

Juristische Wochenschrift

Organ der Reichsgruppe Rechtsanwälte des NS. Rechtswahrer-Bundes

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

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

Verlag: W. Moeser Buchhandlung, Inh.: Oscar Brandstetter, Leipzig C 1, Dresdner Straße 11/13
Fernsprecher Sammel-Nr. 22566 / Drahtanschrift: Imprimatur / Postcheckkonto Leipzig Nr. 63673
Geschäftsstelle in Berlin SW 48, Hedemannstr. 14. Fernsprecher A 9, Blücher 0217

Der steuerlich maßgebliche Zeitpunkt für die Umwandlung oder Auflösung einer Kapitalgesellschaft

Von Rechtsanwalt Dr. Bergmann, Frankfurt a. M.

Die Feststellung des Zeitpunktes, in welchem die Umwandlung oder Auflösung sich steuerlich vollzieht, macht in der Praxis des öfteren Schwierigkeiten. Nachstehend soll deshalb die Rechtslage erörtert und auf vorhandene Zweifelsfragen eingegangen werden.

A. Umwandlung einer Kapitalgesellschaft

I. Die Umwandlung vollzieht sich zivilrechtlich (handelsrechtlich) mit der Eintragung des Umwandlungsbeschlusses in das Handelsregister. Zu diesem Zeitpunkt geht das Vermögen der Kapitalgesellschaft auf den Gesamtrechtsnachfolger über (§ 4 UmwandlG.). Die handelsrechtliche Umwandlungsbilanz, die nach § 3 UmwandlG. der Anmeldung des Umwandlungsbeschlusses zum Handelsregister beigefügt werden muß, kann naturgemäß nicht für den Zeitpunkt der Eintragung des Umwandlungsbeschlusses aufgestellt werden. Sie wird für einen früheren Zeitpunkt errichtet, der allerdings nicht allzuweit zurückliegen darf, anderenfalls der Registerrichter die Eintragung des Umwandlungsbeschlusses beanstanden und gegebenenfalls ablehnen muß. Die handelsrechtliche Umwandlungsbilanz wird oftmals für einen mehrere Monate vor der Eintragung des Umwandlungsbeschlusses ins Handelsregister liegenden Zeitpunkt aufgestellt werden. Nach allgemeinen steuerlichen Grundsätzen wäre sie an sich steuerlich unbeachtlich. Der RGH. hat oft genug zum Ausdruck gebracht, daß ein Geschäftsbetrieb steuerlich nicht mit rückwirkender Kraft übertragen werden kann (RGH.: RStBl. 34, 840; Wenrich: StW. 34, 855). Es kann nicht in das Ermessen der beteiligten Steuerpflichtigen gestellt werden, ein an sich körperschaftsteuerpflichtiges Unternehmen nachträglich der körperschaftsteuerlichen Besteuerung zu entziehen. Das wäre aber der Fall, wenn die Pflichtigen es in der Hand hätten, durch Wahl des Zeitpunktes, für den die handelsrechtliche Umwandlungsbilanz errichtet wird, das Ende der körperschaftsteuerlichen Pflicht der Gesellschaft herbeizuführen, obwohl die Gesellschaft noch als Kapitalgesellschaft bis zur Eintragung des Umwandlungsbeschlusses bestanden hat. Grundsätzlich endet die körperschaftsteuerliche Pflicht erst in dem Zeitpunkt, in welchem die Gesellschaft handelsrechtlich ihr Ende findet, d. h. bei der Umwandlung im Augenblick der Eintragung des Umwandlungsbeschlusses. Von diesem Zeitpunkt ab tritt der Gesamt-

rechtsnachfolger (Vermögensübernehmer) in alle Rechte und Pflichten der Kapitalgesellschaft ein. Die körperschaftsteuerliche Pflicht endet gleichzeitig und es beginnt die Besteuerung des Vermögensübernehmers hinsichtlich aller Rechte und Werte der Kapitalgesellschaft, die auf ihn übergegangen sind. Man nehme an, das Geschäftsjahr einer Kapitalgesellschaft sei das Kalenderjahr und es werde auf Grund einer handelsrechtlichen Umwandlungsbilanz v. 31. Dez. 1935 am 23. Febr. 1936 der Umwandlungsbeschuß gefaßt und am 2. März 1936 in das Handelsregister eingetragen, so müßte nach vorstehenden Grundsätzen die steuerliche Umwandlungsbilanz auf den 2. März 1936 errichtet werden (vgl. Kaemmel: JW. 1936, 1726). Der bis zu diesem Tage erzielte Betriebsgewinn unterläge bei der Kapitalgesellschaft der körperschaftsteuer, der später erzielte der Einkommensteuer des Vermögensübernehmers.

An dieser, aus allgemeinen steuerlichen Grundsätzen folgenden Regelung hält die 2. DurchfW.D. z. UmwandlStG. fest. In § 7 Abs. 3 ist gesagt, daß der „bis zur Übertragung“ sich ergebende Betriebsgewinn nach allgemeinen Vorschriften körperschaftsteuerpflichtig sei. Die „Übertragung“ vollzieht sich aber bei der Umwandlung mit der Eintragung des Umwandlungsbeschlusses in das Handelsregister (§ 4 UmwandlG.). In § 7 Abs. 1 Ziff. 1, Abs. 2 Ziff. 1 der 2. DurchfW.D. z. UmwandlStG. heißt es, daß bei der Ermittlung des Einkommens für die körperschaftsteuer die auf den Vermögensübernehmer übergehenden Wirtschaftsgüter „im Zeitpunkt der Umwandlung“ mit den Werten anzusetzen sind, die sich nach den Vorschriften über die Gewinnermittlung ergeben. Der Zeitpunkt der Umwandlung ist aber, handelsrechtlich betrachtet, ohne Zweifel der Zeitpunkt der Eintragung des Umwandlungsbeschlusses in das Handelsregister.

II. Nun ist nicht zu verkennen, daß ein starres Festhalten an diesen Grundsätzen zu erheblichen Schwierigkeiten führen würde (Kaemmel a. a. O.). An welchem Tage die Eintragung des Umwandlungsbeschlusses ins Handelsregister erfolgt, steht nicht von vornherein fest. Die Beteiligten erfahren fast immer erst mehrere Tage nach der Eintragung, daß diese stattgefunden hat. Eine auf den Tag genaue Bilanz werden sie daher in der Regel nicht mehr errichten können. Immerhin würde es möglich sein, daß die steuerlich maßgebliche Umwandlungsbilanz für einen Stichtag errichtet

wird, der einige Tage oder auch einige Wochen nach der Eintragung des Umwandlungsbeschlusses im Handelsregister liegt. Aber auch dies würde in vielen Fällen noch zu unständig sein und vor allen Dingen es ausschließen, daß die Beteiligten die steuerlichen Auswirkungen der Umwandlung von vornherein überblicken können.

1. Um diesen Schwierigkeiten zu begegnen, ordnet der Runderlaß des Reichsfinanzministers v. 28. Juni 1935 (RStBl. 944) eine Abweichung von dem an sich zugrunde zu legenden Tage der Eintragung des Umwandlungsbeschlusses in das Handelsregister an. Es heißt dort:

„Umwandlung und Auflösung können für jeden beliebigen Tag beschlossen werden. Daraus folgt, daß, wenn die Umwandlung oder Auflösung nicht auf den Schluß eines vollen Wirtschaftsjahres beschlossen wird, sich an das letzte Wirtschaftsjahr noch ein Rumpfwirtschaftsjahr anschließt. Maßgeblicher Stichtag für die Aufstellung der Schlußbilanz des Rumpfwirtschaftsjahres und der Umwandlungs- oder Auflösungsbilanz ist grundsätzlich der Tag, für den die Umwandlung oder Auflösung beschlossen ist, nicht der Tag der Eintragung des Beschlusses in das Handelsregister. Nur wenn zwischen diesem Stichtag und dem Tag der Eintragung des Beschlusses in das Handelsregister ein sachlich nicht gerechtfertigter Zeitraum liegt, kann im einzelnen Fall eine andere Behandlung geboten sein. Wird die Auflösung oder Umwandlung mit rückwirkender Kraft beschlossen, so ist die Rückwirkung steuerlich unbeachtlich.“

Hiernach soll also von dem Tage ausgegangen werden, „für den die Umwandlung beschlossen ist.“ Das ist nicht der Tag, an dem der Umwandlungsbeschluß gefaßt wird, sondern der Stichtag der handelsrechtlichen Umwandlungsbilanz, der durch diese Sondervorschrift nunmehr auch steuerliche Bedeutung erhält. Daß der Erlaß des Reichsfinanzministers nicht den Tag meint, an dem der Umwandlungsbeschluß gefaßt wird, ist unzweifelhaft. Mit der Wahl dieses Zeitpunktes wäre dem praktischen Bedürfnisse wenig gedient, denn die Kapitalgesellschaft würde auch in diesem Falle genötigt sein, Bilanzen für verschiedene Stichtage zu errichten, nämlich die handelsrechtliche Umwandlungsbilanz, deren Stichtag vor dem Tage des Umwandlungsbeschlusses liegt (Groschuff: JW. 1936, 1332) und alsdann eine steuerliche Umwandlungsbilanz, die für den Tag des Umwandlungsbeschlusses zu errichten wäre.

2. Liegt zwischen dem Tag, für welchen die handelsrechtliche Umwandlungsbilanz errichtet ist und der Eintragung des Umwandlungsbeschlusses ein sachlich nicht gerechtfertigter Zeitraum, so wird das FinA. die Errichtung der steuerlichen Umwandlungsbilanz für einen anderen Zeitpunkt anordnen müssen. In der Regel wird es alsdann den Zeitpunkt der Eintragung des Umwandlungsbeschlusses als maßgeblich zu betrachten haben, wenn nicht aus besonderen Gründen ein kurz vor oder kurz nach diesem Termin liegender Zeitpunkt gewählt wird.

Beispiel: Eine Kapitalgesellschaft, deren Wirtschaftsjahr das Kalenderjahr ist, beschließt am 27. Okt. 1935 auf Grund einer handelsrechtlichen Umwandlungsbilanz v. 30. Juni 1935 die Umwandlung. Die Eintragung des Umwandlungsbeschlusses in das Handelsregister erfolgt am 3. Febr. 1936, weil die Gesellschaft den Umwandlungsbeschluß erst Ende Januar 1936 zur Eintragung in das Handelsregister beim AG. eingereicht hat. In diesem Fall wird das FinA. als steuerlich für die Umwandlung maßgeblichen Zeitpunkt nicht den 30. Juni 1935 zugrunde legen, wird aber auch (von Ausnahmefällen abgesehen) nicht gerade den Tag der Eintragung des Umwandlungsbeschlusses in das Handelsregister (3. Febr. 1936) wählen, sondern wird den 31. Dez. 1935 zugrunde legen, für welchen die Gesellschaft ohnehin eine handelsrechtliche Jahresabschlussbilanz errichten muß.

