. Die Entsch. der Vorinstanzen ist denn auch insofern in sich widerspruchsvoll, als sie zwar — an sich zu Recht — die Frage der Abfindung der beiden Befl. als deren interne Angelegenheit aus dem Kostenfestsetzungsverfahren verweisen, gleichwohl aber durch eine — unzulässige — Verrechnung der beiderseitigen Kostenerstattungsansprüche bzw. Kostenerstattungsverpflichtung auf Seiten der bef. Streitgenossen deren gegenseitiges Verhältnis überhaupt erst in das Festsetzungsverfahren einbeziehen.

Nach der vom LG. getroffenen Kostenentscheidung ist die Kl. Erstattungs gläubigerin hinsichtlich der Kosten der Klage und Widerklage, soweit diese den Befl. zu 2 betreffen. Insofern hat also eine gesonderte Kostenfestsetzung stattzufinden. Dagegen ist die Kl. kosten erstattungspflichtig hinsichtlich der Kosten der Klage und Widerklage, soweit diese den Befl. zu 1 betreffen. Insofern hat also wiederum eine gesonderte Kostenfestsetzung zwischen diesen beiden Parteien stattzufinden.

Da ein anderes Maß der Beteiligung als nach Kopfstellen sich weder für die Kostenerstattung der Kl. noch — bisher jedenfalls — für die Kostenerstattung des Befl. zu 1 ergibt, wird die Festsetzung im Ergebnis zugunsten der Kl. dem Befl. zu 2 gegenüber deren halbe Kosten und zugunsten des Befl. zu 1 der Kl. gegenüber gleichfalls die halben auf Seiten beider Befl. erwachsenen Kosten zu berücksichtigen haben.

(RG., 20. ZivSen., Beschl. v. 10. April 1937, 20 W 1838/37.)

*

29. RG. — § 181 ZPO. Auch gegenüber einer nur gegen Stundenlohn tätigen Putzfrau kann (nach Lage des Einzelfalles) eine Ersatzzustellung wirksam vorgenommen werden.

Nach § 181 Abs. 1 ZPO. kann, wenn die Person, welcher zugestellt werden soll, in ihrer Wohnung nicht angetroffen wird, die Zustellung in der Wohnung u. a. an eine in der Familie dienende erwachsene Person erfolgen. Daß das OLG. diese Voraussetzungen bei der Zustellung an Frau E. als gegeben angesehen hat, ist nicht zu beanstanden. Frau E. ist seit etwa sieben Jahren bei M. E. als Putzfrau tätig und reinigt sowohl die Geschäftsräume wie die in demselben Hause auf dem gleichen Stockwerk belegenen beiden Wohnräume des Dr. E.; sie ist dort nicht nur morgens, sondern auch zu anderen Tageszeiten, insbesondere auch nachmittags, tätig gewesen. Bei dieser Sachlage bestehen keine Bedenken, Frau E. als eine „in der Familie dienende“ erwachsene Person i. S. des § 181 Abs. 1 ZPO. zu bewerten. Allerdings muß das Dienstverhältnis, in dem die betreffende Person zu dem Zustellungsempfänger steht, nach allgemeiner Meinung ein dauerndes sein. Das bedeutet insbesondere, daß es sich nicht um eine bloße Aushilfsstätigkeit handeln darf, die von vornherein nur als eine vorübergehende in Aussicht genommen ist, nicht aber, daß, wie die Beschw. meint, das Dienstverhältnis „seiner Natur nach“, die die Beschw. bei einer im Stundenlohn ausgeübten Tätigkeit als Putzfrau vernimmt, dauernd sein, „seiner Art nach wesentlich eine bestimmte Dauer in sich schließen“ müsse. Entscheidend kann nur sein, ob die Beschäftigung nach der Absicht der Beteiligten eine dauernde sein soll oder nicht; die mehr oder weniger geringe Dauer der etwaigen Kündigungsfrist kann für die Frage, ob es sich um ein dauerndes Dienstverhältnis handelt, keine Rolle spielen. Auch, daß Frau E. „in der Familie“ diene, zieht die Beschw. zu Unrecht in Zweifel. Dieses Merkmal setzt, wie allgemein anerkannt ist (vgl. auch § 7 Abs. 1 S. 2 Anweisung betr. die postamtliche Zustellung von Briefen mit Zustellungsurkunde vom 6. März 1914 [PrZMBl. 453]), nicht voraus, daß die dienende Person in demselben Hause wohne. Es kann auch nicht ausnahmslos in seinem rein wörtlichen Sinne verstanden werden; auch wenn eine „Familie“ nicht vorhanden ist, wie bei dem selbständigen Haushalt eines Jungesellen, bleibt die Ersatzzustellung, etwa an die ständig anwesende Haushälterin, unbedenklich zulässig; in diesem Sinne spricht ersichtlich der Vorderrichter von einer Tätigkeit „im Hauswesen“. Wenn die Beschw. meint, daraus Bedenken herleiten zu können, daß die ständigen Beziehungen zwischen der dienenden Person und den Hausgenossen und die Möglichkeit der Überwachung für den Begriff der in der Familie dienenden Person wesentlich seien, diese aber bei einer Stundenfrau fehlten, so kann ihr auch insoweit nicht gefolgt werden. Allerdings kann nach Lage des Falles bei einer bloßen Aufwartefrau die Verbindung zu dem Haushalte eine so lose sein, daß die Voraussetzungen des § 181 Abs. 1 ZPO. nicht erfüllt sind. Daß aber bei der hier gegebenen Sachlage die unmittelbaren Beziehungen und die Überwachungsmöglichkeit sich wesentlich von denen unterscheiden, die bei der Verwendung einer Tages- oder Halbtagshilfe gegeben wären, ist nicht anzuerkennen. Mit Recht hat daher das OLG. die Frau E. als eine Person angesehen, der gegenüber die Ersatzzustellung nach § 181 Abs. 1 ZPO. vorgenommen werden konnte. Auch daß die Zustellung „in der Wohnung“ durchgeführt ist, ist nicht zu bezweifeln, selbst wenn Frau E. sich in den Geschäftsräumen aufgehalten haben sollte (vgl. RGZ. 54, 241). Zutreffend erachtet der Vorderrichter es auch für unerheblich, daß der Postbote nach § 183 hat zustellen wollen; die Wirksamkeit der nach § 181 Abs. 1 statthaften Zustellung wird dadurch nicht beeinträchtigt.

Ist hiernach die Zustellung des Urteils wirksam an Frau E. vorgenommen worden, so kann es dahinstehen, ob das OLG. mit Recht auch angenommen hat, daß Dr. E. die Frau E. zur Empfangnahme von Zustellungen bevollmächtigt gehabt habe.

(RG., VI. ZivSen., Beschl. v. 5. April 1937, VI B 5/37.)

**** 30. RG. — § 256 ZPO.** Für Klagen auf Feststellung, daß ein Patronatsverhältnis zwischen einer Kirchengemeinde und einem Dritten bestehe, ist der ordentliche Rechtsweg gegeben. Voraussetzung eines dinglichen Patronatsverhältnisses in Preußen ist, daß sowohl das die Berechtigung tragende Gut als auch die beteiligte Kirchengemeinde dem preussischen Staatsgebiet angehört. Ist während des Bestehens eines Patronates die Kirchengemeinde in ein anderes Staatsgebiet gekommen, das Gut aber in Preußen verblieben, so ist durch die neue Grenzziehung das Patronatsverhältnis erloschen.

Durch den Vertrag von Versailles kam der südlich der Neße gelegene Teil des bisherigen preussischen Kreises Filchne, in dem die klagende Kirchengemeinde liegt, an Polen, während der nördliche Teil, in dem das dem Bekl. gehörige Gut (Schloß) Filchne liegt, bei Preußen blieb. Zum Besitz des Bekl. gehörte auch das südlich der Neße, also im abgetrennten Gebiet, liegende Gut Gerin (Jaryn), das der Bekl., nachdem ihm von dem Liquidationskommissar in Polen eine Frist von vier Wochen zum freihändigen Verkauf gesetzt war, im Jahre 1923 an einen Polen verkauft hat. Der Bekl. und seine Rechtsvorgänger haben seit der im Jahre 1789 erfolgten Trennung der Herrschaft Filchne von der benachbarten Herrschaft Drzig die Patronatslasten für die Kirche in Kosko — abgesehen von dem von der Herrschaft Drzig geleisteten Bauholz — getragen; seit der neuen Grenzziehung hat aber der Bekl. nur unter dem Vorbehalt geleistet, daß er zur Zahlung jetzt noch verpflichtet sei, und seit Okt. 1926 hat er überhaupt keine Patronatsleistungen mehr bewirkt.

Die Kl. ist der Ansicht, daß die neue Grenzziehung das Patronatsverhältnis zwischen ihr und dem Bekl. nicht berührt habe, und klagt mit dem Antrage auf Feststellung, daß der Bekl. Patron bzgl. der Kirche und Pfarrgebäude in Kosko sei. Vom OLG. abgewiesen, hat sie im zweiten Rechtszuge noch hilfsweise beantragt, festzustellen, daß der jeweilige Eigentümer der Herrschaft Filchne Patron bzgl. der Kirche und Pfarrgebäude der Kl. sei.

Berufung und Rev. wurden zurückgewiesen.

1. Die auch in diesem Rechtszuge von Amts wegen zu prüfende Frage der Zulässigkeit des Rechtsweges ist mit dem OLG. zu bejahen. Der erf. Sen. hat in dem Urte.: JW. 1929, 109¹⁰ bereits ausgesprochen, daß auch auf Patronatsfreiheiten zwischen Kirchengemeinden, die jetzt im Ausland (Polen) liegen, und inländischen Patronen die Vorschriften des Staatsgef. vom 24. Nov. 1925 betr. Anordnung kirchlicher Neu- und Reparaturbauten in den katholischen Diözesen Anwendung zu finden haben. Danach wäre der Rechtsweg nicht zulässig, wenn es sich hier um die Patronatsbauhaft allein handelte. Das ist nicht der Fall, vielmehr begehrt die Kl. Feststellung, daß ein Patronatsverhältnis als solches zwischen ihr und dem Bekl. bestehe. Nach ständiger Rspr. des RG. steht für solche Klagen der ordentliche Rechtsweg offen (RG.: JW. 1927, 785¹⁷, 2855¹⁶; ebenso Pr-OVG.: R. u. PrVerwBl. 49, 742; PrKompfKonfBl.: JW. 1929, 2389). Diese Klage ist also auch ausländischen natürlichen und juristischen Personen nicht zu versagen.

Im übrigen ist aus der eingangs erwähnten Entsch. des Senats, wie das OLG. bereits ausgeführt hat, für den vorl. Streitfall nichts zu entnehmen. Es handelte sich dort nicht um die Frage des Weiterbestehens eines Patronats über eine inzwischen polnisch gewordene Kirchengemeinde. Gegenstand des Rechtsstreits waren vielmehr Baukostenbeiträge aus der Zeit vor der Gebietsabtrennung.

2. Das OLG. sieht das Patronatsverhältnis als durch die neue Grenzziehung beendet an. Es führt zunächst aus, daß durch das Ausscheiden des die klagende Kirchengemeinde einschließenden Teils des Kreises Filchne aus dem preussischen Staatsgebiet und seinen Übergang an Polen der Gegenstand des mit dem preussisch gebliebenen Gut Filchne verbundenen Patronatsrechts weggefallen sei. Die Rev. macht demgegenüber geltend, es sei eine durch nichts begründete Annahme, daß der Wechsel der Staatszugehörigkeit zu einem Untergang der früheren und zur Entstehung einer neuen Kirchengemeinde Kosko geführt habe. So sind indessen die Ausführungen des OLG. wohl nicht aufzufassen. Das OLG. sagt ausdrücklich, die klagende Kirchengemeinde sei dadurch, daß sie Polen zugefallen sei, als in Län =

dische, d. h. preußische öffentlich-rechtliche Körperschaft untergegangen. Das kann nicht bezweifelt werden. Daß die Kirchengemeinde sich als polnische Kirchengemeinde fortsetzt, ist der Rev. zuzugeben. Damit ist aber die Frage des Fortbestehens des Patronatsverhältnisses keineswegs entschieden. Es handelt sich hier gerade um die Frage, welche rechtlichen Folgen für den Bestand des Patronatsverhältnisses sich daraus ergeben, daß das Patronatsgut deutsch geblieben, die Kirchengemeinde polnisch geworden ist.