3. Das hier gewonnene Ergebnis, wonach für die steuerliche Umwandlungsbilanz grundsätzlich der Zeitpunkt der han-

delrechtlichen Umwandlungsbilanz maßgeblich sein soll, wird nun aber scheinbar in Frage gestellt durch eine weitere Bestimmung des Runderlasses v. 28. Juni 1935, die wie folgt lautet:

„Wird die ... Umwandlung mit rückwirkender Kraft beschlossen, so ist die Rückwirkung steuerlich unbeachtlich.“

Da die handelsrechtliche Umwandlungsbilanz immer vor dem Tage der Eintragung des Umwandlungsbeschlusses in das Handelsregister liegt (Groschuff a. a. O.), so wird — in diesem Sinne — jede Umwandlung steuerlich mit „rückwirkender Kraft“ beschlossen. Es kann aber nicht die Absicht der hier angeführten Bestimmung des Runderlasses sein, das zunächst gewonnene Ergebnis (siehe 1, 2) in allen Fällen wieder hinfällig zu machen. Man wird sie daher so zu verstehen haben, daß sie die Fälle nicht treffen will, in denen zwischen dem Stichtag der handelsrechtlichen Umwandlungsbilanz und der Eintragung des Umwandlungsbeschlusses in das Handelsregister ein sachlich gerechtfertigter Zeitraum liegt. Die angeführte Bestimmung des Runderlasses unterstreicht nur erneut die Notwendigkeit, den Stichtag der handelsrechtlichen Umwandlungsbilanz möglichst nahe an die Eintragung in das Handelsregister heranzurücken, und hebt hervor, daß bei erheblich verspäteter Eintragung des Umwandlungsbeschlusses der Stichtag der handelsrechtlichen Umwandlungsbilanz steuerlich nicht mehr als maßgeblich anzuerkennen ist.

B. Auflösung einer Kapitalgesellschaft

I. 1. Die Auflösung der Kapitalgesellschaft unterscheidet sich handelsrechtlich von der Umwandlung dadurch, daß bei dieser das Vermögen im Wege der Gesamtschuldnerhaftung, also zu einem einzigen Zeitpunkt veräußert wird, während bei der Auflösung (Liquidation) über das Vermögen der Kapitalgesellschaft nur im Wege der Einzelrechtsnachfolge, also regelmäßig im Laufe eines längeren Zeitabschnittes nach und nach verfügt wird. Es ist aber auch möglich und in der Praxis gar nicht selten, daß die Liquidation einer Kapitalgesellschaft sich sehr schnell vollzieht, ja, daß aus dem Zeitabchnitt der Liquidation ein Zeitpunkt wird.

Der Anfang des Liquidationszeitabschnittes hängt übrigens handelsrechtlich in der Regel nicht von einer Eintragung im Handelsregister ab. Der Auflösungsbeschluß einer Kapitalgesellschaft wird in dem Augenblick wirksam, in welchem er gefaßt wird, und die Eintragung ins Handelsregister, die allerdings gesetzlich vorgeschrieben ist, hat in der Regel nur deklaratorische Bedeutung. Konstitutive Bedeutung hat sie nur in den Ausnahmefällen, wo der Liquidationsbeschluß gleichzeitig eine Satzungsänderung bedeutet; diese wird erst mit der Eintragung in das Handelsregister wirksam. Das Ende des Liquidationsabschnittes ist handelsrechtlich an eine Eintragung in das Handelsregister nicht geknüpft. Die Liquidation ist beendet, wenn die Schulden bezahlt sind und das Vermögen verteilt ist. Die alsdann erfolgende Eintragung des Erlöschens der Firma hat insoweit nur deklaratorische Bedeutung.

Handelsrechtlich ist für den Beginn der Liquidation die Errichtung einer Bilanz vorgeschrieben. Überdies muß für das Ende eines jeden Liquidationsjahres eine Bilanz errichtet werden. Nach beendeter Liquidation, insbesondere also nach Verteilung des Gesellschaftsvermögens unter die Gesellschafter, ist von den Liquidatoren Schlußrechnung zu legen (§ 302 HGB.). Eine eigentliche Liquidationsschlußbilanz ist handelsrechtlich nicht vorgeschrieben (herrschende Meinung). Sie müßte ja auch in allen Fällen dieselbe sein, dürfte nämlich weder Aktiven noch Passiven aufweisen, da die Liquidationsbeendigung eben darin besteht, daß die Gesellschaft keine Schulden mehr hat und ihr ganzes Vermögen unter die Gesellschafter verteilt ist.

2. a) Die Körperschaftsteuerliche Behandlung der Liquidation ist in § 14 KorpStG. geregelt. Hiernach ist das an die Gesellschafter zur Verteilung kommende Vermögen (Abwicklungsendvermögen) dem Vermögen am Schluß des der

Auflösung vorangegangenen Wirtschaftsjahres (Abwicklungsanfangsvermögen) gegenüberzustellen. Für den Zeitpunkt der Auflösung selbst, für den die handelsrechtliche Liquidationseröffnungsbilanz errichtet wird, bedarf es einer Steuerbilanz hiernach nicht. Das Abwicklungsendvermögen wird nicht auf Grund einer für einen bestimmten Tag aufgestellten Bilanz (Gegenüberstellung von Aktiven und Passiven) berechnet, sondern ist die Summe der Wirtschaftsgüter, die an die Gesellschafter verteilt werden. Diese Verteilung kann sich sehr wohl über einen längeren Zeitraum erstrecken, wenn je nach Veräußerung des Gesellschaftsvermögens Liquidationsquoten ausgeschüttet werden. Dabei ist für die Ermittlung des Werts der ausgeschütteten Wirtschaftsgüter jeweils der Zeitpunkt maßgeblich, in dem das betreffende Wirtschaftsgut an den oder die Gesellschafter übertragen worden ist. Innerhalb des Liquidationsabschnittes finden Körperschaftsteuerveranlagungen in der Regel nicht statt¹⁾. Die Steuer wird erhoben nach dem am Ende des Besteuerungszeitraums gültigen Steuersatz, also u. U. 30%, der mithin z. B. auch für Aufstufungsgewinne in Betracht kommt, die schon 1935 oder früher erzielt worden sind.

Von dieser Regelung ist bei der steuerlich erleichterten Auflösung von Kapitalgesellschaften auszugehen. Sie findet unverändert Anwendung, wenn Steuerermäßigungen aus § 7 der 2. Durchf. VO. z. UmfStG. nicht beansprucht werden, insbesondere also, wenn die Wirtschaftsgüter der Kapitalgesellschaft ausschließlich in das Privatvermögen der Gesellschafter übergehen, aber auch sonst, wenn die Beteiligten erklären, von den Steuererleichterungen des § 7 der 2. Durchf. VO. z. UmwandelStG. keinen Gebrauch machen zu wollen.

b) Soll dagegen eine der Steuererleichterungen des § 7 der 2. Durchf. VO. z. UmwandelStG. Anwendung finden, so muß nach § 7 Abs. 3 a. a. D. der Betriebsgewinn vom eigentlichen Auflösungsgewinn abgetrennt werden, eine Unterscheidung, die sonst bei der Besteuerung des Liquidationsabschnittes nicht stattfindet.

Die Berechnung des Betriebsgewinns folgt den allgemeinen Vorschriften (§ 6 KorpStG. in Verbindung mit §§ 4—7 EinStG.). Soweit innerhalb des Abwicklungszeitraums Wirtschaftsgüter an die Gesellschafter verteilt worden sind, werden diese mit dem Wert, den sie nach den vorerwähnten allgemeinen Vorschriften im Zeitpunkt der Übertragung hatten, in die Betriebsablußbilanz einzusetzen sein, weil ja sonst in ihr als Verlust erscheinen würde, was in Wirklichkeit verteiltes Gesellschaftsvermögen ist.

Fräglich kann sein, ob bei länger dauernder Liquidation am Ende jedes Wirtschaftsjahres der Betriebsgewinn festzustellen ist oder ob die Feststellung nur am Ende des Liquidationsabschnittes stattfindet. Nach meiner Ansicht ist das erstere anzunehmen (ebenso Kaemmel: JW. 1936, 1727). Die Frage hat übrigens erhöhte Bedeutung durch die Änderung des Steuerjahres der Körperschaftsteuer erlangt.

Außer der Betriebsablußbilanz muß aber das an die Gesellschafter verteilte Vermögen, soweit es nicht mit dem nach der Betriebsablußbilanz erzielten Gewinn identisch ist, ermittelt und dem Abwicklungsanfangsvermögen gegenübergestellt werden. Auch für diese Ermittlung ist der Zeitpunkt der Übertragung der einzelnen Wirtschaftsgüter auf den oder die Gesellschafter für den Wertansatz maßgeblich. Für die Bewertung selbst gelten aber nicht die für die Betriebsablußbilanz maßgeblichen Grundsätze; es gelten vielmehr die besonderen Bewertungsvoorschriften des § 7 Abs. 1 Ziff. 1, Abs. 2 Ziff. 1 und des § 8 Abs. 1 der 2. Durchf. VO. z. UmwandelStG.

II. 1. Die vorstehend geschilderten Grundsätze scheinen nun im Widerspruch zu stehen zu der Bestimmung im § 7 Abs. 1 Ziff. 1, Abs. 2 Ziff. 1 und § 8 Abs. 2 der 2. Durchf. VO. z. UmwandelStG., wonach für die Bewertung der an die Gesellschafter verteilten Wirtschaftsgüter der „Zeitpunkt der Auflösung“ der Kapitalgesellschaft maßgeblich sein soll. In gleicher Weise spricht der Runderlaß v. 28. Juni 1935 davon (s. oben A II 1), daß maßgeblicher Stichtag für die

Aufstellung der Schlußbilanz des Rumpfwirtschaftsjahres, d. h. der Betriebsablußbilanz und der Auflösungsbilanz, grundsätzlich der Tag sei, für den die Auflösung beschlossen ist, nicht der Tag der Eintragung des Beschlusses in das Handelsregister. Beide Bestimmungen können sinngemäß nur dahin verstanden werden, daß als „Zeitpunkt der Auflösung“ bzw. „Tag, für den die Auflösung beschlossen ist“, der Zeitpunkt der Beendigung der Liquidation gemeint ist²⁾. Dieser ist steuerlich maßgeblich für die Berechnung des Betriebsgewinns im Liquidationsabschnitt. Es ist schlechterdings nicht möglich, diesen Betriebsgewinn zutreffend zu ermitteln, wenn ein früherer Zeitpunkt, etwa der des Auflösungsbeschlusses oder der Eintragung des Auflösungsbeschlusses in das Handelsregister maßgeblich wäre.

2. Über die Bestimmungen des Runderlasses haben noch darüber hinaus ihre besondere Bedeutung. Zum Verständnis ihrer Vorschriften muß man an den Fall denken, den der Gesetzgeber offenbar im Auge gehabt hat, nämlich daß sich die Liquidation nicht über einen längeren Zeitraum erstreckt, sondern sich innerhalb kürzester Frist vollzieht und tatsächlich sich ebenso auf einen Augenblick zusammendrängt, wie der Vermögensübergang bei der Umwandlung. Der einfachste Fall wäre etwa der, daß eine Kapitalgesellschaft, der ein Grundstück und ein Handelsgeschäft gehören, liquidiert, um das Grundstück in das Privatvermögen der beiden Gesellschafter je zur ideellen Hälfte zu übernehmen, während das Handelsgeschäft durch eine von den Gesellschaftern zu errichtende OHG. fortgeführt werden soll. In solchem Fall wird man nicht umwandeln, weil dann das Grundstück ja auch zunächst in das Eigentum der OHG. gerät und die spätere Übertragung auf die Gesellschafter grunderwerbsteuerpflichtig wäre (Kaemmel: JW. 1936, 1728). Man wählt den Weg der Liquidation, drängt diese aber möglichst auf einen Zeitpunkt zusammen. Gleichzeitig mit dem Auflösungsbeschluss, der ja in der Regel ohne Eintragung in das Handelsregister wirksam ist, wird die OHG. gegründet und das Handelsgeschäft der Kapitalgesellschaft übernommen. Zur gleichen Zeit wird auch das Grundstück an die Gesellschafter je zur ideellen Hälfte aufgelassen. Die Liquidation ist damit rechtlich und wirtschaftlich beendet. In solchem Fall fällt handelsrechtlich die „Liquidationseröffnungsbilanz“ mit der „Schlußrechnung“ der Liquidatoren zusammen. Üblicherweise wird das Handelsgeschäft von einem vor dem Auflösungsbeschluss liegenden Zeitpunkt ab durch die OHG. übernommen, indem vereinbart wird, daß das Geschäft von dem früher liegenden Zeitpunkt ab als für Rechnung der OHG. geführt gelten soll. Es wird etwa am 28. Jan. 1936 auf Grund der Bilanz v. 31. Dez. 1935 das Geschäft auf die OHG. übernommen. Von einem solchen Fall geht wohl die Bestimmung des Runderlasses aus. Auch hier soll die praktische Handhabung der Steuererleichterungsvorschriften dadurch gewährleistet werden, daß der Zeitpunkt, welcher kaufmännisch für die Transaktion maßgeblich ist (im obigen Beispiel der 31. Dez. 1935) steuerlich zugrunde gelegt werden kann. Eine „rückwirkende Auflösung“, die steuerlich unzulässig wäre, ist hier ebensowenig anzunehmen, wie in den oben unter A geschilderten Fällen eine rückwirkende Umwandlung vorliegt. Eine Ausnahme gilt auch hier, wenn ein sachlich nicht gerechtfertigter Zeitraum zwischen dem kaufmännisch maßgeblichen Zeitpunkt und dem steuerrechtlich an sich erheblichen Zeitpunkt liegt. Letzterer ist indessen nicht der Zeitpunkt der Eintragung des Auflösungsbeschlusses in das Handelsregister, wie der Runderlaß anzunehmen scheint; dieser Zeitpunkt ist steuerlich in jedem Fall unerheblich.

Beispiel: Eine Kapitalgesellschaft, deren Geschäftsjahr das Kalenderjahr ist, beschließt am 27. Aug. 1935 ihre Auflösung und überträgt ihr Handelsgeschäft rückwirkend zum 30. Juni 1936 auf eine unter den Gesellschaftern errichtete OHG., während sie gleichzeitig das

¹⁾ Insofern muß ich die Ausführungen in Bergmann, Umwandlung, Auflösung und Löschung von Kapitalgesellschaften, Berlin 1935, S. 142, Anm. 14, berichtigen.

¹⁾ Vgl. jedoch § 14 Abs. 1 Satz 2 KorpStG.

Grundstück an die beiden Gesellschafter je zur ideellen Hälfte auflöst mit der Maßgabe, daß Nutzungen und Lasten des Grundstücks ab 30. Juni 1936 die Gesellschafter persönlich treffen sollen. Die Umschreibung des Grundstücks findet am 15. Sept. 1936 statt. Die Auflösung der Kapitalgesellschaft und gleichzeitig die Beendigung der Liquidation werden am 4. Sept. 1936 in das Handelsregister eingetragen. Hier wird das FinA. den 30. Juni 1936 der Körperschaftsbesteuerung zugrunde legen, übrigens auch dann, wenn die Beendigung der Liquidation erst viel später, etwa nach Ablauf des Sperrjahres, also Ende 1937 ins Handelsregister eingetragen wird. Erfolgt dagegen die Übertragung des Handelsgeschäfts auf die Gesellschafter „rückwirkend“ zum 1. Jan. 1936, so liegt ein ungerechtfertigt langer Zeitraum zwischen diesem Zeitpunkt und dem tatsächlichen Ende der Liquidation. Das FinA. wird deswegen die Errichtung einer besonderen Betriebsabschlussbilanz, etwa für den 27. Aug. 1936, anordnen; dieser Zeitpunkt ist dann auch für die Berechnung des Auflösungsgewinns maßgeblich.

Erstreckt sich die Liquidation tatsächlich über einen längeren Zeitraum, etwa ein halbes Jahr oder mehr, dann kann von den allgemeinen Vorschriften (s. I) nicht abgewichen werden. Dann muß der Betriebsabschlussgewinn und der Auflösungsgewinn durch Gegenüberstellung des Abwicklungsaufangsvermögens und des Abwicklungsendvermögens berechnet werden, wie dies oben erläutert ist.

Denkbar sind schließlich Fälle, in denen ein Teil des Vermögens der Kapitalgesellschaft en bloc auf die Gesellschafter übertragen und der Rest ausliquidiert wird. Hier wird man die Grundzüge des Runderlasses v. 28. Juni 1935 entsprechend anwenden dürfen.

Beispiel: Eine Kapitalgesellschaft, deren Geschäftsjahr das Kalenderjahr ist, besitzt ein Hausgrundstück und ein Handelsgeschäft. Sie beschließt am 27. Aug. 1936 ihre Auflösung und überträgt gleichzeitig rückwirkend ab 30. Juni 1936 das Handelsgeschäft auf eine unter den beiden alleinigen Gesellschaftern errichtete OHG. Der Auflösungsbe-

schluß wird am 4. Sept. 1936 in das Handelsregister eingetragen. Das Grundstück verbleibt bei der in Liquidation befindlichen Kapitalgesellschaft, die es im Okt. 1937 an einen Dritten veräußert. Der Veräußerungserlös beträgt 20 000 RM, die von der Kapitalgesellschaft an die Gesellschafter ausbezahlt werden. Im Nov. 1937 wird alsdann im Handelsregister eingetragen, daß die Liquidation der Kapitalgesellschaft beendet und die Firma erloschen ist.

Hier wird m. E. als Betriebsgewinn für den Zeitraum v. 30. Juni 1936 bis zur tatsächlichen Beendigung der Liquidation (Okt. 1937) nur der in dieser Zeit erzielte Überschuf der Hausverwaltung anzusehen sein. Der in der Zeit v. 30. Juni 1936 bis 27. Aug. 1936 (Geschäftsübertragung auf die Gesellschafter) erzielte Gewinn aus dem eigentlichen Handelsgeschäft wird nicht hinzugezogen, da angeht die Größe des Geschäfts und des Umfangs der Bilanzarbeiten der Zeitraum zwischen dem 30. Juni 1936 und dem Übertragungsakt (27. Aug. 1936) sachlich gerechtfertigt erscheint.

Der Auflösungsgewinn errechnet sich m. E. durch Vergleich zwischen dem Reinvermögen der Körperschaftsteuerbilanz per 31. Dez. 1935 und dem Reinvermögen der für den 30. Juni 1936 errichteten Auflösungsbilanz des Handelsgeschäfts (ohne Grundstück), vermehrt sich aber um die 20 000 RM Häuserlös.

Die Vorschriften des Runderlasses v. 28. Juni 1936 bringen eine weitere erhebliche Erleichterung für die Umwandlung und Auflösung von Kapitalgesellschaften, indem sie die praktische Handhabung der gesetzlichen Vorschriften weitgehend den kaufmännischen Bedürfnissen anpassen. Den FinA. aber erwächst die im Einzelfall gewiß nicht immer leichte Aufgabe, sachlich gerechtfertigte Verfahrensmethoden der Steuerpflichtigen von unbegründeten zu unterscheiden. Der Reichsfinanzminister hat der Ermessensfreiheit der Finanzbehörden einen weiten Spielraum gelassen und es damit ermöglicht, die steuerliche Behandlung jeder einzelnen Umwandlung und Auflösung ganz den Gegebenheiten des einzelnen Falles anzupassen.

Die wichtigsten Probleme der neuen Arbeitsrechtsprechung

Von Amtsgerichtsrat Dr. Dänzer-Banotti, Vorsitzender des Arbeitsgerichts Karlsruhe

1. Allgemeines

a) In dem Schrifttum des Arbeitsrechts findet zur Zeit eine lebhaftere Auseinandersetzung statt über das Wesen des Verhältnisses zwischen Unternehmer und Beschäftigten. Siebert vertritt in seinem Buch „Das Arbeitsverhältnis in der Ordnung der nationalen Arbeit“, 1935 (vgl. Deutsches Recht 1935, 566 ff.; Das Arbeitsrecht 1935, 95 ff.; 1936, 6 ff.) die Meinung, daß das Arbeitsverhältnis nicht in das System der ersten beiden Bücher des BGB. hineingehöre, daß es mithin kein Schuldverhältnis sei. Das Arbeitsverhältnis sei vielmehr ein personenrechtliches Gesellschaftsverhältnis und bestimme sich nur nach dem Wesen der Betriebsgemeinschaft. Diese Auffassung entspricht in dieser Form nicht der bisher herrschenden Lehre vom Arbeitsverhältnis als einem Vertragsverhältnis mit nicht nur rein schuldrechtlichen sondern auch personenrechtlichen Auswirkungen. Diese h. M. wird namentlich von Mansfeld (Vom Arbeitsvertrag, eine arbeitsrechtliche Selbstbestimmung: Deutsches Arbeitsrecht 1936, 118 ff.) mit neuer Begründung verteidigt. Das Reichsarbeitsgericht hat dazu in zwei richtungweisenden Urteilen Stellung genommen.

Es führt einmal aus, daß die Grundlage des Beschäftigungsverhältnisses in aller Regel auch heute noch der Arbeitsvertrag bilde, und daß daher die allgemeinen Normen des BGB.

über Rechtsgeschäfte anwendbar blieben, soweit nicht besondere Gesetze ihre Anwendbarkeit einschränkten.

(RArbG. 218/35 v. 7. März 1936; RArbG. 16, 179 = JW. 1936, 2012¹⁰⁴.)

Das RArbG. hat sodann die Bedeutung des § 2 ArbDG. herausgestellt als fundamentalen jedes Arbeitsverhältnis mit seinem Geiste erfüllenden Grundsatz heutigen Arbeitsrechts. Die Gesetzesbestimmung betreffe nicht nur die Beziehungen des Führers des Betriebes zu der Gefolgschaft im Allgemeinen, vielmehr würden durch sie die sich aus jedem Arbeitsverhältnis ergebenden Rechte und Pflichten davon maßgeblich beeinflusst.

(RArbG. 226/35 v. 18. März 1936; RArbG. 16, 202 = JW. 1936, 2015¹⁰⁵; vgl. Mansfeld: ArbRSammI. 26, 167 und RArbG. 264/34 v. 23. März 1935; RArbG. 15, 46 = JW. 1935, 1805¹⁰⁶.)

b) Anfechtung.

Das RArbG. bestätigt seine ständige Rechtsprechung, daß Arbeitsverträge anfechtbar seien. Der Unternehmer kann wegen Irrtums anfechten, wenn er von einer ehrenwürdigen Vorstrafe eines Beschäftigten nachträglich Kenntnis erhält (RArbG. 256/34 v. 13. März 1935; RArbG. 15, 49).

(Vgl. RArbG. 228/35 v. 7. März 1936; RArbG. 16, 173 = JW. 1936, 2427¹⁰⁷.)

c) Verschulden beim Vertragsluß.

Ein solches liegt vor, wenn der Unternehmer in einem Beschäftigten schuldhafterweise die irrige Meinung erzeugt, die angebotene Stelle sei eine Lebensstellung, und ihn dadurch veranlaßt, eine seither innegehabte Stellung aufzugeben.

(RArbG. 227/35 v. 29. Jan. 1936 = *JW.* 1936, 2762⁷¹.)

d) Gemeinnutz geht vor Eigennutz.

Wenn bei Ablehnung des Klageanspruchs die Klägerin der öffentlichen Wohlfahrtspflege anheimfällt, so ist dadurch allein der oben angeführte Grundsatz nicht verletzt. Wenn im Rechtsstreit jeder Teil seinen eigenen Nutzen verfolgt, so handelt es sich überhaupt nicht um einen Widerstreit zwischen Gemein- und Eigennutzen.

(RArbG. 6/35 v. 3. April 1935: RArbG. 15, 80 [86] = *JW.* 1935, 2223³².)

e) Veränderte Umstände.

Neben dem Recht zur Kündigung gibt es kein Recht zum Rücktritt wegen veränderter Umstände.