Ob den Ausführungen des BG., mit denen es das Fortbestehen des Patronatsverhältnisses verneint, in jeder Hinsicht zu folgen wäre, kann unerörtert bleiben. Beizutreten ist ihm jedenfalls darin, daß es an einer rechtlichen Grundlage dafür fehlt, die polnisch gewordene Kirche in Kosko weiterhin als Gegenstand des Patronatsrechts des Bekl. anzusehen. Es handelt sich hier nicht um ein privates dingliches Recht an einer früher inländischen, jetzt im Ausland gelegenen unbeweglichen Sache, das durch die Gebietsabtrennung nicht oder doch nicht ohne weiteres als aufgehoben anzusehen wäre. Vielmehr gehören die Beziehungen zwischen dem Patron und der Kirchengemeinde dem Gebiete des öffentlichen Rechtes an. Das BG. führt zutreffend aus, daß das Patronatsrecht nicht eine im bürgerlichen Recht wurzelnde Berechtigung und Verpflichtung ist, daß der Patron vielmehr innerhalb der Kirche öffentlich-rechtliche Befugnisse ausübt (RGZ. 63, 22). Es ist anerkanntes Recht, daß das Patronatsverhältnis eine Einrichtung des Kirchenrechts ist und als Recht, das dem einzelnen (als solchem oder als Eigentümer eines Gutes oder Grundstücks) nicht um seiner selbst willen zukommt, sondern ihm als einem Gliede der Gesamtheit zufolge deren Ordnung verliehen ist, dem öffentlichen Recht angehört (Hinschius, „System des kath. Kirchenrechts“, Bd. 3 S. 6; Koch-Hinschius, Komm., Ann. 2 zu § 518 II PrALLR.; Förster-Eccius, „Preuß. Privatrecht“, Bd. 3 § 168 Anm. 20; Schoen, „Evang. Kirchenrecht in Preußen“, Bd. 2 § 49 bei Anm. 5). In der Rspr. des RG. wird das Patronatsrecht (im Anschluß an Hinschius a. a. D.) als ein innerhalb der kirchlichen Sphäre liegendes Individualrecht kirchlich öffentlich-rechtlicher Natur bezeichnet, das, von Baustreitigkeiten abgesehen, nur deshalb im ordentlichen Rechtswege verfolgt werden kann, weil das Gesetz es positiv vorschreibt (§§ 364, 362, 577 II 11 PrALLR.; RGZ. 43, 362; 63, 23). Daß insbes. die Bußlast eine öffentlich-rechtliche Verbindlichkeit ist, hat der Senat in dem Urteil: RGZ. 110, 160 bis 163 = JW. 1925, 1614 ausgesprochen. Auch sonst sind die dem Patron gesetzlich obliegenden Leistungen als öffentlich-rechtliche Lasten, die der Eintragung im Grundbuch nicht bedürfen, anerkannt (Schoen a. a. D. Anm. 5; RGZ. 129, 67/71 = JW. 1925, 1385).

Gehört aber das Patronatsverhältnis dem öffentlichen Recht an, so kann nicht nach den Grundsätzen des zwischenstaatlichen Privatrechts entschieden werden, ob ein Patronatsrecht eines Inländers gegenüber einer ausländischen Kirche bestehen kann. Zutreffend nimmt ferner das BG. an, daß auch die Grundsätze der sog. Staatenjurisdiction zur Lösung der Streitfrage nichts beitragen können. Aus ihnen könnte nur gefolgert werden, daß ein dem abgetrennten Gebiet ausschließlich angehörendes Patronatsverhältnis trotz des Wechsels der Staatshoheit aufrechtzuerhalten sei (vgl. Huber, „Staatenjurisdiction“, 1898, S. 59 Nr. 93, S. 60 Nr. 94 und Anm. 100). Außer Betracht haben auch die Bestimmungen des kanonischen Rechtes zu bleiben, auf die die Rev. hinweist. Maßgebend können, soweit preußisches Recht in Frage kommt, lediglich die Vorschriften des preußischen Staatskirchenrechts, insbes. die einschlägigen Bestimmungen des PrALLR. sein, die gem. I des Publikationspatents v. 5. Febr. 1794 an die Stelle der gemeinen subsidiarischen Rechte, also auch des kanonischen Rechtes getreten sind (Urteil des Sen. IV 461/05 v. 15. März 1906, auch IV 202/32 vom 5. Jan. 1933).

Grundsätzlich steht die Ordnung der öffentlich-rechtlichen Verhältnisse einem Staat vermöge seiner Staatshoheit nur innerhalb seiner Gebietsgrenzen zu. Die im PrALLR. enthaltene gesetzliche Regelung des Patronatsrechts bezieht sich daher und kann sich nur beziehen auf solche Patronatsverhältnisse, die

räumlich ausschließlich dem preußischen Staatsgebiet angehören. Voraussetzung eines dinglichen Patronatsverhältnisses in Preußen ist danach, daß sowohl das die Berechtigung tragende Gut wie die beteiligte Kirchengemeinde dem preußischen Staatsgebiet angehört. Daraus erklärt sich ohne weiteres, daß das PrALLR. den Fall, daß eine Kirchengemeinde durch Ausschneiden aus dem preußischen Staatsgebiet von dem Patronatsgut getrennt wird, als Grund für die Beendigung des Patronatsverhältnisses nicht anführt. Nichts anderes kann von dem polnischen Recht gelten, soweit dieses in Betracht zu ziehen wäre. Hieraus ergibt sich, daß bei einem dinglichen Patronatsverhältnis, wie es hier unterstellt worden ist, weder der Staat Preußen — jetzt das Deutsche Reich —, noch der Staat Polen allein die Beziehungen eines bei Preußen verbliebenen Patronatsgutes zu der jetzt in Polen liegenden Kirche ordnen kann. Vielmehr bedarf es hierzu des Zusammenwirkens beider beteiligten Staaten, d. h. des Abschlusses eines Staatsvertrages. Ein solcher ist nicht geschlossen worden. Solange es nicht geschehen ist, kann ein Patronatsverhältnis zwischen den Parteien nicht festgestellt werden.

Anzutreffend ist schließlich der Hinweis der Rev. darauf, daß in der Zeit vom Frieden von Tilsit ab bis zum Wiener Kongreß die Grenzverhältnisse die gleichen gewesen seien, wie jetzt, das Patronatsverhältnis diesen Zustand aber überdauert habe. In jener Zeit bildete in der hier in Betracht kommenden Gegend die Neße nicht die Grenze. Von Schneidemühl, das an das Herzogtum Warschau gefallen war, verlief die Grenze südwestlich über Schönlanke, Stieglitz, Ucherbuden und Mariendorf zur Neße, so daß Schloß Fiehe ebenfalls zum Herzogtum Warschau gehörte, der territoriale Zusammenhang zwischen dem Patronatsgut und der Kirchengemeinde Kosko also nicht aufgehoben war (Konvention von Elbing zwischen Preußen und Sachsen, dem das Herzogtum Warschau zugefallen war, vom 10. Nov. 1807 Art. IV, abgedr. bei Martens Recueil des princ. traités tome VIII., Göttingen 1835, S. 678; Rothert, „Karten und Skizzen aus der Entwicklung der größeren deutschen Staaten“, Düsseldorf 1903, I, Karte 11).

(RG., IV. ZivSen., U. v. 21. Jan. 1937; IV 237/36.) [L.]
(= RGZ. 153, 333.)

*

31. RG. — § 310 ZPO. Ein Verstoß gegen die die Urteilsverkündung regelnden Vorschriften hat zur Folge, daß das Urteil nicht zu Recht besteht. Ein Rechtsmittel gegen ein solches Urteil ist zulässig. Diese Folgen können nicht nach Einlegung des Rechtsmittels durch spätere ordnungsmäßige Verkündung eines anderen Urteils beseitigt werden. †)

Nach § 310 ZPO. erfolgt die Verkündung des Urteils in dem Termin, in welchem die mündliche Verhandlung geschlossen wird, oder in einem sofort anzuberaumenden Termin, welcher nicht über eine Woche hinaus angesetzt werden soll. In der mündlichen Verhandlung vom 9. Jan. 1936 hat das BG. Termin zur Verkündung einer Entsch. auf den 23. Jan. bestimmt. Dies war zulässig, da die Vorschrift über die Anberaumung des Verkündungstermins innerhalb einer Woche nur eine Ordnungsvorschrift darstellt. Das BU. ist dann aber nicht in dem Termin vom 23. Jan., sondern erst am 30. Jan. verkündet worden. Dies wäre, da eine Verlegung des Termins vom 23. Jan. durch einen der Parteien von Amts wegen zugestellten Beschluß gemäß § 227 Abs. 3 ZPO. nicht stattgefunden hat, nur dann zulässig gewesen, wenn die Verlegung des Verkündungstermins auf den 30. Jan. in dem Termin am 23. Jan. verkündet worden wäre. Dies ist nicht geschehen. Eine Niederschrift über den Termin vom 23. Jan. befindet sich nicht bei den Akten. Der Beweis, daß am 23. Jan. der Beschluß über die Verlegung des Verkündungstermins auf den 30. Jan. verkündet worden ist, konnte nach § 164 ZPO. nur durch ein Protokoll geführt werden. Es ist deshalb unerheblich, daß in der Verfügung des Präf. des BG. die Verkündung des Verlegungsbeschlusses in dem Termin am 23. Jan. bescheinigt worden ist. Der Beweis der Verkündung des Verlegungsbeschlusses kann durch Angaben des Senatsvorsitzenden außerhalb eines gerichtlichen Protokolles nicht erbracht werden. Es

braucht deshalb auch nicht erörtert zu werden, ob dem Vermerk in der Terminrolle über die Verlegung des Termins auf den 30. Jan. ein Beweiswert für die Feststellung der Verklündung des Verlegungsbeschlusses überhaupt beigemessen werden könnte. Muß aber davon ausgegangen werden, daß das BU. in einem Termin verkündet worden ist, der den Parteien weder durch die Verkündung eines Gerichtsbeschlusses noch durch eine Zustellung von Amts wegen bekanntgemacht worden war, dann fehlt es an einer ordnungsmäßigen Verlautbarung des BU. vom 30. Jan. Daraus folgt, daß diesem Urteil rechtlich nur die Bedeutung eines Urteilsentwurfs beigemessen werden kann. Dies ist für einen in allen wesentlichen Punkten übereinstimmenden Sachverhalt in einem Urteil des RG. v. 8. Sept. 1936, II 42/36: JW. 1936, 3313¹¹ ausgesprochen worden. Der erf. Sen. hat keinen ausreichenden Anlaß gefunden, dieser Entsch. entgegenzutreten. Die die Verkündung der Urteile regelnden Vorschriften sind Formvorschriften von grundlegender Bedeutung. Es geht nicht an, bei diesen Vorschriften zwischen wichtigen und unwichtigen Bestimmungen zu unterscheiden und bloß jene für zwingend zu erklären (RGZ. 133, 215 = JW. 1931, 2486¹⁴; RGZ. 135, 118 = JW. 1932, 2287¹² m. Anm.; RGUr. v. 8. Sept. 1936: JW. 1936, 3313¹¹). Zur ordnungsmäßigen Verkündung eines Urteils gehört es nicht nur, daß es in der rechten Form, sondern auch zur richtigen Zeit und am richtigen Ort verkündet wird. Ein Verstoß gegen die die Urteilsverkündung regelnden Vorschriften, der zur Folge hat, daß die Parteien der Verkündung in Ermangelung jeder Kenntnis von dem Verkündungstermin überhaupt nicht beiwohnen können, kann als unwesentlich nicht bezeichnet werden.

Daß das BU. v. 30. Jan. ein Urteil im Rechtssinne bisher nicht darstellt, schließt es aber nicht aus, daß dieses Urteil mit dem Rechtsmittel angegriffen werden kann, welches im Falle seiner ordnungsmäßigen Verkündung zulässig sein würde (RGZ. 135, 119). Die durch das nicht ordnungsmäßig verkündete Urteil beschwerte Partei muß die Möglichkeit haben, das Urteil aus der Welt zu schaffen. Die Rev. des Kl. gegen das BU. v. 30. Jan. ist deshalb zulässig und muß aus den erörterten Gründen zur Aufhebung des Urteils führen. An dieser Rechtslage wird dadurch, daß das BG. am 15. Dez. 1936 ein neues, den gleichen Streitstoff betreffendes Urteil mit teilweise geändertem Inhalt verkündet hat, nichts geändert. Wenn schon das BU. v. 30. Jan. 1936, wie das BG. im am 15. Dez. 1936 verkündeten Urteil zutreffend bemerkt, kein zu Recht bestehendes Urteil, sondern nur den Schein eines solchen darstellte, so folgt daraus keineswegs, daß es von dem BG. nach Belieben geändert werden konnte. Das Urteil war mit einem zulässigen Rechtsmittel angegriffen und konnte aus diesem Grunde von dem Gericht, das es erlassen hatte, durch ein neues Urteil mit teilweise geändertem Inhalt nicht ersetzt werden. Die von dem Kl. am 18. März 1936 eingelegte Rev. hat es nur mit dem am 30. Jan. 1936 verkündeten BU. zu tun. Damit soll nicht gesagt werden, daß die Rev. des Kl. auch dann nicht als gegen ein erst noch ihrer Einlegung verkündetes Urteil gerichtet hätte angesehen werden können, wenn das BG. entsprechend der ihm in dem Schreiben des Präz. des erf. Sen. v. 1. Dez. 1936 gegebenen Anregung das bei den Akten befindliche, mit dem Verkündungsvermerk vom 30. Jan. versehene, Urteil neu verkündet hätte. Zu dieser Frage braucht bei der jetzt gegebenen Sachlage nicht Stellung genommen zu werden. Denn tatsächlich hat das BG. nicht das bei den Akten befindliche, mit dem Verkündungsvermerk vom 30. Jan. versehene Urteil neu verkündet, sondern ein neues Urteil mit teilweise geändertem Inhalt erlassen. Gegen dieses Urteil richtet sich die von dem Kl. am 18. März 1936 eingelegte Rev., über die der erf. Sen. gegenwärtig allein zu entscheiden hat, nicht.

Hiernach mußte das BU. aufgehoben und die Sache zurückverwiesen werden.

(RG., I. ZivSen., II. v. 20. März 1937, I 81/36.) [R.]

Termin verkündet worden, der anscheinend weder durch verkündete noch zugestellte Terminbestimmung den Parteien bekanntgegeben war. Vorliegend nimmt der 1. ZivSen. in Übereinstimmung mit der damaligen Entsch. des 2. ZivSen. an, daß der Gerichtsauspruch, der in einem nicht ordnungsmäßig bestimmten Verkündungstermin als Urteil verkündet ist, nicht als verkündetes Urteil angesehen werden könne, vielmehr ein — nach herrschender Rspr. der Aufhebung anheimfallendes — „Pseudourteil“ sei.

Ich hatte mich in der Ann. JW. 1936, 3314 eingehend gegen das Urteil gewandt. Der 1. ZivSen. ist den Bedenken nicht gefolgt, er hat keinen Anlaß gefunden, von der Vorentsch. abzugehen, da bei den Formvorschriften über die Verkündung zwischen wichtigen und unwichtigen Bestimmungen nicht unterschieden werden könne. Ich kann demgegenüber nur nochmals betonen, daß es sich bei der mangelhaften Bekanntgabe des Verkündungstermins für die Verkündung m. E. nicht um eine Frage der Form, sondern um eine solche der Voraussetzungen handelt. Ich hatte damals darauf hingewiesen, daß man vom Standpunkt der reichsgerichtlichen Auffassung folgerichtig dazu gelangen müsse, auch ein Versäumnisurteil, das infolge mangelhafter Terminbekanntgabe nicht hätte ergehen dürfen, als rechtlich nicht existent geworden anzusehen. Rechnet man richtige Zeit, wie die Entsch. sagt, zur Frage der Form, so wird damit der Unterschied zwischen Form und Voraussetzung vollends verwischt. Doch ich will das damals Ausgeführte hier nicht wiederholen. —

Weiter hatte ich in der erwähnten Ann. die Frage aufgeworfen, ob nicht — vom Boden der reichsgerichtlichen Auffassung des Pseudourteils — die zweifellos nützliche rein formale Aufhebung und Zurückverweisung dadurch vermieden werden könnte, daß das RG. die Sache zur Behebung des Mangels, d. h. zur Nachholung der Verkündung des beschlossenen Urteils, an das BG. zurückgibt und alsdann nach Beseitigung des Schadens die Rev. weiterbehandelt. Wegen der beiden Einwendungen, mit denen ich mich damals auseinandergesetzt habe — Rechtsmitteleinlegung vor Verkündung des Urteils und Behebung eines prozessualen Mangels, nachdem er bereits gerügt ist —, darf ich auf die erwähnte Ann. verweisen.

Ich habe es lebhaft begrüßt, daß jetzt der 1. ZivSen. diesen Weg grundsätzlich als gangbar anerkannt hat.

Leider hat es nun der über der Sache waltende prozessuale Anstern so gefügt, daß das BG. in dem neuangesezten Verkündungstermin nicht das alte „Pseudourteil“, sondern ein davon abweichendes neues Urteil verkündet hat. Damit hat die prozessuale Lage statt der wohlmeinend erstrebten Entwirrung eine weitere Komplizierung erfahren.

M. E. würden nun zwei Wege zur Wahl gestanden haben:

1. Ein streng prozessual-logischer, indem man folgendermaßen argumentiert: Dadurch, daß das BG. hernach ein neues Urteil verkündet hat, hat es eindeutig zum Ausdruck gebracht, daß das erste nur ein Entwurf, ein „Pseudourteil“, war; die Gefahr, daß von dem Pseudourteil etwa Ausfertigungen erteilt werden könnten usw., besteht nicht. Infolgedessen hat die in dem Pseudourteil unterlegene Partei auch kein rechtliches Interesse mehr an einer formellen Beseitigung des Pseudourteils; d. h. die Beschwer des Rev. Kl. ist fortgefallen mit der Folge, daß die Rev., wie sonst bei Fortfall der Beschwer innerhalb der Rechtsmittelinstanz — wenn das Rechtsmittel nicht zurückgenommen wird — als unzulässig verworfen werden muß. Der durch das neue Urteil beschwerten Partei würde es dann überlassen bleiben, gegen dieses eine neue Rev. einzulegen.

2. Der andere Weg wäre der, daß unter dem Zweckgesichtspunkt, das Verfahren wieder in einen geordneten Weg zu bringen und mit den prozessual verfehlten Entsch. des BG. reinen Tisch zu machen, nicht nur das alte Pseudourteil, sondern auch das neuerlassene Urteil einschließlich des vorausgegangenen Verfahrens aufgehoben wird. Man denke an gewisse Parallelfälle, etwa an den unzulässigen Erlaß eines Teilurteils in einer Ehe-

Anmerkung: Der Fall ist der gleiche wie in der Entsch. JW. 1936, 3313¹¹: Das BU. ist nicht in dem ordnungsmäßig angelegten Verkündungstermin, sondern erst in einem späteren

sache, wo das Verfahren schließlich auch nur in der Weise bereinigt werden kann, daß nicht nur das unmittelbar angefochtene Urteil, sondern darüber hinaus auch das Schlufsurteil mitaufgehoben werden muß, um das Verfahren wieder in geordnete Bahn zurückzuführen. Ich würde — eben unter praktischen Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten — diesem zweiten Weg den Vorzug geben. —

Die vorl. Entsch. geht nun anscheinend einen dritten Weg, der mir offengestanden nicht recht klar ist. Sowohl nach dem Tenor der Entsch. wie nach dem Schlufsatz des vorletzten Absatzes beschränkt sich das RG. auf die Aufhebung des Pseudourteils; das spätere „wirkliche“ Urteil läßt es, weil nicht von der eingelegten Rev. angegriffen, außer Betracht. Gleichwohl gibt das RG. dem BG. für die neue Verhandlung des Rechtsstreits in dem nichtabgedruckten Teil der Entsch. nähere Richtlinien. Entweder betrachtet danach das RG. trotz des inzwischen ergangenen „wirklichen“ U. den Weg für eine neue Berufungsverhandlung frei — dann wäre m. E. der Klarheit halber auch dieses zweite Urteil aufzuheben gewesen (d. h. obiger Weg 2), was aber anscheinend nach dem angeführten Satz der Entsch. nicht gemeint ist. Oder aber muß man den Weg zu einer neuen Berufungsverhandlung durch das formell ordnungsmäßig verkündete zweite Urteil als blockiert ansehen, dergestalt, daß dieses nun auch erst im Wege eines weiteren Revisionsverfahrens aus der Welt geschafft werden müßte. Daß dies die Ansicht des RG. wäre, möchte ich aber wiederum kaum annehmen, da die für die weitere sachliche Behandlung des Rechtsstreits gegebenen Richtlinien doch darauf hindeuten, daß das BG. nach Ansicht des RG. nunmehr alsbald in eine erneute sachliche Verhandlung und Entsch. eintreten soll.

MinR. Dr. J o n a s, Berlin.

*

32. RG. — §§ 519, 233 ZPO. Bei verspätet eingelegter Berufung beginnt die Berufungsbegründungsfrist mit der Einlegung der Berufung, nicht mit der Zustellung des die Wiedereinsetzung gewährenden Beschlusses. Dasselbe gilt für die Revision.

Der Umstand, daß ein vielbenutztes Erläuterungsbuch eine unzutreffende Ansicht vertritt, macht das dadurch veranlaßte Versehen des Anwalts noch nicht zu einem unabwendbaren Zufall i. S. § 233 ZPO. †)

Gegen das die Klage abweisende, am 31. Okt. 1936 zugestellte Urteil des LG. hat der Kl. mit Schriftsatz vom 4. Dez. 1936, beim OLG. eingegangen am 5. Dez., Berufung eingelegt und zugleich die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen den Ablauf der Berufungsfrist beantragt, weil ihm der Beschluß über die Bewilligung des Armenrechts verspätet zugewiesen sei. Das BG. hat durch Beschl. v. 22. Dez., zugestellt am 24. Dez. 1936, die Wiedereinsetzung gewährt. Darauf hat der Prozeßbevollmächtigte durch Schriftsatz vom 21. Jan. 1937, beim OLG. am 23. Jan. eingegangen, die Berufung begründet. Im Schriftsatz vom 23. Febr. 1937 hat der Berufungsanwalt seine Ansicht zu begründen gesucht, daß die Frist zur Begründung der Berufung erst von der Zustellung des Wiedereinsetzungsbeschlusses vom 22. Dez. an laufe; sollte gleichwohl die Begründungsfrist als verstrichen angesehen werden, so hat er vorsorglich um Wiedereinsetzung gegen den Ablauf der Berufungsbegründungsfrist gebeten. Das OLG. hat jedoch durch Beschl. v. 25. Febr. 1937, der am 1. März zugestellt wurde, das Wiedereinsetzungsgesuch zurückgewiesen und gleichzeitig die Berufung als unzulässig verworfen. Hiergegen hat der Kl. sofortige Beschw. eingelegt.

Die Beschw. ist sachlich unbegründet. Während früher die Frist für die Begründung der Rev. mit dem Ablauf der Revisionsfrist begann, hat die Nov. v. 13. Febr. 1924 vorgeschrieben, daß die Begründungsfrist von der Einlegung der Rev. an zu laufen hat. Die Novelle hat auch den Zwang zur Begründung der Berufung mit der gleichen Regelung eingeführt. An der Fristbestimmung ist durch die späteren Novellen nichts geändert worden. In einer Entsch. des RG. v. 5. Dez. 1919: RGWarn.