(RArbG. 186/35 v. 26. Okt. 1935: RArbG. 16, 41; RArbG. 118/35 v. 26. Okt. 1935: RArbG. 15, 354 = *JW.* 1936, 523³⁰.)

2. Sittenwidrigkeit

a) Durch das Ges. v. 30. Nov. 1934 ist der § 58 ArbDG. über die Höhe der Entschädigung bei Ablehnung des Kündigungswiderrufs abgeändert worden. Bei „offensichtlich willkürlich oder aus wichtigen Gründen unter Mißbrauch der Machtstellung im Betriebe“ erfolgten Kündigungen wurde der Rahmen für die Höhe der Entschädigung erweitert. Daraus ist geschlossen worden, daß eine Kündigung nicht gem. § 138 BGB. nichtig sein könne, denn eine nichtige Kündigung könne nicht widerrufen werden (Krause: *JW.* 1935, 1311 und andere). Das RArbG. tritt dem entgegen.

Es bestätigt die bisherige bestrittene Rechtsprechung, daß die Kündigung ein den Bestimmungen der §§ 134, 138 BGB. unterliegendes Rechtsgeschäft ist, das möglicherweise sowohl gegen ein gesetzliches Verbot, als auch nach Zweck und Beweggrund gegen die guten Sitten verstoßen kann. Es sei der Ansicht von Mansfeld (Deutsches Arbeitsrecht 1934, 329) und Dersch (Deutsches Arbeitsrecht 1935, 121) beizupflichten, daß das Gesetz v. 30. Nov. 1934 diejenigen schweren Fälle treffen will, in denen eine Kündigung aus unsozialen Gründen erfolgt ist, der Tatbestand des § 138 BGB. aber noch nicht erfüllt ist. Das RArbG. deutet allerdings selbst an, daß es Grenzfälle geben werde und daß der grob sozialwidrig Gefindigte u. U. sowohl die Nichtigkeit einer solchen Kündigung durch Feststellungs- oder Leistungsklage geltend machen kann als auch alternativ durch Erhebung der Kündigungswiderrufsklage dem Arbeitgeber die Befugnis zugestehen kann, sich durch Zahlung der Entschädigungssumme des § 58 ArbDG. von der Verpflichtung zur Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zu befreien.

(RArbG. 218/35 v. 7. März 1936: RArbG. 16, 179 = *JW.* 1936, 2012¹⁰⁴.)

b) Die Sittenwidrigkeit der Kündigung wurde in folgenden Fällen bejaht:

Kündigung, weil Arbeiterin sich weigerte, sich in Gegenwart von Arbeitskameradinnen im Betrieb von einem Arzt auf Klüßläuse untersuchen zu lassen; Verletzung des weiblichen Schamgefühls.

(RArbG. 218/35 v. 7. März 1936: RArbG. 16, 179 = *JW.* 1936, 2012¹⁰⁴.)

Kündigung eines Beschäftigten allein, um dem zu erwartenden Antrag dieses Beschäftigten auf Zuruhesetzung zu entgehen.

(RArbG. 147/35 v. 16. Nov. 1935: RArbG. 15, 361.)

Fristlose Kündigung (nicht Kündigung überhaupt) eines langjährigen Vergarbeiters, der im Dienste des Unternehmens sich eine Staublunge erworben hatte, weil er nicht mehr unter Tage arbeiten könne.

(RArbG. 226/35 v. 18. März 1935: RArbG. 16, 202.)

c) Entscheidungen, die nicht bloß die Kündigung betreffen:

Ein auf Lebenszeit des Verpflichteten abgeschlossener Dienstvertrag mit einseitiger Kündigungsbefugnis des Dienstverpflichteten ist kein Anhebungsvertrag.

(RArbG. 201/34 v. 9. März 1935: RArbG. 15, 87.)

Die Geltendmachung eines Urlaubsanspruchs ist, auch wenn das Unternehmen Not leidet, nicht sittenwidrig.

(RArbG. 182/35 v. 14. Dez. 1935: RArbG. 16, 96.)

Stücklöhne, die nur die knappe Hälfte der angemessenen Stücklöhne betragen, sind wucherisch. Wucher setzt immer ein vorsätzliches Handeln voraus und macht schadensersatzpflichtig nach § 826 BGB.

(RArbG. 75/35 v. 23. Okt. 1935: RArbG. 16, 35.)

Ein Lagerhaltervertrag (Tankstelle), wonach der Lagerhalter für Fehlbestände auch ohne Verschulden einzustehen hat, ist nicht ohne weiteres sittenwidrig; es kommt auf die gesamten Vertragsbedingungen, insbes. die Höhe des Gehaltes, an.

(RArbG. 14/35 v. 15. Mai 1935: RArbG. 15, 174.)

3. Arbeitsordnungsgesetz

Seit der Veröffentlichung der Zusammenstellung von Entscheidungen zum ArbDG. von Goerrig (*JW.* 1935, 1299) sind, abgesehen von den bereits angeführten nur wenige höchstgerichtliche Urteile gerade zum ArbDG. ergangen.

a) Vertrauensrat.

Der Bestand des Vertrauensrates hängt nicht von der wechselnden Zahl der Beschäftigten ab. Nur wenn die Gefolgschaft dauernd die Grundzahl unterschreitet, also der Betrieb Kleinbetrieb wird, ist für den Vertrauensrat kein Platz mehr. Das für Zweifelsfälle gilt, bleibt offen.

(RArbG. 105/35 v. 31. Juni 1935: RArbG. 15, 233.)

b) Betriebsordnung.

Die Betriebsordnung ist eine revidible Norm, beruhend auf einer dem Betriebsführer vom Staat eingeräumten Satzungs Gewalt.

(RArbG. 140/35 v. 21. Sept. 1935: RArbG. 15, 284 = *JW.* 1936, 1232²⁰.)

c) Auflagen des Treuhänders.

Wenn der Treuhänder gem. § 20 ArbDG. eine vorzeitige Entlassung von Beschäftigten unter der Bedingung genehmigt, daß die Vertrauensratsmitglieder wieder eingestellt werden müßten, sobald ein geeigneter Arbeitsplatz frei würde, so wird dadurch kein bürgerlich-rechtlicher Anspruch der Entlassenen auf Wiedereinstellung erzeugt.

(RArbG. 229/35 v. 25. Jan. 1936: RArbG. 15, 128 = *JW.* 1936, 1231²⁵.)

4. Geltungsbereich

a) Früher hatte das RArbG. bestimmte Vermutungen und Voraussetzungen für das Vorliegen eines bürgerlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisses oder eines öffentlich-rechtlichen Gewaltverhältnisses beim Fürsorgearbeiter aufgestellt. Diese hat es aber zugunsten einer weniger starren Rechtsprechung aufgegeben.

Entscheidend ist die Gesamtheit aller Umstände (Beitragsleistung zu sozialen Versicherungen, achtstündiger Arbeitstag, Vergütungszahlung in der für Arbeitsverhältnisse üblichen Weise).

(RArbG. 65/35 v. 31. Juli 1935: RArbG. 15, 256 = *JW.* 1935, 3499⁸¹.)

b) Landwirtschaftskammer.

Die Landwirtschaftskammern gehören nach ihren Aufgaben, ihrer Verfassung und ihrer Eingliederung in den staatlichen Organismus zu den Körperschaften des öffentlichen Rechts, und ihre Beamte sind mittelbare Staatsbeamte.

(RArbG. 260/34 v. 18. Mai 1935: RArbG. 15, 127 = *JW.* 1935, 2394⁸¹.)

c) Volontär.

Das wesentliche Merkmal eines Volontärvertrages besteht darin, daß dem Volontär in dem Betrieb die Gelegenheit geboten werden soll, unter Anleitung seine Fachausbildung durch Erweiterung und Vertiefung seiner Kenntnisse in einer bestimmten Richtung zu vervollkommen. Eine Vergütung ist dabei grundsätzlich nicht ausgeschlossen, sie darf jedoch nur eine Belohnung, keine Entlohnung sein.

(RArbG. 219/35 v. 13. Nov. 1935: RArbG. 16, 14 = JW. 1936, 524³²; vgl. RArbG. 36/36 v. 13. Mai 1936: RArbG. 16, 328 = JW. 1936, 2948⁵⁴.)

d) Angestellter.

Ein Knappschaftsarzt, der feste jährliche Vergütung bezieht, die Verpflichtung hat, Anordnungen der Knappschaft zu befolgen, und die Verpflichtung hat, ständig erreichbar zu sein, ist selbst dann Angestellter, wenn ihm sonstige Praxis erlaubt ist.

(RArbG. 239/35 v. 15. Jan. 1936: RArbG. 16, 113 = JW. 1936, 1242³⁰.)

Ein Straßenbahnkassierer und -führer ist grundsätzlich kein Angestellter.

(RArbG. 221/34 v. 23. Febr. 1935: RArbG. 15, 70; anders der Schlafwagenschaffner (RArbG. 245/30 v. 29. Nov. 1929: RArbG. 7, 108).)

Verkaufstätigkeit einfacher Art, die keine besondere Aufmerksamkeit und keinerlei wirkliche geistige Anstrengung erfordert (Trinkhallenwärter, der alkoholfreie Getränke u. a. verkauft), ist keine kaufmännische, sondern gewerbliche Gehilfenstätigkeit.

(RArbG. 277/35 v. 15. Febr. 1936: RArbG. 16, 155 = JW. 1936, 1250⁴⁰.)

5. Lohn

a) Weihnachtsvergütung.

Die frühere Rechtsprechung ist bestätigt, wonach die mehrjährige Zahlung von Weihnachtsvergütungen ohne Vorbehalt die Rechtspflicht des Unternehmers zur jeweiligen Zahlung einer solchen Vergütung erzeugt. Dasselbe gilt aber auch umgekehrt insoweit, als wiederholte Beifügung eines Vorbehaltes bei Zahlung der Vergütung und Schweigen des Beschäftigten eine stillschweigende Abänderung oder gar Aufhebung der vorgängigen Sondervergütungsvereinbarungen herbeiführen.

(RArbG. 12/35 v. 13. März 1935: RArbG. 15, 37 = JW. 1935, 2226³⁶; RArbG. 111/35 v. 14. Sept. 1935: RArbG. 15, = JW. 1936, 209³².)

b) Provision.

Provisionsansprüche, die gem. § 88 HGB. einmal entstanden sind, fallen mit der Beendigung des Vertragsverhältnisses jenen Geschäftsherrn und Provisionsvertreter grundsätzlich weg, es werde denn etwas anderes ausdrücklich vereinbart. (RArbG. 253/1935 v. 29. Jan. 1936: RArbG. 16, 146 = JW. 36, 1252⁴⁰.)

c) Aufwandsentschädigung.

Eine Aufwandsentschädigung ist im Zweifel keine Entlohnung und muß nur insoweit bezahlt werden, als tatsächlich Ausgaben in dienstlichem Interesse erforderlich sind.

(RArbG. 125/34 v. 27. Okt. 1934: RArbG. 14, 243 = JW. 1935, 729².)

d) Mehrarbeit.

Auch unerlaubte Mehrarbeit ist angemessen zu vergüten sowohl aus allgemeinen Erwägungen wie als ungerechtfertigte Bereicherung.

(RArbG. 285/33 v. 14. Febr. 1934: RArbG. 13, 256 = JW. 1934, 1067⁹.)

e) Kurzarbeit.

Soweit nicht eine Arbeitszeit von mindestens 48 Stunden in der Woche in der Tarifordnung gewährleistet ist, kann zwischen Unternehmer und Gefolgschaft Kurzarbeit mit Lohnför-

zung vereinbart werden, sofern das Mindestverhältnis zwischen Arbeitszeit und Entlohnung gewahrt bleibt.