1920, 63 war auf Grund des früheren Rechts ausgesprochen, daß bei Versäumung der Revisionsfrist erst von der Zustellung des die Wiedereinsetzung gewährenden Beschlusses an die Frist zur Begründung der Rev. laufe. Dagegen hat der 4. ZivSen. des RG. im Art. v. 7. März 1927 (SeuffArch. 81 Nr. 116 und [etwas kürzer] Recht 1927 Nr. 1263) ausgesprochen, daß jene Entsch. von 1919 für das nunmehrige Verfahrensrecht nicht mehr passe. Denn die Heilung der verspäteten Einlegung durch die Gewährung der Wiedereinsetzung lasse die Tatsache unberührt, daß die Revision an einem bestimmten Tage eingelegt worden sei. Von der Einlegung an laufe die Begründungsfrist. Bei der jetzigen Regelung komme es auf den Ablauf der Revisionsfrist überhaupt nicht mehr an. In dem Urteil wird auch weiter gesagt, der Anwalt hätte prüfen müssen, ob jene vor der Novelle ergangene Entsch. bei W a r n e h e r nicht überholt sei; und die selbständige Prüfung des Anwalts sei auch nicht entbehrlich durch die gegenteilige Ansicht von S y d o w - B u s c h, § 554 ZPO. Bem. 3.

Dem Urteil des 4. ZivSen. ist auch für die Frist zur Begründung der Berufung beizutreten, obwohl B u s c h - K r a n z - T r i e b e l auch in der neuesten Auflage zur ZPO. § 554 Bem. 3 a (vgl. § 519 Bem. 2) an ihrer bisherigen Meinung festhalten, ohne das Urteil von 1927 zu erwähnen. Dagegen schließen sich B a u m b a c h, „ZPO.“, § 519 Bem. 2 und J o n a s, § 519 ZPO., Bem. II 2 a dem 4. Sen. an.

Der Gedanke der Beschwerdeschrift, vor der Entsch. über die Wiedereinsetzung gegen den Ablauf der Berufungsfrist könne man dem Anwalt die — vielleicht vergebliche — Mühe der Berufungsbegründung nicht zumuten, greift schon deshalb nicht Platz, weil er nicht auf eine dem Urteil vorangehende Entsch. durch Beschl. rechnen kann (ZPO., §§ 233, 519 b Abs. 2; vgl. § 554 a Abs. 2).

Ein Rechtsirrtum des Anwalts kann nur dann ein unabwendbarer Zufall sein, wenn er bei äußerster den Umständen angemessener Sorgfalt des Anwalts nicht vermeidbar war (RGZ. 77, 159 = ZB. 1912, 42; ZB. 1926, 811 ?). Wenn schon im Art. v. 7. März 1927 der gleiche Irrtum des Rechtsanwalts nicht für durchgreifend erachtet wurde, so kann das jetzt, nachdem diese Entsch. vor Jahren erlassen und in verschiedenen Kommentaren als maßgeblich angeführt worden ist, um so weniger gelten.

(RG., VI. ZivSen., Beschl. v. 8. April 1937, VI B 6/37.)

Anmerkung: Der Entsch. wird man nur zustimmen können.

Nach § 236 Nr. 3 ZPO. ist mit dem Wiedereinsetzungsgesuch die versäumte Prozeßhandlung nachzuholen. Das ist wesentlicher Teil des Gesuchs. Das besagt: Der Sache nach ist das Wiedereinsetzungsgesuch nur die der verspäteten Prozeßhandlung beigefügte Entschuldigung. Vergewärtigt man sich dies, so kann füglich kein Zweifel darüber bestehen, daß, soweit sich an die nachgeholtte Prozeßhandlung fristmäßig Weiteres anknüpft, nur der Zeitpunkt der nachgeholtten Prozeßhandlung — nicht der der Entsch. über das Wiedereinsetzungsgesuch, d. h. sachlich der der Billigung der Entschuldigung — maßgebend sein kann.

Früher, d. h. vor der ZPO.-Novelle von 1924, war es bei der Rev. — bei der Berufung gab es die unter Fristzwang stehende Begründung noch nicht — insofern anders, als die Begründungsfrist nicht vom Zeitpunkte der Revisionseinlegung, sondern vom Ende der Revisionsfrist an lief. Hier ergab sich, wenn die Rev. um einige Wochen verspätet eingelegt wurde, allerdings der Fall, daß die normale Regelung nicht paßte, und es blieb nur die Frage, wie die Lücke auszufüllen sei: entweder Beginn der Begründungsfrist mit der verspätet eingelegten Rev. oder mit Zustellung des die Wiedereinsetzung gewährenden Beschlusses. Ob die erwähnte Vorentsch. das Richtige getroffen hat, wenn sie sich für die zweite dieser beiden Möglichkeiten entschieden hat, interessiert jetzt nicht mehr. Jedenfalls kann kein Zweifel darüber obwalten, daß der Entsch. für das gegenwärtig geltende Recht keine Bedeutung mehr kommt. —

Auch in dem zweiten Punkte wird man der Entsch. beitreten müssen. Wohl gemerkt, die Frage wird man nur nach Lage des Falles entscheiden können. Häufig wird dem Anwalt, der sich an das hält, was er in dem ihm zur Verfügung stehenden Schrifttum gefunden hat, nicht der geringste Vorwurf gemacht werden können, wenn er die Unrichtigkeit des Übernommenen nicht erkannt hat, dann liegt eben ein unabwendbarer Zufall i. S. der Wiedereinsetzungs Vorschriften vor. Hier liegt aber der Fall doch insofern wesentlich anders, als schon der Wortlaut des Gesetzes zu denken geben mußte und der Anwalt, wenn er aus irgendeinem Grunde die Begründung noch hinauschieben wollte, doch wohl Anlaß gehabt hätte, sich über die Unbedenklichkeit eines solchen Vorgehens durch Einsicht noch anderer Erläuterungsbücher zu vergewissern. Ich glaube mich in voller Übereinstimmung mit dem RG. zu wissen, wenn ich grundsätzlich gegen jede Überspannung der Sorgfaltsanforderungen bin; im vorl. Fall wird man aber in der Tat schwerlich von einem unabwendbaren Zufall sprechen können.

MinR. Dr. J o n a s, Berlin.

*

33. RG. — §§ 519, 519 b ZPO. Bei Verwerfung der Berufung trotz Zurücknahme hat der Verkl. kein Rechtsmittel.

Durch den angefochtenen Beschluß ist die Berufung des Kl. gegen das seine Klage abweisende Urteil des LG. als unzulässig verworfen worden, weil er es verjäumt habe, rechtzeitig, nämlich vor Ablauf der ihm gesetzten Frist, die Zahlung der von ihm erforderlichen Prozeßgebühr nachzuweisen. Gegen einen solchen Beschluß ist zwar an sich gemäß § 519 b Abs. 2 ZPO. die sofortige Beschw. gegeben. Auch hat der Kl. dieses Rechtsmittel in rechter Form und Frist eingelegt. Gleichwohl kann seine Beschw. nicht zugelassen werden. Denn er ist durch den angefochtenen Beschluß überhaupt nicht beschwert; sowohl bei Zurücknahme der Berufung wie bei ihrer Verwerfung als unzulässig bleibt es bei dem landgerichtlichen Urteile und auch die Kosten des Beschwerdeverfahrens sind in beiden Fällen gleich hoch (§ 30 GKG.). So hat das RG. schon in dem Beschlusse II B 26/26 v. 1. Okt. 1926: JW. 1926, 2576⁴ entschieden; an dieser Rechtsauffassung ist festzuhalten.

(RG., IV. Zivilsen., Beschl. v. 8. April 1937, IV B 10/37.)

[Fr.]

*

** 34. RG. — §§ 727, 325 ZPO. Rechtsnatur des Patentrechts. — Begriff der Rechtsnachfolge. †)

Der Kaufmann G. E. hatte als Alleininhaber der Firma gleichen Namens i. J. 1930 vor dem LG. B. gegen die jetzige Kl. eine Klage erhoben, in welcher er nach voller Abweisung durch das LG. mittels Ur. v. 9. Juli 1932 vor dem RG. nur noch die Feststellung begehrte, daß die Bekl. nicht berechtigt sei, auf Grund ihres Patentbesitzes dem Kl. die Herstellung und den Vertrieb von Stoppbüchsen E. zu untersagen. Nachdem ein Urteil des RG. vom RG. aufgehoben worden war, hat das RG. am 17. Juli 1935 die Berufung E.s gegen das abweisende Urteil des LG. durch vorläufig vollstreckbares Urteil kostenpflichtig zurückgewiesen. E. hat Rev. eingelegt. Diese ist aber am 13. Juni 1936 vom RG. zurückgewiesen worden.

Auf Grund des letzt erwähnten RG. Urts. hat die Kl. zunächst wegen der Kosten des ersten Rechtszuges zwei Kostenfestsetzungsbeschlüsse gegen E. erwirkt, und der UrV. hat ihr auf Anordnung des Vorsitzenden vollstreckbare Ausfertigungen gegen die Bekl. als Rechtsnachfolgerin E.s erteilt. Das RG. hat aber durch Beschluß die Zwangsvollstreckung gegen die Bekl. für unzulässig erklärt, da die den Gegenstand der früheren Klage bildenden Ansprüche nicht auf sie übergegangen seien.

Dann hat die Kl. auf Grund desselben Urteils des RG. am 18. Sept. 1935 und 18. Jan. 1936 gegen E. zwei weitere Beschlüsse erwirkt, in denen die ihr von E. zu erstattenden Kosten des zweiten und dritten Rechtszuges auf 5594,38 und 460,75 RM festgesetzt worden sind. Sie hält die verklagte GmbH. für die Rechtsnachfolgerin E.s, da dieser bei deren Errichtung seine Maschinen, Werkzeuge und sonstigen Einrichtungsgegenstände, die ihm und der Firma G. E. erteiltten Schutzrechte und

die laufenden Aufträge in die Gesellschaft eingebracht habe. Die Bekl. habe sich auch in Verbindung mit dem früheren Rechtsstreit ihr gegenüber einer unerlaubten Handlung schuldig gemacht. Auf Grund Rechtsnachfolge und unerlaubter Handlung klagt sie nun nach Zurücknahme eines weiteren Antrages nur noch auf Erteilung der Vollstreckungsklausel zu den beiden Kostenfestsetzungsbeschlüssen gegen die Bekl. Das LG., vor dem die Vollstreckungsklausel nur zu dem ersten Beschluß verlangt worden war, hat die Zwangsvollstreckung aus diesem Beschluß gegen die Bekl. für zulässig erklärt. Das RG. hat die Berufung der Bekl. gegen das Urteil des LG. zurückgewiesen und auf Anschlußberufung der Kl. die Entsch. des LG. auf den zweiten Beschluß ausgedehnt. Die Bekl. hat gegen dieses Urteil Rev. eingelegt. Sie beantragt: das Urteil des RG. seinem ganzen Umfang nach aufzuheben und nach den von ihr in der Berufung gestellten Anträgen zu erkennen, d. h. unter Abänderung des erstinstanzlichen Urteils die Klage abzuweisen und die Anschlußberufung der Kl. zurückzuweisen.

Die Kl. bittet, die Rev. zurückzuweisen.

Die Kl. klagt auf Erteilung der Vollstreckungsklausel gegen eine andere Person als ihren Prozeßgegner. Auf § 731 i. Verb. m. § 729 ZPO. kann sie die Klage nicht stützen, denn § 729 setzt voraus, daß eine Vermögensübernahme nach der rechtskräftigen Feststellung einer Schuld geschehen sei, hier aber hat die Bekl. die Gegenstände, die G. E. bei Gründung der verklagten Gesellschaft eingebracht hat, übernommen, als der frühere Rechtsstreit noch im ersten Rechtszug schwebte. Es ist also unerheblich, ob überhaupt eine Vermögensübernahme vorliegt. § 729 ZPO. gäbe gleichwohl kein Recht auf Erteilung der Vollstreckungsklausel gegen die Bekl. Als weiterer Klagegrund bietet sich § 731 ZPO. i. Verb. m. § 727 dar, aber auch die Voraussetzungen des § 727 ZPO. sind nicht gegeben.

Der aus dem früheren Rechtsstreit noch übrig gebliebene Antrag, über den das RG. am 17. Juli 1935 allein entschieden hat, ging auf Feststellung, daß die jetzige Kl. auf Grund ihres Patentbesitzes nicht berechtigt sei, dem dortigen Kl. G. E. die Herstellung und den Vertrieb bestimmter Stoppbüchsen zu untersagen. E. nahm also kein subjektives Recht für sich in Anspruch, er behauptete nicht etwa, er habe gegenüber dem Patentinhaber ein Vorkennungsrecht, ihm sei eine Lizenz gewährt worden od. dgl., er leugnete nur, daß er mit der Herstellung und dem Vertrieb der Stoppbüchsen, die er herstellte und vertrieb, gegen das Patent der dortigen Bekl. verstoße. Sein Antrag stellte also nichts weiter dar als eine rechtsverneinende Feststellungsklage. E. wollte festgestellt wissen, daß das Patentrecht der Firma G., jetzige Kl., nicht soweit reiche, daß es ein Recht zur Unter-sagung der Herstellung und des Vertriebes der Stoppbüchsen gewähre, die er herstellte. Er befand sich also, was die sachliche Rechtslage anlangt, in der Rolle eines Schuldners, wenn er auch verfahrensrechtlich in der eines Kl. erschien. Ein „Fabrikationsrecht“, Recht zur Herstellung und zum Vertrieb einer Sache, von dem in den Vorinstanzen erwogen ist, ob sich E. darauf berufen habe, stellt kein Recht dar, sondern eine rein tatsächliche Möglichkeit ohne eigene rechtliche Bedeutung.

Aus diesen Erwägungen ergibt sich zunächst, daß von der jetzigen Bekl. als der Besitzerin der dort im Streit befindlichen Sache (§ 727 Abs. 1 ZPO. dritter Fall) nicht die Rede sein kann. Unter Sache ist ein körperlicher Gegenstand zu verstehen, und das Patentrecht ist kein solcher Gegenstand, ja es knüpft nicht einmal an einen solchen an. Wenn die Rechtslage in den Vorinstanzen mit der bei einer Klage auf Herausgabe einer körperlichen Sache verglichen worden ist, so ist dieser Vergleich unzulässig. Da das Patentrecht, anders als das Eigentum an einer körperlichen Sache, mit einer solchen Sache nichts zu tun hat, kann man bei einem Patente von einem Sachbesitz nicht sprechen. Den Besitz an einer Sache hatte weder früher E., noch hat ihn jetzt die beklagte Firma G. E.

Der erste Fall des § 727 Abs. 1 ZPO. ist ebenfalls nicht gegeben. Die Kl. will die Vollstreckungsklausel nicht für den Rechtsnachfolger einer Partei des früheren Rechtsstreits zugesprochen haben, sondern gegen einen solchen.

An zweiter Stelle gibt § 727 Abs. 1 ZPO. noch ein Recht

auf Erteilung der Vollstreckungsklausel gegen „denjenigen Rechtsnachfolger des Urteils nach § 325 ZPO. wirksam ist“. Die Frage, ob diese Bestimmung auch anwendbar ist, wenn es sich um die Rechtsnachfolge nur in die Verpflichtung zur Tragung der Kosten des Rechtsstreits handelt, ganz unabhängig von der Nachfolge in die Hauptverpflichtung, ja selbst wenn letztere Nachfolge nicht stattfindet, kann unerörtert bleiben, denn für eine solche Rechtsnachfolge gebricht es im vorl. Falle an jeder Grundlage; die Kl. selbst beruft sich nicht auf eine solche Nachfolge. Hinsichtlich der Hauptsache des früheren Rechtsstreits liegt zunächst eine Gesamtrechtsnachfolge nicht vor. Die Übernahme der Sachen und Rechte, die G. E. in die Bekl. Gesellschaft eingebracht hat, ist keine solche. Hätte die Bekl. das ganze Vermögen E.s übernommen, so könnte auch, wie oben ausgeführt, nach § 729 ZPO. die Vollstreckungsklausel gegen die Bekl. nicht gewährt werden, da die Übernahme vor der rechtskräftigen Feststellung der hier in Betracht kommenden Unterlassungspflicht erfolgt ist. Ob, und im Falle der Bejahung in welchem Umfange, auch eine Sonderrechtsnachfolge unter § 727 ZPO. fällt, bedarf keiner Entsch., denn auch eine solche liegt nicht vor. Wie oben ausgeführt, hat E. in dem früheren Rechtsstreit nicht ein eigenes Recht geltend gemacht, sondern das Recht der jetzigen Kl. aus ihrem Patent in gewissem Umfang bestritten. Das Patentrecht aber ist nicht ein Forderungsrecht, das nur eine bestimmte Person, den Schuldner, angeht, sondern ein Recht, das sich gerade nicht gegen eine bestimmte Person richtet (absolutes Recht). Ein Anspruch i. S. des sachlichen Rechts, d. h. das Recht von einem bestimmten anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen (§ 194 BGB.) erwächst erst dann aus dem Patentrecht, wenn dem Recht zuwider gehandelt wird. In dem früheren Rechtsstreit wollte E. gerade festgestellt haben, daß ein solcher Anspruch der jetzigen Kl. gegen ihn nicht bestehe. Wenn § 727 Abs. 1 ZPO. anwendbar sein soll, so müßte die Bekl. also Rechtsnachfolgerin in die sich gegen E. aus dem Patentrecht der Kl. ergebende Verpflichtung zur Unterlassung sein. Das ist sie aber nicht.

Eine Zuwiderhandlung der Bekl. selbst gegen das Patentrecht begründet eine solche Rechtsnachfolge nicht. Sie würde der Kl. auf Grund des Patentrechts einen neuen Anspruch auf Unterlassung geben, der sich gegen die Bekl. richtete, aber mit der Unterlassungsverpflichtung E.s in keinem Zusammenhang stände. Die Bekl. wäre nicht Nachfolgerin E.s in dessen Unterlassungsverpflichtung. Außer an dem fehlenden Zusammenhang zwischen beiden Verpflichtungen würde die Annahme einer Nachfolge auch daran scheitern, daß die Verpflichtung E.s durch die Zuwiderhandlung der Bekl. nicht weggefallen wäre. Eine Rechtsnachfolge liegt aber nur dann vor, wenn der Vorgänger aus den in Betracht kommenden Rechtsbeziehungen ganz ausscheidet. Die Entstehung einer neuen Verpflichtung ohne Beendigung der alten gegenüber dem bisherigen Schuldner und ohne Zusammenhang mit der alten Verpflichtung kann aber nicht einer Rechtsnachfolge i. S. des § 727 Abs. 1 ZPO. gleichgestellt werden. Diese Rechtsnachfolge setzt auch voraus, daß das Urteil über die Verpflichtung des alten Schuldners gegenüber dem neuen Schuldner wirkt. Für die Gesamtschuld aus einem gewöhnlichen Schuldverhältnis schließt § 425 Abs. 1 und Abs. 2 a. E. BGB. mit klaren Worten die Erstreckung der Rechtskraft eines Urteils gegenüber einem Gesamtschuldner auf die anderen Gesamtschuldner aus. Nicht anders kann es im vorl. Falle sein. Hat die Kl. gegen E. und gegen die Bekl. je einen besonderen Anspruch auf Unterlassung, so wirkt das Urteil in dem Rechtsstreit über einen der beiden Ansprüche nicht für oder gegen den anderen Schuldner.

Auch die Übernahme der Maschinen usw. durch die Bekl. stellt selbst in Verbindung mit einer Zuwiderhandlung der Bekl. gegen das Patent der Kl., falls eine solche vorliegt, keine Sondernachfolge der Bekl. in die Verpflichtung E.s zur Unterlassung dar. Die Übernahme der Maschinen mag eine Zuwiderhandlung der Bekl. gegen das Patent erleichtern, erst ermöglicht hat sie es nicht, und selbst wenn letzteres der Fall gewesen wäre, so wäre dies ohne Bedeutung. Erst eine neue Zuwiderhandlung der Bekl. selbst hätte der Kl. einen Anspruch

auf Unterlassung gegeben, und zwar einen neuen selbständigen Anspruch. Die Übernahme der Maschinen usw. hätte dabei keine Rolle gespielt. Weber diese Übernahme noch die Zuwiderhandlung hätten zur Folge gehabt, daß die Bekl. in die Verpflichtung E.s eingetreten, noch auch daß diese erloschen wäre, was Voraussetzung einer Nachfolge ist. Es gilt also dasselbe wie oben für jede neue Zuwiderhandlung der Bekl. überhaupt ausgeführt worden ist.

Die Kl. und RevBekl. führt nun in Anlehnung an eine Äußerung des Erläuterungswerkes von Jonas zur ZPO., 15. Aufl., § 265 II 2 aus, in jedem Rechtsstreit werde eine Rechtsfolge behauptet, die Bekl. sei aber in die Rechtsfolge, die E. in dem früheren Rechtsstreit geltend gemacht habe, eingetrickt, sie sei also Rechtsnachfolgerin i. S. der §§ 727, 325 ZPO., und die Vollstreckungsklausel gegen sie müsse erteilt werden. Wenn E. in dem früheren Rechtsstreit zu Unrecht der sachlichen Rechtslage nicht Rechnung getragen und seinen Antrag nicht dahin geändert habe, daß die jetzige Kl. keinen Unterlassungsanspruch gegen die jetzige Bekl. habe, so könne ihr, der jetzigen Kl., das nicht zum Nachteil gereichen. Auch diese Erwägungen können der Kl. nicht zum Siege verhelfen. Ohne Zweifel bedeutet allerdings das Wort „Anspruch“ im Verfahrensrecht etwas anderes als im sachlichen Recht. Sachlich-rechtlich ist der Anspruch das Recht, von einem anderen ein Tun oder ein Unterlassen zu verlangen (§ 194 Abs. 1 BGB.). In jeder Klage wird ein Anspruch i. S. des Verfahrensrechts geltend gemacht (§ 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO.), auch wenn es sich nicht um einen Anspruch im sachlich-rechtlichen Sinne handelt, z. B. bei einer Gestaltungs- oder (wie in dem früheren Rechtsstreit) bei einer rechtsverneinenden Feststellungsklage. Damit ist aber nicht gesagt, daß bei jedem Anspruch — dies Wort i. S. des Verfahrensrechts verstanden — eine Rechtsnachfolge zulässig wäre mit der Wirkung, daß ein Urteil auch gegen den Nachfolger wirksam wäre. Selbst im sachlichen Recht gibt es Ansprüche, die nicht abgetreten werden können (§§ 399, 400 BGB.). Aber auch bei einer rechtsverneinenden Feststellungsklage ist eine Rechtsnachfolge keineswegs ausgeschlossen. Das Recht, das aberkannt werden soll, kann auf einen anderen übergehen. Auch auf der Seite des Kl. ist mindestens eine Gesamtrechtsnachfolge anzuerkennen. Hier liegt aber, wie ausgeführt, hinsichtlich des sachlich-rechtlichen Anspruchs weder eine Gesamt- noch auch nur eine Sonderrechtsnachfolge vor. Wenn in den Vorinstanzen von dem rein verfahrensrechtlichen Feststellungsanspruch die Rede gewesen ist, so mag es dahingestellt bleiben, ob und bejahendenfalls wieweit ein solcher Anspruch überhaupt auf einen anderen übergehen kann. Hier ist er auf keinen Fall von E. auf die Bekl. übergegangen. Auch hier handelt es sich, wie oben bei den Unterlassungsansprüchen, um zwei selbständige Ansprüche, wenn sie überhaupt gegeben sind, und es ist in keiner Weise dargetan, daß der Anspruch des G. E. überhaupt weggefallen ist, was zu der Annahme einer Rechtsnachfolge erforderlich wäre. Dies um so weniger, als die Bekl. unwiderlegt behauptet hatte, E. selbst habe nach der Übergabe der Maschinen usw. an sie auch noch Aufträge ausgeführt, sie selbst habe ihm die Packungen geliefert. Auch wenn man sich also auf den Standpunkt von Jonas stellen wollte, läge eine Rechtsnachfolge, die der Kl. nach § 727 Abs. 1 ZPO. ein Recht auf Gewährung der Vollstreckungsklausel gäbe, nicht vor.

Die Kl. sucht ferner ihren Anspruch auf Erteilung dieser Klausel gegen die Bekl. auch aus unerlaubter Handlung zu begründen; jedoch mit Unrecht. Aus unerlaubter Handlung kann nur ein Anspruch auf Schadensersatz hergeleitet werden. Dieser enthielte den Anspruch auf Wiederherstellung des Zustandes, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre (§ 249 BGB.). Ein Schadensersatzanspruch kann also im vorl. Falle nicht auf Erteilung einer Vollstreckungsklausel gehen.