(RArbG. 34/36 v. 8. Juli 1936 = JW. 1936, 3143²⁹; DJ. 1936, 1375.)

f) Urlaub.

Nach ständiger und festzuhaltender Rechtsprechung des RArbG. umfaßt der Urlaubsanspruch zwei nebeneinander bestehende Ansprüche, nämlich neben dem ursprünglichen Anspruch auf Freistellung von der Arbeit unter Fortzahlung des Lohnes in zweiter Linie den Anspruch auf Abgeltung, wenn die Verwirklichung des ursprünglichen Anspruchs nicht möglich ist.

(RArbG. 242/35 v. 7. Dez. 1935: RArbG. 16, 61 = JW. 1936, 1238³³; RArbG. 9/36 v. 11. März 1936: RArbG. 16, 283 = JW. 1936, 2426⁴⁰.)

Die Begründung eines Urlaubsanspruchs lediglich auf § 2 ArbDG. wird abgelehnt.

(RArbG. 264/34 v. 23. März 1935: RArbG. 15, 46 = JW. 1935, 1805^{40a}.)

Bei Kurzarbeit ist die Urlaubsvergütung so zu bemessen, wie während der Urlaubstage im Betriebe gearbeitet wurde, wenn keine andere ausdrückliche Regelung getroffen ist.

Auf § 2 ArbDG. kann die gegenteilige Meinung nicht gestützt werden. Es geht nicht an, aus dieser Bestimmung zu folgern, daß in allen zweifelhaften Fragen zugunsten der Gefolgschaft entschieden werden müsse. Ebensovienig läßt sich aus dem Gedanken, daß der Urlaub ein zusätzliches Entgelt für in der Vergangenheit geleistete Arbeit darstellt, entnehmen, daß die Urlaubsvergütung unbedingt im Verhältnis zur Menge der geleisteten Arbeit stehen müsse.

(RArbG. 250/35 v. 5. Febr. 1936: RArbG. 16, 151 = JW. 1936, 1230²⁴; bestritten Ripperden: ArbRSamml. 26, 179.)

g) Betriebsgefahr.

Das RArbG. hat die bisher aufgestellten Grundsätze von den Gefahrenkreisen erneut angewandt. Das Urteil ist aber keine abschließende Stellungnahme zum Einfluß des ArbDG. auf die bisherige Rechtsprechung.

(RArbG. 253/34 v. 27. März 1935: RArbG. 15, 57 = JW. 1935, 2221³¹.)

h) Tariflohnverzicht.

Während der Dauer des Arbeitsverhältnisses ist der Tariflohnverzicht unzulässig und daher nichtig.

(RArbG. 16/35 v. 13. Juli 1935: RArbG. 15, 151 = JW. 1935, 3177²⁰.)

Ein Erlaßvertrag über Tariflohnansprüche ist grundsätzlich nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses zulässig, abgesehen von besonders liegenden Einzelfällen.

(RArbG. 296/35 v. 18. März 1936: RArbG. 16, 213 = JW. 1936, 2424⁴⁴.)

i) Verwirkung.

Der Grundsatz der Verwirkung ist nur mit Vorsicht anzuwenden.

(RArbG. 134/35 v. 7. Dez. 1935: RArbG. 16, 69.)

Für die Zeit nach Lösung des Vertragsverhältnisses kommt der Gesichtspunkt der Verwirkung nicht in Frage, vielmehr nur der Verjährung.

(RArbG. 188/34 v. 20. Febr. 1935: RArbG. 14, 333, bestritten.)

Der Grundsatz der Verwirkung von Lohnansprüchen ist auch nach dem Inkrafttreten des ArbDG. anwendbar.

(RArbG. 47/36 v. 9. Mai 1936 = JW. 1936, 2255⁶⁰.)

k) Einrede der Arglist.

Gegenüber einer Tariflohnforderung kann nach den besonderen Umständen des Falles auch die Arglisteinrede zulässig sein.

(RArbG. 265/35 v. 18. März 1936: RArbG. 16, 219 = JW. 1936, 2425⁴⁵.)

1) Ruhegehalt.

§ 242 BGB. rechtfertigt nur ganz ausnahmsweise eine Ruhegehaltskürzung, wenn die Höhe des vereinbarten Ruhegehalts den Bestand des Unternehmens wirtschaftlich zu gefährden geeignet ist.

(RArbG. 84/34 v. 26. Sept. 1934: RArbG. 14, 196; vgl. RGZ. 148, 81 = JW. 1935, 2877¹.)

Auslegungsgrundsätze für die Satzungen unselbständiger Ruhegehaltstafeln (Abänderbarkeit der Satzungen bei Vorbehalt, jedoch unter Wahrung der Grenzen des § 319 BGB.).

(RArbG. 220/35 v. 18. Jan. 1936: ArbRSamml. 26, 108; vgl. RArbG. 108/35 v. 16. Okt. 1935: RArbG. 15, 333.)

6. Lohnschutz

Beträge, die dem Beschäftigten nicht zu freiem Eigentum zufließen, sondern die von ihm zu bestimmten Zwecken im Dienste des Unternehmers zu verwenden sind (Auslösungsansprüche, Reisespesen), dürfen gem. § 399 BGB., § 851 ZPO. nicht gepfändet werden. Kleinliche Rechnerei ist dabei nicht am Platze.

(RArbG. 269/35 v. 29. Jan. 1936: RArbG. 16, 144 = JW. 1936, 1245³⁹.)

Vorschüsse sind in der Regel nicht Darlehen, sondern Vorauszahlungen auf Schuld. Der Schuldner muß sich aber Vorschüsse auf den pfandfreien Teil seiner Bezüge verrechnen lassen.

(RArbG. 315/35 v. 29. Febr. 1936: RArbG. 16, 170 = JW. 1936, 2107⁴⁵.)

§ 850 ZPO. beschränkt sich nicht auf die Fälle der Lohnschiebung, er will dem Gläubiger die Möglichkeit einer Befriedigung verschaffen in den Fällen, in denen der Schuldner zwar nicht einen Rechtsanspruch auf Vergütung seiner Arbeitsleistung hat, aber der Auspruch jedes Entgeltes für die Arbeit nach den besonderen Umständen dem Volksempfinden unbillig vorkommt.

(RArbG. 139/35 v. 23. Nov. 1935: RArbG. 16, 17; ähnlich RArbG. 160/35 v. 12. Okt. 1935: RArbG. 15, 325 = JW. 1936, 1246⁴¹.)

Wenn der Ehemann kraft gesetzlichen Güterstandes Verwalter und Kuhnier eines zum eingebrachten Gute gehörigen Landgutes ist, ist er Unternehmer zu eigenem Recht. Keine Anwendung des § 850 d. ZPO. Schutz der Familie durch Berücksichtigung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Dienstberechtigten.

(RArbG. 144/35 v. 21. Sept. 1935: RArbG. 15, 291 = JW. 1936, 686⁵³.)

Abfindung für Verzicht auf langjährigen Arbeitsvertrag ist nicht Lohn i. S. des § 61 Nr. 1 RD.

(RArbG. 137/34 v. 23. Jan. 1935: RArbG. 15, 27 = JW. 1935, 1362³¹.)

7. Pflichten des Unternehmers außer der Lohnzahlungspflicht

a) Fürsorgepflicht.

Der Unternehmer ist gem. § 618 BGB. Schadensersatzpflichtig, wenn der Beschäftigte soviel zu arbeiten hatte, daß er die Arbeit nur durch viele Überstunden bewältigen konnte und schließlich an der Gesundheit Schaden nahm.

(RArbG. 188/34 v. 20. Febr. 1935: RArbG. 14, 333.)

Wenn ein Prinzipal Fehlbeträge in der Kasse einer Filiale durchlässigkeit in der Überwachung mitverschuldet hat, so muß er diesen Fehlbetrag auch mittragen.

(RArbG. 140/34 v. 7. Nov. 1934: ArbRSamml. 22, 128.)

Der Hausherr haftet für Schadhafte von Haushaltsgegenständen. Er muß mit einer gewissen Sorglosigkeit, der in seinem Haushalt tätig werdenden Personen rechnen, haftet aber nicht für äußerlich nicht erkennbare und ihm nicht bekannte Schadhafte von Gegenständen.

(RArbG. 32/35 v. 8. Mai 1935: RArbG. 15, 171 = JW. 1935, 2665⁶⁹.)

Bei einer Kraftwagenfahrt, zu der der Dienstherr den Beschäftigten dienstlich mitgenommen hat, hat der Dienstherr für einen Unfall auch aus etwaiger Verletzung der Fürsorgepflicht einzustehen. Der Dienstherr darf die Mitfahrt des Beschäftigten nicht verlangen, wenn angesichts starken Glätteis auch bei aller Sorgfalt mit einem Unfall zu rechnen war.

(RArbG. 159/35 v. 12. Okt. 35: RArbG. 16, 1 = JW. 1936, 475⁴¹.)

b) Richtige Ausführung der Versicherungsbeiträge.

Die ständige Rechtsprechung des RG. und RArbG. ist erneut bestätigt, wonach die Sozialversicherungsgesetze keine Schutzgesetze i. S. von Abs. 2 des § 823 BGB. sind.

(RArbG. 6/35 v. 3. April 1935: RArbG. 15, 80 = JW. 1935, 2223³² und RArbG. 72/35 v. 19. Juni 1935: ArbRSamml. 26, 92.)

Diese Stellungnahme des RArbG. ist lebhaft umstritten.

(JW. 1935, 1900; Derjch: ArbRSamml. 24, 91; Brod-führer: Deutsches Arbeitsrecht 1935, 289.)

c) Zeugnis.

Arbeiter kann kein Zeugnis verlangen, das auf die Führung oder die Leistungen beschränkt ist.

(RArbG. 164/35 v. 12. Okt. 1935: ArbRSamml. 15, 314 = JW. 1936, 524³³.)

d) Auskunft.

Ein vertraglicher Anspruch auf Auskunftserteilung durch den Unternehmer kann nicht anerkannt werden, es wäre denn eine ausdrückliche Vereinbarung getroffen. Für eine unrichtige Auskunft haftet der Unternehmer nach den Vorschriften über unerlaubte Handlungen.

(RArbG. 303/35 v. 21. März 1936: RArbG. 16, 226 = JW. 1936, 2423⁴³; vgl. RArbG. 308/33 v. 17. Febr. 1934: RArbG. 13, 344 = JW. 1934, 1259¹; bestritten Hueck: ArbRSamml. 26, 226.)

e) Rechnungslegung.

Die Beschäftigten haben einen Anspruch auf Rechnungslegung bei dem Unternehmer, wenn diese zur Berechnung ihrer Lohnansprüche notwendig ist.

(RArbG. 33/36 v. 29. April 1936: RArbG. 16, 307 = JW. 1936, 3146³³.)

8. Kündigung

a) Kündigungsfrist.

Wenn der letzte Kündigungstag ein Sonn- oder Feiertag ist, so ist die Kündigung noch am folgenden Werktag zulässig. Feststehende Rechtsprechung (RArbG. 258/35 v. 18. Jan. 1936: RArbG. 16, 125 = JW. 1936, 1244³⁷). § 124 a RGewO ist auf die Mitglieder des Vertrauensrates anwendbar (RArbG. 263/34 v. 20. Juli 1935: RArbG. 15, 158 = JW. 1935, 3175²⁴.)

b) Gründe zur fristlosen Kündigung:

Unberechtigter Vorwurf marxistischer Gesinnung.

(RArbG. 257/34 v. 13. März 1935: RArbG. 15, 34 = JW. 1935, 2225³⁵.)

Vorstrafe wegen Eigentumsvergehen.