Danach war das angefochtene Urteil aufzuheben. Die Sache war auch zur Endentscheidung reif. Die Klage auf Erteilung der Vollstreckungsklausel gegen die Bekl. zu dem ersten Kostenfestsetzungsbeschuß mußte abgewiesen und die Anschlußberufung der Kl., welche die Erteilung dieser Klausel zu dem zweiten Kostenfestsetzungsbeschuß erstrebte, mußte zurückgewiesen werden.

Nach § 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO. war dementsprechend vom RG. zu erkennen.

(RG., VII. Zivilsen., U. v. 8. Jan. 1937, VII 177/36.) [N.]
(= RGZ. 153, 210.)

Anmerkung: Die Entsch. liegt in der Linie der bisherigen Rspr. und verdient unbedenklich Zustimmung.

Bildet ein sich als unerlaubte Handlung darstellender Eingriff in die Rechtssphäre des Gegners den Gegenstand einer Unterlassungs- oder einer positiven oder negativen Feststellungsklage, so ist — abgesehen von dem hier nicht interessierenden Falle der Gesamtnachfolge — auf Seiten des Eingreifenden für eine Rechtsnachfolge i. S. der Vorschriften über die erweiterte Rechtskraft, § 325 ZPO., oder der Umschreibung der Vollstreckungsklausel, § 727 daselbst, kein Raum. Auch dadurch wird der andere nicht zum Rechtsnachfolger i. S. der genannten Vorschrift, daß er den Betrieb im ganzen oder einzelne Einrichtungen u. ä. übernommen hat und die Eingriffe seinerseits fortsetzt oder durch sein Verhalten eine solche Fortsetzung erwarten läßt. Eine Rechtsnachfolge in die Unterlassungspflichten des Unrechttäters gibt es nicht. —

Andererseits, wenn der auf Unterlassung in Anspruch Genommene oder der die Unterlassungspflicht im Wege der Feststellungsklage Bestreitende die Befugnis zu dem von dem Gegner beanstandeten Eingriff aus einem konkreten subjektiven Recht, z. B. aus einem eigenen Patent, herleitet — dann bildet den Gegenstand des Streitens der Sache nach eben dieses subjektive Recht, und im Falle der Veräußerung dieses Rechts greifen die Vorschriften der §§ 265, 325, 727 ZPO. Platz.

Was übrigens die in der Entsch. angeführte Bemerkung meines Komm. zu § 265 II 2 anlangt, so scheint mir ein Mißverständnis vorzuliegen. Ich habe dort nur sagen wollen, daß der Fall der „Abtretung des geltend gemachten Anspruchs“ i. S. der genannten Vorschrift sich nicht eng auf die Leistungsklage beschränkt, sondern jede Rechtsnachfolge hinsichtlich eines im Streit befangenen Rechtsverhältnisses umfaßt, gleichviel ob der Streit im Wege der eigentlichen Leistungsklage oder der Unterlassungs-, der positiven oder negativen Feststellungsklage oder auch der Widerspruchsklage, § 771 ZPO., der Vollstreckungsklage aus § 722 oder der Klausellage nach § 731 daselbst ausgetragen wird. Eine Divergenz zwischen der in der Entsch. zum Ausdruck gebrachten Ansicht des RG. und mir besteht nicht.

MinR. Dr. J o n a s, Berlin.

*

35. RG. — § 811 ZPO. Das unter Eigentumsvorbehalt auf Abzahlung gelieferte Rundfunkgerät genießt gegenüber dem Lieferanten nicht den Schutz des § 811 Ziff. 1 ZPO.

Grundsätzlich gelten einfache und billige Rundfunkgeräte eines Schuldners, wozu namentlich die sog. Volksempfänger rechnen, als in den Rahmen einer angemessenen, bescheidenen Lebens- und Haushaltsführung fallend und damit als nach § 811 Ziff. 1 ZPO. unpfändbar. Von diesem in der Rspr. anerkannten Grundsatz muß jedoch in aller Regel dann eine Ausnahme gemacht werden, wenn der gepfändete Apparat nicht dem Schuldner gehört, sondern Eigentum des Gläubigers ist, der den Apparat unter Eigentumsvorbehalt auf Abzahlung gestiftet hat und der die Pfändung betreibt, um sich wegen seiner Kaufpreisforderung zu befriedigen. Der Gläubiger ist, solange er wegen seiner Kaufpreisforderung unbefriedigt ist, auf Grund seines Eigentumsvorbehalts befugt, nach Maßgabe des Abz. v. 16. Mai 1894 jederzeit die Herausgabe des Geräts zu verlangen und so dem Schuldner den Besitz zu entziehen. Unter diesen Umständen verstößt es aber gegen die guten Sitten und gegen Treu und Glauben, wenn ein Schuldner den Besitz des Apparats, den er bei Anstrengung der Herausgabeklage ohne weiteres dem Gläubiger überlassen müßte, vor Anstrengung dieser Klage gegenüber dem Zahlung verlangenden Gläubiger sich zu sichern sucht durch Berufung auf die Unzulässigkeit der Pfändung gem. § 811 Ziff. 1 ZPO. Ein solches Verfahren des Schuldners würde ihm den Besitz des Apparats doch nicht erhalten, sondern nur den Gläubiger zwingen, den mit Aufwand

von Kosten und Zeit verknüpften Weg der Herausgabeklage zu beschreiten. Deshalb kann der Gläubiger in derartigen Fällen dem Hinweis des Schuldners auf § 811 Ziff. 1 ZPO. entgegenzutreten mit dem Einwande der Arglist. Dieser Einwand verjagt nur dann, wenn Grund zu der Annahme besteht, daß der Gläubiger zwecks Umgehung der ihm nach dem Abz. im Falle des Rücktritts obliegenden Pflichten an Stelle der Herausgabeklage die Zahlungsklage nebst Pfändung gewählt hat. Für eine solche Annahme bietet aber der vorl. Sachverhalt keinen hinreichenden Anhalt. Daher ist die Zulässigkeit der Pfändung des hier fraglichen Volksempfängers, den der Schuldner vom Gläubiger unter Eigentumsvorbehalt auf Abzahlung empfangen hat, zu bejahen.

(LG. Altona, 7. ZR., Beschl. v. 27. Jan. 1937, 7 T 1054/36.)

*

36. RG. — §§ 811 Nr. 5 ZPO. Ein Kraftwagen, dessen sich ein Geschäftsreisender zur Ausübung seiner Tätigkeit bedient hatte, der aber wegen eines Fehlers für den Reisenden unbrauchbar geworden ist, kann gepfändet werden, selbst wenn sich der Reisende aus dem Erlös des für ihn unbrauchbar gewordenen Kraftwagens einen neuen Kraftwagen für seine Tätigkeit anschaffen will.

Gläubiger hat bei dem Schuldner, einem Geschäftsreisenden, einen Kraftwagen pfänden lassen. Unter Berufung auf § 811 Nr. 5 ZPO. hat der Schuldner Erinnerung mit der Begründung eingelegt, daß er den Kraftwagen zur Ausübung seiner Tätigkeit als Reisender brauche. Das RG. hat der Erinnerung stattgegeben. Auf die vom Gläubiger eingelegte Beschw. ist vor dem LG. Klaggestellt worden, daß der Kraftwagen zur Zeit unbrauchbar sei und daß der Schuldner nicht die nötigen Mittel habe, um die Reparatur ausführen zu lassen. Der Schuldner hat aber eingewandt, daß er den Wagen verkaufen und sich aus dem Erlös einen neuen Wagen kaufen wolle, der ihm dann zur Ausübung seiner Tätigkeit dienen solle. Das LG. hat der Beschw. des Gläubigers mit Recht stattgegeben. Richtig ist zwar, daß bei einem Geschäftsreisenden, der zur Ausübung seiner Tätigkeit einen Kraftwagen nötig hat, dieser Wagen als zur Fortsetzung der Erwerbstätigkeit erforderlicher Gegenstand i. S. des § 811 Nr. 5 ZPO. anzusehen ist. Der Pfändungsschutz dieser Bestimmung entfällt aber in dem Augenblick, in dem der Wagen vom Schuldner nicht mehr benutzt werden kann, falls es sich nicht etwa nur um eine vorübergehende Unbenutzbarkeit handelt, und hieran wird auch dadurch nichts geändert, daß der Schuldner den für ihn unbrauchbar gewordenen Wagen verkaufen und sich vom Erlös einen neuen Wagen kaufen will. Denn § 811 Nr. 5 ZPO. schützt nur die zur Fortsetzung der Erwerbstätigkeit erforderlichen Gegenstände selbst und läßt auch keine Auslegung dahin zu, daß auch ein zur Beschaffung von i. S. des § 811 Nr. 5 erforderlichen Gegenständen bestimmter und nötiger Geldbetrag unpfändbar sei. Hätte der Gesetzgeber nicht nur die im § 811 ZPO. bezeichneten Gegenstände, sondern auch den Geldbetrag, der zur Beschaffung solcher Gegenstände erforderlich ist, der Pfändung entziehen wollen, so würde er dies zweifellos zum Ausdruck gebracht haben, wie dies z. B. in § 811 Nr. 2 ZPO. geschehen ist. Hier sind nicht nur die Nahrungsmittel für unpfändbar erklärt worden, sondern ausdrücklich auch der zur Beschaffung der notwendigen Nahrungsmittel erforderliche Geldbetrag (ebenso § 811 Nr. 3 für Viehfutter). Wenn nun in den anderen Fällen des § 811 eine solche Erweiterung auf den für die Beschaffung erforderlichen Geldbetrag nicht stattgefunden hat, so kann nur angenommen werden, daß der Schutz des Schuldners auf die Gegenstände selbst hat beschränkt werden sollen. Ist dies aber der Fall, so kann der Pfändungsschutz auch nicht für solche Sachen angenommen werden, aus deren Verkauf der Schuldner erst einen Geldbetrag erlösen will, um sich davon Handwerkszeug anzuschaffen. Hierbei kann es keinen Unterschied machen, ob der zu verkaufende Gegenstand früher einmal ein zur Fortsetzung der Erwerbstätigkeit erforderlicher Gegenstand gewesen ist oder nicht.

(RG., 8. Zivilsen., Beschl. v. 30. März 1937, 8 W 1577/37.)

37. RG. — § 850 b ZPD. Die in bezug auf unterhaltsberechtigter Ehefrauen gewährte Vergünstigung gilt nicht in bezug auf unterhaltsberechtigter Frauen in eheähnlichem Verhältnis.

Nach § 850 b ZPD. ist der Arbeitslohn bis zu 35 *R.M.* wöchentlich oder 150 *R.M.* monatlich und, soweit er diese Beträge übersteigt, bis zu $\frac{1}{3}$ des Mehrbetrags der Pfändung entzogen. Der unpfändbare Teil des Mehrbetrags erhöht sich für gewisse Unterhaltsberechtigter um je $\frac{1}{6}$, höchstens auf $\frac{2}{3}$ des Mehrbetrags. Dahin gehören Ehegatten, Verwandte und uneheliche Kinder. Wenn der Schuldner in den Kreis dieser Personen eine mit ihm in eheähnlicher, häuslicher Gemeinschaft lebende Frauensperson, die ihm bereits ein Kind geboren hat und demnächst voraussichtlich ein weiteres Kind gebären wird, einreihen möchte, so geht das nicht an. Solche Einreihung würde nicht bloß gegen den klaren Wortlaut des Gesetzes verstößen, sondern auch gegen dessen Sinn. Will doch das Gesetz keineswegs die von ihm mißbilligte wilde Ehe der gesetzlichen Ehe, welche die Grundlage der Familie und damit der völkischen Gemeinschaft bildet, gleichstellen. Darauf läuft aber das Begehren des Schuldners hinaus, wenn er gegenüber der Pfändung dieselbe Vergünstigung für seine Konkubine wie für eine mit ihm verheiratete Frau in Anspruch nimmt. Es ist auch hinsichtlich der hier fraglichen Pfändung bedeutungslos, ob der Schuldner der bei ihm lebenden Frau vielleicht kraft Vertrags unterhaltspflichtig ist oder ihr Entbindungs- und Sechswochenbettkosten — diese Kosten zählen nicht zum Unterhalt, sondern zum Schadensersatz — zu zahlen hat (vgl. *Jonas*, ZPD., 15. Aufl., Anm. VI zu § 850). Als Rechtsgrund für die Vergünstigung des § 850 b Abs. 2 ZPD. wird nur anerkannt eine unmittelbar auf dem Gesetz beruhende Unterhaltspflicht.