(RArbG. 228/35 v. 7. März 1936; RArbG. 16, 174 = JW. 1936, 2627⁴⁷.)

Gefahr jederzeitiger polizeilicher Schließung des Betriebes. (RArbG. 231/34 v. 30. März 1935: RArbG. 15, 103.)

Unbotmäßigkeit.

(RArbG. 263/34 v. 20. Juli 1935: RArbG. 15, 158 = JW. 1935, 3175²⁴.)

Wirtschaftlicher Rückgang berechtigt den Unternehmer nicht ohne weiteres zur fristlosen Kündigung.

(RArbG. 304/33 v. 28. Febr. 1934: RArbG. 13, 296 = JW. 1934, 1376¹.)

Auf Verschulden des Dienstverpflichteten kommt es bei der Kündigung aus wichtigem Grunde nach feststehender Rechtsprechung nicht an.

(RArbG. 201/34 v. 9. März 1935: RArbG. 15, 87.)

Auch bei einem lebenslanglich Angestellten ist fristlose Kündigung aus wichtigem Grunde möglich.

(RArbG. 210/34 v. 13. Febr. 1935: ArbRSammI. 26, 87.)

c) Kündigungsschutz.

Der Kündigungsschutz des SchwBeschG. wirkt auch gegenüber dem Konkursverwalter.

(RArbG. 223/33 v. 18. Nov. 1933: RArbG. 13, 143 = JW. 1934, 182².)

Die Hauptfürsorgestelle kann die Zustimmung zur Kündigung eines Schwerbeschädigten vorläufig verweigern. Wird später die Zustimmung erteilt, so wirkt sie nicht zurück, sondern die Kündigungsfrist läuft erst von da ab.

(RArbG. 2/36 v. 29. Febr. 1936: RArbG. 16, 166 = JW. 1936, 2428⁴⁸.)

Auch Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft genießen den Schutz des AngKündSchG.

(RG. II 300/34 v. 21. Mai 1935: Stuttgarter Kartei unter „Entlassungsschutz 4 b 4“.)

d) Betriebsstillegung.

Der Wille des Unternehmers entscheidet, er muß aber nach außen zum Ausdruck kommen durch Auflösung des Betriebes. Beim Wechsel des Unternehmers kommt es darauf an, ob die Betriebsgemeinschaft als mit dem neuen Unternehmer fortgesetzt angesehen werden kann.

(RArbG. 44/35 v. 1. Juni 1935: RArbG. 15, 199 = JW. 1935, 3177²⁵.)

e) Lehrvertrag.

Der Konkursverwalter kann einen Lehrvertrag fristlos gemäß § 22 KO. kündigen. Frühere Rechtsprechung bestätigt.

(RArbG. 267/35 v. 29. Jan. 1936: RArbG. 16, 149 = JW. 1936, 1254⁵¹.)

Ehrenkränkung als Entlassungsgrund

Von Dr. jur. Anton Riedler, Mitarbeiter im Saurechtsamt Berlin der NSDAP., Hauptstelle für Rechtspolitik

1. Es ist feststehende Lehre und Praxis, daß bei der tatrichterlichen Prüfung der Frage, ob eine zur fristlosen Entlassung ausreichende Ehrenkränkung vorliegt, auch das Verhalten des Bekräftigten zu berücksichtigen ist¹⁾. Die juristische Möglichkeit einer solchen Würdigung ergibt sich aus der Fassung der in Betracht kommenden gesetzlichen Bestimmungen, die heute noch geltendes Recht sind. Es steht außer Zweifel, daß etwa eine grobe Beleidigung nach § 72 StGB., § 123 GewD., § 82 BergG. sowie als wichtiger Grund nach § 626 BGB. nicht nur nach dem Verhalten des Bekräftigten allein, sondern ebenso nach dem des beleidigten Betriebsführers, Stellvertreters usw. in seiner Bedeutung als Grund zur fristlosen Entlassung zu werten ist.

Ein grundsätzlich andersgeartetes Problem liegt aber vor, wenn der Beschäftigte zur Rechtfertigung eines ihm zur Last gelegten Angriffes auf die Ehre eines ihm dienstlich Vorgesetzten sich nicht auf ein herausforderndes oder zumindest Anlaß gebendes Verhalten des Angegriffenen in *h m s e l b s t* gegenüber stützen kann, sondern wenn er sich auf ein unehrenhaftes Verhalten desselben gegenüber anderen Arbeitskameraden oder gegenüber der gesamten Betriebsgemeinschaft oder auch gegenüber einer anderen Lebensgemeinschaft des nationalsozialistischen Staates oder der NSDAP. beruft, das der Betriebsführer stillschweigend duldet oder überhaupt nicht unterzucht.

Um die Sachlage klarzustellen, soll ein Beispiel aus der Praxis gegeben werden: Ein Angestellter bezichtigt im Laufe einer Auseinandersetzung den Abteilungsleiter eines unehrenhaften Verhaltens, indem er ihm eine angebliche Fälschung vorhält, die der Abteilungsleiter im Betriebe begangen haben soll, um sich dienstliche Vorteile zu verschaffen. Der Angestellte wird deswegen vom Betriebsführer fristlos entlassen. Nun hatte sich der in Frage stehende Abteilungsleiter im Laufe der letzten Zeit wiederholt von verschiedenen Angestellten den offen ausgesprochenen Vorwurf der Fälschung gefallen lassen, ohne ernsthafte Schritte zur Widerlegung zu unternehmen, obwohl gewichtige und allgemein bekannte Gründe für dessen Wahrscheinlichkeit sprechen. Es wurden aber diese Angestellten nicht entlassen. Der Betriebsführer selbst hatte sich um die Angelegenheit nicht weiter gekümmert, obwohl sie an ihn herangetragen worden war, und das Zusammenleben in der Abteilung war daher mit der Zeit immer unerträglich geworden. Es war offensichtlich, daß nur eine restlose Aufklärung des Falles und eine klare Widerlegung der Verdachtsgründe — andernfalls aber die Ent-

fernung des Beschuldigten — die Ordnung wiederherstellen konnte.

In dem skizzierten Falle wurde der fristlos entlassene Angestellte von seinem vorgesetzten Abteilungsleiter weder gereizt und in Erregung versetzt, noch wurde ihm persönlich ein Anlaß zum Angriff auf die Ehre des Abteilungsleiters gegeben. Ein „Milderungsgrund“, wie ihn die Arbeitsrechtslehre bereits kennt²⁾, liegt also nicht vor.

Um die Problematik des Falles aufzuzeigen, sei vorerst angenommen, daß die Erhebung des Vorwurfes in der absichtlich ungeklärt belassenen Sachlage³⁾ als ausreichend für die Begründung der fristlosen Entlassung gerade dieses einen Angestellten gewertet, daß also dem Betriebsführer die Fortsetzung des Dienstverhältnisses nicht zugemutet wird. In diesem Falle wird ohne Zweifel erreicht, daß infolge der abschreckenden Wirkung der Entlassung die Disziplin im Betriebe und auch das Ansehen des Abteilungsleiters wiederhergestellt wird — aber voraussichtlich nur auf kurze Zeit. Die in der Abteilung Beschäftigten werden sich hüten, über die weiterhin ungeklärte, aber doch wahrscheinliche Fälschung zu sprechen, solange bis das unbefriedigte Rechtsgefühl wieder Oberhand gewinnt und die dunkle Sachlage Veranlassung zu ähnlichen Vorwürfen gibt. In diesem Zeitpunkt wird sich das Spiel wiederholen. Auf keinen Fall wird aber das gestörte Vertrauen zwischen dem Abteilungsleiter und dem Betriebsführer einerseits und der Gefolgschaft andererseits wiederhergestellt sein. Die Gefolgschaft wird vielmehr ein Gefühl der gewaltsamen Unterdrückung der Wahrheitserforschung haben, und der Abteilungsleiter wird nicht als Unterführer, sondern als Gewaltherrscher betrachtet werden. Damit ist aber der Gedanke der Betriebsgemeinschaft und der Arbeitskameradschaft zerstört, der als Grundlage der nationalsozialistischen Arbeitsverfassung als höchster Wert gefordert werden muß.

Es ist offensichtlich, daß bei dieser Entscheidung das gegenseitige Verhalten des Angreifers und des Angegriffenen im Sinne der alten Arbeitsrechtslehre berücksichtigt wurde. Der Abteilungsleiter als Stellvertreter des Betriebsführers hatte dem Angestellten keinen unmittelbaren Anlaß zum Angriff gegeben, der Beleidiger wahrte nicht „seine eigenen Interessen“, weil sie — als absolut gedachte — gar nicht auf dem Spiele

¹⁾ Vgl. Hueck-Ripperdey a. a. D.

²⁾ Es sei betont, daß es sich hier nicht um eine theoretische Konstruktion handelt, sondern um den Typus eines Tatbestandes, der besonders in Filialunternehmungen erfahrungsgemäß angetroffen werden kann und radikal ausgerottet werden muß.

³⁾ Vgl. Derjch, Lehrbuch S. 239; Hueck-Ripperdey, Lehrbuch S. 339 mit Angabe von Rechtsprechung.

standen. Geht man davon aus, daß das Arbeitsverhältnis lediglich ein durch schuldrechtlichen Vertrag zustande kommendes zweiseitiges Austauschverhältnis über Arbeit und Geld ist und daß positivrechtliche „Fürsorge- und Treuepflichten“ nur im Rahmen dieses Vertrages und nur zum Zwecke der Vertrags-erfüllung bestehen, so wird man zwangsläufig zur Bejahung der fristlosen Entlassung in unserem Falle kommen. Der Beschäftigte hat dann ganz einfach seine Vertragspflichten zu erfüllen und sich nicht darum zu kümmern, was sonst um ihn vorgeht: in Leistung und Gegenleistung erschöpft sich der liberale Arbeitsvertrag⁴⁾.

2. Das schuldrechtliche Denken im Arbeitsrecht ist mit dem im Wesen der nationalsozialistischen Arbeitsverfassung verankerten Gemeinschaftsprinzip unvereinbar. Es gibt hier nur ein Entweder — Oder; ein Kompromiß oder eine Synthese ist nicht denkbar. Die innere Struktur des Arbeitsverhältnisses, eingebaut in die Betriebsgemeinschaft, ist grundsätzlich verschieden von der des schuldrechtlichen Arbeitsvertrages⁵⁾. Das Leben in der Betriebsgemeinschaft ist notwendig politisch ausgerichtet und sittlich wertbedingt. So wie die Familie die Zelle der Volksgemeinschaft bildet, ist der Betrieb die Zelle der völkischen Arbeits- und Leistungsgemeinschaft und ist als solche deren ethischen Befehlen unterworfen.

Der Ehrbegriff der alle engeren Gemeinschaften umfassenden Volksgemeinschaft findet seine Begründung in den rassistischen Voraussetzungen des Volksganges und wird von dem Führer des Volkes mit aller Klarheit geprägt⁶⁾. Er ist ausgerichtet auf das Zusammenleben und den geschlossenen Zusammenhalt der Volksgenossen und stellt jedem einzelnen die Aufgabe, seine gliedhafte Stellung innerhalb der Volksgemeinschaft durch Leistung zu rechtfertigen und zu vervollkommen. Die rassistische Begründung des Volkes findet damit ihre konkrete Ausprägung in der Forderung der gemeinschaftsmäßigen Leistung und die Ehrenhaftigkeit, das heißt die Wertschätzung des Volksgenossen, ist davon abhängig, wie er seiner ihm von der Gesamtheit überantworteten Aufgabe gerecht wird⁷⁾.

Die Ehre des Volksgenossen kann daher nie abstrakt gemessen werden und kann — auch in bezug auf das Arbeitsverhältnis — nicht auf vertraglichen Beziehungen beruhen, sondern ist immer die Folge der getreuen Erfüllung seiner gemeinschaftsmäßigen Pflichten. Die Ehre des in der Betriebsgemeinschaft stehenden Volksgenossen findet auf Grund der besonderen Leistungsanforderungen und der Forderung des betriebsgemeinschaftsmäßigen Verhaltens im Führer-Befolgschaftsverhältnis ihre Konkretisierung. Sie ist kein subjektives Recht des einzelnen, das sich gegen einen anderen wendet, sondern der Ausdruck seiner Gliedhaftigkeit innerhalb der Gemeinschaft⁸⁾.

Wie also Aufgabe und Ehre des Betriebsangehörigen in der Betriebsgemeinschaft beruht und in dieser begründet ist, so muß die Ehre der Betriebsgemeinschaft als solcher⁹⁾ und ihrer Angehörigen ein unteilbares Ganzes bilden¹⁰⁾. Von diesem Gesichtspunkte geht § 35 ArbZG. aus, der besagt, daß sich der Angehörige der Betriebsgemeinschaft der Achtung würdig zu erweisen hat, die sich aus seiner Stellung in der Betriebs-

gemeinschaft ergibt, und daß er sich dem gemeinen Wohle unterzuordnen hat.

Daraus folgt aber, daß die Verletzung der Ehre der Betriebsgemeinschaft gleichzeitig eine Ehrverletzung ihrer Angehörigen beinhaltet, umgekehrt aber auch die Verletzung der Ehre eines Betriebsangehörigen die Ehre der gesamten Betriebsgemeinschaft berührt¹¹⁾. Als Gemeinschaftsbegriff kann sie niemals nur zweiseitig aufgefaßt werden, in ihrer Verletzungsfähigkeit etwa nur in der Beziehung Betriebsführer—Beschäftigter bestehend. Soll die Betriebsgemeinschaft von Leben erfüllt sein, so ist die Ehre im Betriebe als allumfassend anzusehen und alle Folgerungen sind hieraus zu ziehen¹²⁾. Sie wird aber dann nicht nur das Verhalten im Betriebe selbst, sondern auch das außerbetriebliche Verhalten ergreifen, vor allem auch die ehrenhafte Führung in anderen Lebensgemeinschaften, wie Familie, Partei, SS., SA. usw. als Forderung in sich schließen¹³⁾.

Würde man dagegen von einem auf Arbeitsvertrag basierenden Ehrbegriff ausgehen, so müßte dessen konkrete Gestaltung so viele Ausprägungen finden, als Arbeitsverträge geschlossen sind, wobei sich weiter die Folgerung ergäbe, daß in bezug auf die Wertung einer die Ehre angreifenden Handlung als Entlassungsgrund von der Gestaltung der Chrauffassung auf Grund der übrigen Arbeitsverträge abgesehen werden müßte. Auf unser Beispiel übertragen würde das etwa bedeuten, daß sich der Abteilungsleiter von einigen Angestellten — die er aus irgendwelchen Gründen schonen zu müssen glaubt — den Vorwurf der Unehrenhaftigkeit machen lassen könnte, ohne irgendwelche Folgerungen daraus zu ziehen, einen anderen dagegen — der ihm vielleicht unbequem geworden ist — fristlos entlassen kann und daß diese Entlassung als gerechtfertigt angesehen wird.

Macht man aber mit dem Gedanken der Betriebsgemeinschaft auch in dieser Beziehung ernst, so wird sich die Folgerung aus der totalen Chrauffassung des Betriebes ergeben, daß alle Handlungen dieser Angestellten gleichwertig zu beurteilen sind. Wenn daher der Betriebsführer sich nicht entschließen kann, auf den gegen den Abteilungsleiter erhobenen Vorwurf von seiten dieser Mitarbeiter zu reagieren — auch nicht durch Anstellung einer Untersuchung gegen den beschuldigten Abteilungsleiter —, so hat er damit die Integrität der betriebsgemeinschaftlichen Ehre beschädigt. Er kann aber dann auch nicht mehr einen von ihm selbst beseitigten integren Ehrbegriff antwenden, wenn es sich darum handelt, gerade einen Gefolgsmann aus der Betriebsgemeinschaft auszustoßen, der sich mit diesem Zustande nicht abfinden konnte^{14a)}. Er muß vielmehr gegen sich gelten lassen, daß er es verabsäumt hat, als verantwortlicher Führer des Betriebes die Ehre in der Betriebsgemeinschaft unberührt zu erhalten. Mit Recht sagt das Soziale Ehrengericht Berlin in einem Urteil¹⁴⁾: Wer Treue verlangt, muß selbst treu und ehrenhaft sein. Das richtige Mittel zur Wiederherstellung der Ehre der Betriebsgemein-

11) Ebenso Klaus Breucker: JW. 1936, 1191, der die ungerechtfertigte Beschimpfung des Unternehmers als Betriebsgemeinschaftswidrigkeit wertet, aber ebenso die Beleidigung von Gefolgsmännern. — Vgl. auch Urteil des LArbG. Krefeld-Uerdingen v. 27. Febr. 1935, 4 Sa 10/35; ArbRSamml. 24, 164, worin die Treuepflicht gegen den Führer des Betriebes und gegen die Gefolgschaft betont wird.

12) Die Gefahr einer Auswirkung dieser Idee auf das Eigentum im Betriebe oder auf das Betriebsrisiko ist in keiner Weise gegeben. Ebenfalls ergibt sich etwa die Folgerung, daß die Betriebsgemeinschaft zu einer Rechtsgemeinschaft wird.

13) Diesen Gedanken bringt sehr gut das Urteil des LArbG. Gleiwitz v. 9. Jan. 1936, 9 Sa 126/35: ArbRSamml. Bd. 14 zum Ausdruck. Die Entlassung eines gewerblichen Arbeiters wird als gerechtfertigt erklärt, der sich auf einer RdF-Fahrt, also außerbetrieblich, nicht so benommen hat, wie es einem Deutschen zukommt. Darin liegt eine Schädigung des Ansehens, also der Ehre der Betriebsgemeinschaft.

14a) Hierzu vgl. Schumann-Brunder, Sozialpolitik im neuen Staat S. 331: Es ist nicht nationalsozialistisch, sich zu ducken und lieber Unrecht zu erdulden, als sich mannhaft zu wehren. Denn wir wollen keine knechtliche Weichheit, sondern deutsche Aufrichtigkeit und kämpferische Stärke.

14) EV Arbeits I/8/36; nicht veröffentlicht.

4) Auf diesen Standpunkt stellt sich in bezug auf den Betriebsführer noch das Urteil des LArbG. Hamburg v. 1. Febr. 1935: ArbRSamml. 24, 150, wo dem Ausschluß eines Angestellten aus der SA. wegen Ausnutzung der SA.-Zugehörigkeit zur Erlangung persönlicher Vorteile keine rechtliche Bedeutung für das Dienstverhältnis zugemessen wird, weil das Vertragsverhältnis der Parteien nicht unmittelbar berührt wird.

5) In diesem Sinne auch Siebert, Das Arbeitsverhältnis in der Ordnung der nationalen Arbeit, 1935.

6) Vgl. die Rede des Führers v. 12. März 1936 in Karlsruhe.

7) Adolf Hitler, Mein Kampf S. 484.

8) Vgl. Dahm, Der Ehrenschutz der Gemeinschaft, in Gegenwartsfragen der Strafrechtswissenschaft (Festschrift für Graf Gleispach), 1936.

9) Dahm a. a. O. S. 31 über die Beleidigungsfähigkeit der Betriebsgemeinschaft.

10) Vgl. Dr. Leh, Deutschland ist schöner geworden. S. 77 wird die allen Betriebsangehörigen gemeinsame Ehre betont. Im gleichen Sinne etwa Mansfeld: DArbR. 1936, 129.

schaft kann nicht die Entlassung eines mehr oder weniger willkürlich ausgeübten scheinbaren Angreifers sein¹⁵⁾, sondern muß in Maßnahmen bestehen, welche die Ehrverhältnisse der Betriebsgemeinschaft — in unserem Falle den Vorwurf des ehrenrührigen Verhaltens gegen den Abteilungsleiter — klarstellen. Denn das saubere und gesunde Rechtsgefühl der schaffenden Volksgenossen darf nicht durch bloß scheinbare Ordnungsmaßnahmen verlezt werden, wo die wirkliche Ordnung noch gar nicht klargestellt ist^{16a)}. Die willkürliche „Ordnung an sich“, ohne Ausrichtung auf das politische Gemeinschaftsleben, kann heute, nach Überwindung der „reinen Rechtslehre“, kein Gegenstand des Rechtsschutzes sein. Gerade diese Erkenntnis haben wir im Kampf um die Durchsetzung der nationalsozialistischen Bewegung mit aller Klarheit gewonnen. Den Weg zur Herstellung der wahren Lebensordnung im Betrieb weist der Gesetzgeber in § 10 ArbDG., nach welchem sowohl Betriebsführer als Vertrauensmänner vor der gesamten Gefolgschaft feierlich zu geloben haben, in ihrer Lebensführung und Dienstleistung den Betriebsangehörigen Vorbild zu sein; dieses Gelöbniß darf niemals zu einer Formel erstarren. Damit hat aber der Betriebsführer durch eigenes Vorleben die Ehre der Betriebsgemeinschaft konkret zu gestalten und durch geeignete Maßnahmen dafür zu sorgen, daß sie von keinem Mitarbeiter verletzt oder gemindert wird. Als Störer der Betriebsgemeinschaft muß aber derjenige gelten, der durch sein Verhalten seine eigene Ehre und damit die der Gemeinschaft verlezt, nicht aber derjenige, der auf Grund dieser Ehrverletzung sich veranlaßt findet, ihr entgegenzutreten, möge dies auch in fahrlässig unrichtiger Weise geschehen¹⁶⁾.

3. In dem Maße, als diese Auffassung — welche heute bereits in höchst anerkanntesten Urteilen Ausdruck findet¹⁷⁾ — Allgemeinut wird, wird sie dazu beitragen, die Zahl der nach Gemeinschaftsdenken ungerechtfertigterweise, nach Vertragsdenken auf Grund bilateraler Ehrauffassung aber anscheinend ge-

¹⁵⁾ Klaus Breucker a. a. O. S. 1192 vertritt auf Grund eines dort angeführten Urteils des ArbG. Hamburg ebenfalls die Meinung, es könne der Fall eintreten, daß die Betriebsgemeinschaft statt durch das Verhalten des Entlassenen gerade durch die Kündigung des Entlassenen verlezt wird. Ein gegenteiliger Standpunkt müßte als gemeinschaftswidrig und rein positivistisch gewertet werden.

^{16a)} Auf diesem Gedanken beruht offensichtlich das Urteil des ArbG. Berlin 5 Ca 490/36, wo die fristlose Entlassung eines Behördenangestellten für unwirksam erklärt wird, der seinen Vorgesetzten als Lügner bezeichnet hat. Dem Vorwurf, der schon von mehreren Seiten erhoben worden war, wurde nicht entsprechend entgegengetreten und nichts zur Aufklärung getan.

¹⁶⁾ Vgl. Urteil des ArbG. Gleiwitz v. 19. März 1935, 9 Sa 14/35: ArbKartei Rdg. 5: Wer sich als Betriebsführer seiner Gefolgschaft gegenüber nicht richtig verhält, darf den Anlaß zur fristlosen Entlassung eines Mitarbeiters nicht darin suchen, daß dieser ihm sein Unrecht vorhält, auch dann nicht, wenn sich dieser dabei im Tone arg vergreift. — Im Einzelfalle wird doch etwa die Verhängung einer Buße od. dgl. in Frage kommen können (§ 27 ArbDG.).