(RG. Altona, 7. ZR., Beschl. v. 22. Jan. 1937, 7 T 49/37.)

Gerichtskostengesetz

38. RG. — § 6 GRG.; § 539 ZPD. Niederschlagung der Kosten der Berufung im Falle des § 539 ZPD.

kl. ist vom BG. mit ihrer Klage abgewiesen worden, weil sie den Beweis für ein Verschulden des Bekl. an dem zur Erörterung stehenden Motorradunfall nicht erbracht habe. Das BG. hat seiner Entsch. den Inhalt der Vorprozessakten zugrunde gelegt, indem es trotz ausdrücklichen Widerspruchs beider Parteien an Stelle der Erhebung von Zeugenbeweis das Ergebnis der Beweisaufnahme des Vorprozesses im Wege des Urkundenbeweises verwertet hat. Dieses Urteil hat das RG. auf die Ber. der kl. hin wegen erheblichen Verfahrensmangels aufgehoben und die Sache gem. § 539 ZPD. zur erneuten Verhandlung und Entsch. — auch über die Kosten der BerZnst. — an das BG. zurückverwiesen.

Die kl. begehrt nunmehr mit ihrem an das BG. gerichteten Antrag Niederschlagung der Gerichtskosten für die BerZnst. nach § 6 GRG.

Der Umstand, daß das BG. in seinem zurückverweisenden Urteil die Entsch. über die Kosten der Ber. dem BG. übertragen hat, steht der jetzt begehrten Entsch. über die Niederschlagung durch das BG. — daß geschäftsordnungsmäßig ein anderer Senat zuständig ist, ist bedeutungslos — nicht entgegen. Denn die dem BG. vorbehaltenen Entsch. über die Kosten der BerZnst. betrifft nur die Kosten erstattung zwischen den Parteien, läßt aber die Frage, ob und in welcher Höhe in dem Verfahren Gerichtskosten entstanden sind, und damit auch die den Kosten anfallende Frage etwaiger Niederschlagung dieser Gerichtskosten unberührt. Ebenfögl wie das BG. daher — trotz Vorbehalts der Kostenentsch. — über die Niederschlagung bereits in dem Urteil hätte befinden können, ist diese Entsch. auch jetzt noch zulässig und greift nicht in die Funktionen des BG. ein.

Dem Niederschlagungsantrag war zu entsprechen.

Auszugehen ist von der im Kostenverfahren nicht nachprüfbarer Feststellung des BG., daß das Verfahren des BG. an einem wesentlichen Mangel leidet, der zur Aufhebung

des Urteils und Verfahrens erster Instanz, und zwar Zurückverweisung an das BG. auf Grund des § 539 ZPD., geführt hat. Damit steht für die aus § 6 GRG. zu treffende Entsch. über die Niederschlagung bindend fest, daß eine „unrichtige Behandlung“ des Rechtsstreits i. S. des § 6 GRG. durch das BG. vorliegt. Die durch diese unrichtige Behandlung erwachsenen Gerichtskosten sind also niederzuschlagen.

Die Frage, welche Kosten in solchen Falle durch die unrichtige Behandlung entstanden sind, kann an sich zweifelhaft sein, einmal, weil eine solche Zurückverweisung stets im Ermessen des BG. steht, sodann aber auch, weil regelmäßig die unmittelbar durch das Verfahren des die Sache unrichtig behandelnden Gerichts, d. h. im allgemeinen die gerade in dieser Instanz erwachsenen Kosten für die Niederschlagung in Frage kommen werden. *Rittmann-Wenz*, 2 zu § 6 GRG., tritt offenbar für eine Niederschlagung der Kosten beider Instanzen ein. Immerhin erwächst ein Mehr an Gerichtskosten in der unteren Instanz zufolge des § 27 Abs. 2 GRG. gegenüber dem ordnungsmäßigen Verfahren im allgemeinen nicht. Nach Ansicht des Senats sind im Falle des § 539 ZPD. die Kosten der BerZnst. jedenfalls und mindestens dann als durch die unrichtige Behandlung entstanden anzusehen, wenn das Rechtsmittel ausdrücklich mit dem Ziel der Aufhebung und Zurückverweisung wegen Verfahrensmangels ergriffen worden ist. Denn damit steht fest, daß das Beschreiten der höheren Instanz unmittelbar nur durch die unrichtige Behandlung der ersten Instanz notwendig geworden ist (so auch RG. v. 24. Sept. 1897: ZB. 1897, 547).

Die genannten Voraussetzungen sind hier erfüllt. Die Gerichtskosten der BerZnst. mußten daher niedergeschlagen werden.

(RG., 20. ZivSen., Beschl. v. 24. April 1937, 20 Wa 76/37.)

39. RG. — § 25 GRG.; § 25 RWGed. Fortsetzung eines durch gerichtlichen Vergleich geschlossenen Verfahrens mit der Behauptung, der Vergleich sei unwirksam oder — wegen Eintritts der Verwirklichungsklausel — hinfällig geworden, eröffnet kostenrechtlich kein neues Verfahren.

Durch zu gerichtlichem Protokoll geschlossenen Vergleich ist der Rechtsstreit in der BerZnst. unter Aufhebung der Kosten gegeneinander beendet worden. Der Vergleich enthält die Klausel, daß er hinfällig werde, wenn die von den Bekl. zu leistende Zahlung nicht bis zu einem festbestimmten Termin bewirkt werde. Später hat kl. das Verfahren aufgenommen und erneut geladen mit der Behauptung, daß die vereinbarte Zahlung nicht geleistet und somit der Vergleich durch Eintritt der auflösenden Bedingung hinfällig geworden sei. Er hat beantragt, die Bekl. nach Maßgabe des Berufungsantrages zu verurteilen. Die Bekl. haben Zurückverweisung der Ber. beantragt. Das BG. hat durch Urteil den Antrag des kl. kostenpflichtig zurückgewiesen.

Auf Grund dieses Urteils haben die Bekl. die Festsetzung einer Prozeß- und Verhandlungsgebühr nebst Auslagen für das Nachverfahren beantragt. Der UrkB. hat die Festsetzung antragsgemäß vorgenommen, das BG. die Erinnerung gegen den Anfall der Prozeßgebühr zurückgewiesen, da der Streit über die Wirksamkeit des Vergleichs ein selbständiges Verfahren darstelle, für welches die Gebühren selbständig zusätzlich zu den bisher erwachsenen Rechtsstreitskosten zu berechnen seien.

Die Beschwerde ist begründet. Auszugehen ist von dem tatsächlichen Verfahrensverlauf, d. h. von dem Umstand, daß kl. das an sich durch den gerichtlichen Vergleich verfahrensrechtlich abgeschlossene Verfahren in derselben Instanz durch Neuladung und erneute Stellungnahme der Sachanträge wieder aufzurollen versucht hat. Damit gestaltet sich das zusätzliche Verfahren schon rein äußerlich, aber auch begrifflich als Fortführung desselben Verfahrens der bisherigen Instanz und damit ohne weiteres als Teil dieser Instanz, und zwar nicht nur verfahrens-, sondern auch kostenrechtlich i. S. der § 25 GRG. und § 25 RWGed.

Nach beiden gesetzlichen Bestimmungen können in jeder Instanz rückfichtlich eines jeden Teils des Streitgegenstandes die vorgeesehenen gesetzlichen Gebühren nur einmal erhoben werden. Gegen diese gesetzlichen grundlegenden Bestimmungen des Kostenrechts verstößt die Auffassung des LG. Dabei kann es nicht irgendwie darauf ankommen, ob zulässiger- oder unzulässigerweise das Verfahren in derselben Instanz wieder aufgevollet wird, d. h. also auch nicht darauf, ob der Angriff der das Verfahren aufnehmenden Partei gegen den Vergleich sachlich ungerechtfertigt ist — wie es hier das BG. festgestellt hat — oder ob er an sich zwar sachlich gerechtfertigt ist, aber nicht im Wege der Fortsetzung desselben Verfahrens hätte ausgetragen werden dürfen (vgl. RWZ. 142, 8 = JW. 1934¹ [m. Anm.]).

Deshalb hat der Senat bereits in seiner grunds. Entsch. 20 W 7758/35 v. 4. Jan. 1936 = JW. 1936, 955⁹² zu § 25 GRG. ausgesprochen, daß, wenn eine Partei den durch Vergleich geschlossenen Rechtsstreit wieder aufnimmt, indem sie aus irgendwelchen Gründen die Rechtswirksamkeit des Vergleichs angreift, eine darauf erlassene Entsch. des Gerichts in Fortsetzung des durch den Vergleich abgeschlossenen Verfahrens ergeht, gleichgültig, wie die dann ergehende gerichtliche Entsch. lautet. Es erwächst daher keine neue gerichtliche Prozeß- und Urteilsgebühr. Demgemäß haftet z. B. auch (Entsch. 20 Wa 4/37 v. 9. Jan. 1937) der Antragsteller der Instanz gem. § 77 GRG. weiterhin für die in diesem Nachverfahren etwa neu erwachsenen Kosten (z. B. Beweisgebühr, gerichtliche Auslagen).

Auch für die Anwaltsgebühren hat der Senat in seiner grunds. Entsch. 20 W 4058/29 v. 23. Mai 1929 bereits anerkannt, daß für die weitere Tätigkeit des Anwalts in einem derartigen Verfahren keine neuen Gebühren erwachsen, soweit die gleiche Tätigkeit bereits durch die in derselben Instanz erwachsenen Gebühren abgegolten ist. Insbesondere vermag auch der Gesichtspunkt einer Mehrinanspruchnahme der Tätigkeit der Prozeßbevollmächtigten zu einer anderen Beurteilung, die zu einer Durchbrechung des Prinzips des § 25 RWGebD. führen müßte, nicht zu berechnen.

Unerheblich für die Beurteilung ist schließlich, ob, wie im vorl. Falle, in dem Vergleich durch Aufnahme einer Verwirkungsklausel bereits die Möglichkeit des Hinfälligwerdens des Vergleichs aufgenommen worden ist oder ob mangels solcher Verwirkungsklausel oder einer auflösenden Bedingung nur im Wege der Anfechtung des Vergleichs gem. §§ 119, 123, 138 BGB. seine Unwirksamkeit herbeigeführt werden könnte. Erfolgt vielmehr dieser Angriff im Wege der Aufnahme desselben Verfahrens, so greifen gerichts- wie anwaltskostenrechtlich die genannten Grundsätze der § 25 GRG., § 25 RWGebD. Platz und lassen die bereits erwachsenen Gebühren nicht nochmals entstehen.

(RG., 20. ZivSen., Beschl. v. 17. April 1937, 20 W 1895/37.)

*

40. RG. — § 77 GRG. Der Einspruch gegen ein Versäumnisurteil leitet keine neue Instanz ein. Der Antragsteller der „Instanz“ ist deshalb auch Schuldner der nach Erhebung des Einspruchs des Gegners gegen ein Versäumnisurteil entstehenden Kosten.

Nach § 77 Abs. 1 GRG. ist in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten Schuldner der Gebühren und Auslagen — nur um die ersten handelt es sich hier — der, der das Verfahren der Instanz beantragt hat. Die Erinnerung ist darauf gerichtet, daß mit dem am 3. Nov. 1936 erlassenen Versäumnisurteil des Senats eine Entsch. in der Sache selbst ergangen, d. h. die Instanz abgeschlossen worden sei und für das Einspruchsverfahren daher nicht die ursprüngliche Kl. und Revisionsskl. Antragstellerin sei, sondern daß Antragsteller der sei, der den Einspruch gegen das Versäumnisurteil eingelegt habe. Diese Auffassung ist nicht zutreffend. Der Einspruch gegen ein Versäumnisurteil leitet keine neue Instanz ein (vgl. Rittmann-Wenz, Komm. z. GRG., 16. Aufl., Anm. 3

zu § 77). Der Antragsteller der „Instanz“ (Kl., Rechtsmittelf.) ist deshalb auch Schuldner der nach Erhebung des Einspruchs des Gegners gegen ein Versäumnisurteil entstehenden Kosten.

(RG., II. ZivSen., Beschl. v. 5. Febr. 1937, II 302/36.) [Hn.]

*

41. RG. — § 77 GRG.; § 81, 85 ZPO. Eine Partei haftet als Antragstellerin der Instanz auch dann, wenn ihr erstinstanzlicher Prozeßbevollmächtigter gegen ihren ausdrücklichen Willen Auftrag zur Einlegung der Berufung erteilt hat.

Der Erinnerungsführer wehrt sich zu Unrecht gegen seine Kostenhaftung als Antragsteller der Berufung. Er trägt selbst vor, daß Kl. K. für ihn im Auftrag seines Prozeßbevollmächtigten erster Instanz Berufung eingelegt hat. Wenn er behauptet, daß sein erstinstanzlicher Anwalt gegen seinen, des Erinnerungsführers, ausdrücklichen Willen und ohne die schriftliche Begründung des Ur. abzuwarten, den Berufungsanwalt mit der Einlegung des Rechtsmittels beauftragt habe, so kann dieser Umstand an seiner Haftung für die Gerichtskosten nichts ändern. Die von ihm dem Prozeßbevollmächtigten erster Instanz erteilte Prozeßvollmacht ermächtigt diesen, einen Prozeßbevollmächtigten für die höhere Instanz zu bestellen (§ 81 ZPO.). Kl. K. war daher durch diese Bevollmächtigung zum Prozeßbevollmächtigten des Erinnerungsführers in zweiter Instanz geworden. Seine Prozeßhandlungen sind gemäß § 85 ZPO. für die Partei in gleicher Weise verpflichtend, als wenn sie von dieser selbst vorgenommen worden wären. Gegenüber der Reichskasse muß daher der Erinnerungsführer die Einlegung der Berufung gegen sich gelten lassen. Er ist demgemäß für das Berufungsverfahren Kostenschuldner nach § 77 GRG.

Auf die Frage, welche rechtlichen Folgerungen vom Erinnerungsführer im Innenverhältnis gegenüber seinen Prozeßbevollmächtigten erster Instanz auf Grund seiner Sachdarstellung gezogen werden können, war im Erinnerungsverfahren nicht einzugehen, da es für die Rechtsmäßigkeit des Kostenansatzes hierauf nicht ankommt.

(RG., 20. ZivSen., Beschl. v. 30. April 1937, 20 Wa 88/37.)

*

42. DLG. — § 79 Ziff. 2 GRG. Ein Streitteil kann als Kostenschuldner gemäß § 79 Ziff. 2 GRG. nur dann in Anspruch genommen werden, wenn er selbst in unzweideutiger Form die Erklärung der Kostenübernahme vor Gericht abgegeben oder dem Gericht mitgeteilt hat.

Der Befl. hat gegen das ihn zur Zahlung von 14176,33 RM verurteilende Erkenntnis des LG. die Berufung eingelegt, das DLG. hat diese auf Kosten des Kl. zurückgewiesen, letzteres Urteil ist vom RG. aufgehoben worden. Der Urkundsbeamte der Geschäftsstelle des DLG. hat die gerichtlichen Gebühren und Auslagen der Berufung mit 472,66 RM abzüglich bezahlter 227,46 RM = 245,20 RM in Ansatz gebracht. Diesen Ansatz bekämpft der Befl. mit der Erinnerung, indem er geltend macht, der Rechtsstreit sei vergleichsweise erledigt worden, wobei die Kosten unter Ausschluß der Berechnung etwa gezahlter Kosten gegeneinander aufgehoben worden seien; noch ausstehende Kosten seien daher von der Kl. einzuziehen.

Die Erinnerung ist nicht begründet.

Schuldner der Gebühren und Auslagen ist grundsätzlich der Befl. als derjenige Streitteil, der das Verfahren der Instanz beantragt hat (§ 77 GRG.). Die andere Partei haftet dafür nur dann, wenn sie die Kosten durch eine vor Gericht abgegebene oder dem Gericht mitgeteilte Erklärung übernommen hat (§ 79 Ziff. 2 GRG.). Voraussetzung für eine Inanspruchnahme der Kl. im vorl. Fall ist also, daß diese die Erklärung, die Kosten ganz oder teilweise zu übernehmen, dem Gericht gegenüber abgegeben hat, mag dies auch nur in der Form geschehen sein, daß sie die Richtigkeit der vom Befl. gemachten Mitteilung bestätigt hat (vgl. dazu den Beschl. des Sen. v. 14. Okt. 1936, 1 W 297/36). Das ist hier aber nicht

der Fall. Die Kl. hat dem LVG. gegenüber weder mitgeteilt noch zugegeben, zur Zahlung der halben Gerichtskosten des hier in Frage stehenden Berufungsverfahrens verpflichtet zu sein. Sie hat nur auf Anfrage des LVG. diesem gegenüber angegeben, daß die mehreren die Parteien betreffenden Prozesse vergleichsweise erledigt und die Kosten gegeneinander aufgehoben worden seien. Ihre Verpflichtung, die halben Kosten der hier fraglichen Instanz bezahlen zu müssen, hat die Kl. ausdrücklich mit der Begründung, daß sie bereits weit mehr als die Hälfte der gesamten Gerichtskosten bezahlt habe, in Abrede gestellt. Bei dieser Sachlage liegt eine zur Begründung der Kostenhaftung ausreichende Mitteilung der Kl. nicht vor. Den objektiven Sachverhalt, insbes. den Willen der Parteien bei dem Vergleichsschlusse, zu ermitteln, ist nicht Sache der Kostenstelle, diese hat lediglich zu prüfen, ob die Kostenübernahme durch eine dem Gericht vom Übernehmer mitgeteilte Erklärung erfolgt ist.

(LVG. Düsseldorf, Beschl. v. 5. März 1937, 1 W 52/37.)

Reichsversicherungsamt

[** Wird in den Amtl. Nachrichten für Reichsversicherung (Neue Folge der Amtl. Nachrichten des RVerfA.) abgedruckt]

[O Wird in den „Entscheidungen und Mitteilungen“, herausgegeben von Mitgliedern des RVerfA. (CuM.), abgedruckt]

**O 43. Eine Kostenpflicht der Krankenkasse nach § 13 ErbkrNachwGes. v. 14. Juli 1933 (RGBl. I, 529) wird nur dann begründet, wenn der Unfruchtbar Gemachte zur Zeit der Vornahme des ärztlichen Eingriffs (Art. 9 Abs. 1 3. AusfW.D. dazu v. 25. Febr. 1935 [RGBl. I, 289]) der Krankenversicherung angehört.

(RVerfA., 1. RevSen., Ur. v. 3. Febr. 1937, II a K 73/36¹). [R.]

**O 44. § 169 Abs. 2 RVD. Die Versicherungsfreiheit nach dieser Vorschrift ist anders als die Versicherungsfreiheit nach § 11 AngVersG., unabhängig von der Höhe des Ruhegehalts, das der Beschäftigte im Falle seiner Dienstuntauglichkeit zu fordern haben würde.

(RVerfA., BeschlSen. der Abt. für Kranken- und Invalidenversicherung, Beschl. v. 13. Jan. 1937, II K 97/36 BS.) [R.]

**O 45. § 405 Abs. 2 RVD. Im Spruchverfahren der Krankenversicherung kann über die Krankenversicherungspflicht nur als Vorfrage für den Leistungsanspruch mitentschieden werden. Dagegen darf in diesem Verfahren eine der Rechtskraft fähige Entsch. über die Krankenversicherungspflicht nicht erlassen werden (vgl. auch Entsch. 2018, RVerfA Nachr. 1915, 511 = CuM. 5, 144 Nr. 57, sowie Entsch. 2776, RVerfA Nachr. 1915, 326 = CuM. 4, 375 Nr. 187 und 2778, RVerfA Nachr. 1915, 330 = CuM. 4, 377 Nr. 188).

(RVerfA., 1. RevSen., Ur. v. 20. Jan. 1937, II a K 29/36¹). [R.]

**O 46. § 1271 RVD.

1. Die Gewährung des Kinderzuschusses an die Witwe ist nicht an die besonderen Voraussetzungen des § 1271 Abs. 2 RVD. ge-

bunden, die nur hinsichtlich der versicherten Ehefrau Geltung haben.

2. Wird die rentenberechtigte Ehefrau, deren Invalidenrente mangels der Voraussetzungen des § 1271 Abs. 2 RVD. durch rechtskräftige Entsch. nicht um den Kinderzuschuß erhöht wurde, zur Witwe, so entsteht eine neue, von der Rechtskraft früherer Entsch. unberührte Rechtslage.

(RVerfA., 10. RevSen., Ur. v. 20. Jan. 1937, II a 1767/36¹⁰). [R.]

**O 47. Als „Empfänger einer Rente“ i. S. des § 1286 Abs. 4 RVD. ist auch derjenige anzusehen, der einen vom Versicherungsträger anerkannten Rechtsanspruch auf Invalidenrente hat, die Invalidenrente aber deshalb nicht ausgezahlt erhalten hat, weil diese gem. § 1274 Abs. 1 Nr. 1 RVD. neben der Verletztenrente aus der Unfallversicherung ruhte.

(RVerfA., 2. RevSen., Ur. v. 21. Dez. 1936, II a 1286/36¹). [R.]

Sächsisches Oberverwaltungsgericht

48. Begriff des „Warenhauses“ i. S. des RWef. über den Warenverkauf aus Automaten.

Nach der 1. AusfW.D. (RGBl. 1934, 814) zu dem Gesetz über den Verkauf von Waren aus Automaten v. 6. Juli 1934 (RGBl. I, 585) sind Warenhäuser, Kleinpreisgeschäfte usw. vom Verkauf aus Automaten während der allgemeinen Ladenschlußzeiten ausgeschlossen. Nach umfassender Prüfung des Begriffs „Warenhaus“, wie er in den verschiedensten Gesetzen enthalten ist, bejaht das DVG. unter entscheidender Berücksichtigung des Zweckes der angegebenen Vorschrift, die Benachteiligung der Einzelhandelsfachgeschäfte zu vermeiden, das Vorliegen eines Warenhauses in einem Falle, wo es sich um eine AktG. von 800 Aktionären mit je einer 40-RM-Aktie handelte, mit folgenden Ausführungen: Die Firma führt in ihrem Betriebe Waren, die, wie schon Kolonialwaren einerseits und Textilwaren andererseits, verschiedene Warengruppen darstellen und üblicherweise von mehreren Fachgeschäften gehalten werden. Daß es für diese Warengattungen in G. je besondere Fachgeschäfte gibt, ist gerichtsunfähig. Die Firma bezweckt, durch gemeinschaftlichen Einkauf im ganzen ihren Mitgliedern und sonstigen Abnehmern wirtschaftliche Vorteile zu verschaffen. Sie tritt also durch den organisatorischen Zusammenschluß ihrer 800 Mitglieder und durch Ausbringung eines Gesellschaftskapitals von 32000 RM in Wettbewerb mit den in G. befindlichen Einzelhandelsfachgeschäften. Es handelt sich dabei, wie der Umsatz der letzten Jahre von durchschnittlich 450000 RM und die Dividende von 12 RM auf jede Aktie von 40 RM zeigen, offensichtlich um einen erfolgreichen und dem in G. ansässigen Einzelhandel recht fühlbaren Wettbewerb. Daß der Verkauf der einzelnen Warengattungen in getrennten Läden erfolgt, steht der Annahme, daß es sich um ein „Warenhaus“ handele, nicht entgegen, da die Läden unmitttelbar beieinander liegen. Endlich kann nach Sinn und Zweck der angegebenen Vorschrift für die Beurteilung auch nichts darauf ankommen, daß die Firma nur bestimmte Arten und nicht alle nur erdenklichen Waren führt und daß ihr Umsatz in Kolonialwaren den Umsatz in anderen Waren übersteigt, da diese Umstände für die Beurteilung der Frage, ob durch ein solches Unternehmen der Einzelhandel geschädigt wird, ohne Bedeutung sind.

(SächsDVG., Ur. v. 19. Febr. 1937, 192 I 36.)