¹⁷⁾ Vgl. Anmerkungen 11, 13, 13a, 15, 15a, 16.

rechtfertigterweise Entlassenen zu mindern. Sollte aber, solange das bürgerliche Arbeitsvertragsrecht noch gilt, eine derartige fristlose Entlassung in eine ordentliche Kündigung umgewandelt werden, so müßte die Anwendung der Bestimmungen des § 58 ArbDG. über eine Kündigung aus offensichtlich willkürlichen oder wichtigen Gründen unter Mißbrauch der Machtstellung im Betrieb verlangt werden^{17a)}, wenn sie nicht überhaupt als sittenwidrig und daher nichtig im Einzelfall betrachtet werden kann. Eine endgültige Abhilfe kann aber letzten Endes nur eine Neugestaltung des Kündigungsrechtes auf gemeinschaftsrechtlicher Basis bringen. Allerdings hat die Rechtsprechung die Pflicht, auf diesem Wege bereits heute vorzustößen.

Die Gefolgschaftsangehörigen werden aber wissen, daß sie als Folge eines Handelns gegen die Ehre der Betriebsgemeinschaft und damit gegen deren Zusammenhalt unweigerlich die Ausstoßung aus derselben¹⁸⁾ zu gewärtigen haben, da ihr Weiterverbleiben die Ehre zu mindern geeignet wäre, wofür der Betriebsführer die Folgen zu tragen hätte.

Prozessual ergibt sich, daß die richterliche Aufklärungspflicht nach § 139 ZPO., § 46 ArbGG. eine Ausdehnung erfährt. Da bei der Beurteilung der vorgebrachten Ehrenkränkung nicht nur die Verhältnisse der streitenden Parteien, sondern die maßgeblichen Verhältnisse im Leben der Betriebsgemeinschaft beachtet werden müssen, so werden sich die Beweisaufgaben so weit auszudehnen haben. Das liegt durchaus in der Linie der Wahrheitserforschung, wie sie auch das kommende Strafrecht als Grundsatz anerkennen wird¹⁹⁾. Auch im arbeitsgerichtlichen Prozeß ist nicht zu fürchten²⁰⁾, daß im Verfolge der hier entwickelten Grundsätze allzuviel „schmutzige Familienwäsche“ in aller Öffentlichkeit gewaschen werden muß. Wohl aber wird es unbedingt und kompromißlos erforderlich sein, die Ehre der Betriebsgemeinschaft tadellos sauber zu erhalten, denn jeder Verstoß — von wem immer begangen — beeinflusst die gesamte Ehrgestaltung. Die beweistechnisch bedingte Verlängerung der einschlägigen Prozesse wird aber durch deren eminent richtunggebende Kraft und die dadurch wieder verursachte Verminderung ihrer Zahl kompensiert. Darin ist aber der letzte und tiefste Sinn der auf dem streitigen Prozeß beruhenden Einrichtung der Arbeitsgerichte im nationalsozialistischen Staat überhaupt zu sehen: daß sie nämlich verhältnismäßig selten, dann aber unbedingt richtunggebend, zur Gemeinschaft drängend, entscheiden und damit die verletzte sittliche und daher rechtliche Ordnung der Betriebsgemeinschaft wiederherstellen.

^{17a)} Vgl. Amtliche Begründung des Gesetzes zur Erweiterung des Kündigungsrechtes v. 30. Nov. 1934 (M. ArbBl. 1934, Heft 34 I, 274).

¹⁸⁾ Das ArbG. spricht in seinem Urteil v. 17. April 1935, 243/34: ArbK. Samml. 24, 70 den Gedanken aus, daß die fristlose Entlassung eine Angelegenheit der Ehre des Entlassenen bildet.

¹⁹⁾ Vgl. Dahm, Art. Ehrenkränkung im Bericht über die Arbeit der amtlichen Strafrechtskommission.

²⁰⁾ Vgl. Dahm a. a. O. S. 281; er stellt den Wahrheitsbeweis im strafrechtlichen Verfahren ebenfalls darauf ab, daß alle Umstände berücksichtigt werden müssen, die das Verhalten des Genossen zur Gemeinschaft berühren, nicht aber etwa „Schlafzimmerangelegenheiten“.

Fürsorge für Soldaten und Arbeitsmänner

Von Geh. Kriegsrat Ministerialrat a. D. Dr. M. Wagner, z. B. im Reichskriegsministerium, Berlin

Unter dieser Überschrift klärt die WD. v. 30. Sept. 1936 (RWBl. I, 865) eine Reihe juristischer Zweifelsfragen, die u. a. in JW. 1936, 1815 erörtert wurden. Das wesentliche Kennzeichen der nunmehr endgültig im Wege der Gesetzgebung getroffenen Regelung ist die einheitliche Behandlung des „Ehrendienstes am Deutschen Volke“, den sowohl der Wehr- als auch der Arbeitsdienst darstellt. Es handelt sich dabei nicht etwa bloß um eine äußerliche Gleichsetzung. Vielmehr wird der Wurzel in der Einrichtung Rechnung getragen. Beide „Dienste“ sind nämlich in Wirklichkeit, obwohl man bei ihrer Leistung immer noch, und zwar auch im Gesetz, von „Erfüllung“ redet, ausschließlich Betätigung der Zugehörigkeit zur Nation und nicht etwa Tilgungsakte auf

Grund eines Schuldverhältnisses. Es handelt sich vielmehr um eine echte Gemeinschaftsfunktion, Mitgliedschaftsausübung. Eben deshalb ergreift sie die Person des Soldaten wie des Arbeitsmannes im ganzen und duldet daher kein Nebenherlaufen eines anderen Dienstverhältnisses. Andererseits löst die vollkommene Hingabe an den Ehrendienst am Deutschen Volke oder umgekehrt die gänzliche Erfassung der Einzelpersönlichkeit von seiten des Volkes durch die Einziehung die Verpflichtung des Staats zur Betreuung des „gedienten Mannes“ aus. Der Fürsorgegedanke, dem Gedienten nach Beendigung seiner Dienstzeit die Unterbringung im Erwerbsleben sicherzustellen, ist allerdings eine völlige Neuheit gegenüber der unvollkommenen Wehrpflichtgestaltung der Vor-

kriegszeit, andererseits aber auch eine Selbstverständlichkeit angeht, die den Eingezogenen nicht mehr bloß als Erfüller einer obligationsähnlichen Verbindlichkeit betrachtet, sondern als Ausüßer seiner Volkverbundenheit. Der soziale Grundgedanke: Wer in Ehren sich jener Gemeinschaftsfunktion gewidmet hat, muß beim Ausscheiden bevorzugt einen Arbeitsplatz im Zivilleben finden — hatte seine erste Ausprägung in § 32 WehrG. gefunden. Im ArbeitsdienstG. war er zunächst nicht ausdrücklich enthalten, mußte daher mittels Übergangsvorschrift (RGBl. 1935, I, 1215 Art. 24) wenigstens vorläufig nachgebracht werden. Jetzt ist durch die WD. vom 30. Sept. 1936 (§ 20) die Vereinheitlichung definitiv so unverrückbar festgelegt, wie es ihrer inneren Zusammengehörigkeit entspricht. Die soziale Betreuung, wie sie § 32 für den gedienten Soldaten eingeführt hat, steht also auch dem gedienten Arbeitsmann zu. Abgesehen von dieser grundsätzlichen, vielfache Zweifel und Bedenken abschneidenden Regelung ist aus der WD. die abschließende Stellungnahme zu den bürgerlichen Dienstverhältnissen hervorzuheben, in denen der zum Wehr- oder Arbeitsdienst Einberufene bis dahin gestanden hat. Das Beschäftigungsverhältnis der Arbeiter, Angestellten und Lehrlinge in der freien Wirtschaft endet mit dem Tage, an dem sie zum Erfüllen der aktiven Dienstpflicht oder zur Leistung des Arbeitsdienstes den Betrieb verlassen müssen, also spätestens mit dem Vortage des Einstellungstags. „Einer Kündigung bedarf es nicht“ (§ 1). Ebenso endet von selbst, also ohne Ausspruch einer Kündigung, das Beschäftigungsverhältnis der Arbeiter, Angestellten und Lehrlinge im öffentlichen Dienst (§ 7). Die Regelung, die der RM. bereits im September 1935 im Verwaltungswege für die Reichsbetriebe eingeführt hatte, ist somit zum Gesetz geworden. Damit ist die alte Streitfrage, ob wirklich die Neugestaltung der allgemeinen Wehrpflicht einen solchen einschneidenden Eingriff in die bürgerlich-rechtliche Lage zwangsläufig mit sich bringt, im Sinne der Bejahung entschieden. Die WD. ist allerdings (§ 23) erst mit Wirkung v. 1. Okt. 1936 in Kraft getreten. Eine Rückwirkung auf die Vorzeit spricht sie nicht aus. Trotzdem wird man auch für die Vorzeit zur Frage der selbsttätigen Beendigung des alten Beschäftigungsverhältnisses wohl kaum noch an dem manchmal selbst in der Rechtsprechung aufgetauchten Gedanken festhalten können, die Einziehung zur Erfüllung der aktiven Dienstpflicht — d. h. jetzt auf zwei Jahre — berühre an sich den bürgerlich-rechtlichen Dienstvertrag des Eingezogenen nicht; mithin sei es eine BGB-Frage, wie der Eingezogene und sein bisheriger Dienstherr sich zu dem bisherigen Dienstverhältnis stellen wollen. Die WD. hat vielmehr als ursprüngliche Rechtslage klargestellt, wie Wehr- und Arbeitsdienst sich zum bisherigen Beschäftigungsverhältnis des Eingezogenen verhalten: Sie zerreißen es nämlich. Selbstverständlich können Arbeitnehmer und Arbeitgeber sich darüber einigen und das Beschäftigungsverhältnis weiter bestehen lassen, z. B. in der Form, daß der Eingezogene beurlaubt und sein Brotherr lediglich von der Verpflichtung zur Lohnzahlung befreit wird, bis der Mann als Gedienter zurückkehrt. Wsdann wird ihm sein Arbeitsplatz offen gehalten. Daß solche Abmachung durchaus erwünscht ist, ergibt schon § 2 WD. Danach soll nämlich regelmäßig der Gediente an seinen früheren Arbeitsplatz, den er als Arbeiter, Angestellter oder Lehrling innehatte, zurückkehren. Freilich hat er hierauf an sich keinen Rechtsanspruch! Trotzdem begünstigt natürlich die Rechtsordnung solche Vereinbarungen, die schon beim Dienst Eintritt beim Militär oder Arbeitsdienst dem Eingezogenen die Gewißheit geben, daß ihm sein Arbeitsplatz gewahrt bleibt, also durch Vertrag die Rückkehr an die alte Stelle gewährleisten. Die Möglichkeit ändert aber an der Rechtslage, die ohne solches Abkommen besteht, nichts. Es wendet mithin in aller Regel bei der selbsttätigen Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses § 32 WehrG. ist also auch in seinem viel umstrittenen Abs. 1 Satz 3 endlich vom Gesetzgeber geklärt. Die Unterbringungspflicht des Staates kommt nicht nur dem Soldaten zustatten, der in Ehren seiner zweijährigen aktiven Dienstpflicht genügt hat, sowie dem Arbeitsmann nach Leistung seines sechs-

monatigen Arbeitsdienstes, sondern auch demjenigen Soldaten oder Arbeitsmann, der unverzüglich bereits früher ausscheidet. Ebenso wird derjenige betreut, der zwar am Einstellungstage eingetreten ist, aber nach dem Eintreffen beim Truppenteil wegen des Ergebnisses der militärärztlichen Untersuchung „als Soldat nicht eingestellt“ wurde (§ 6). Diese Lage bedurfte besonderer Hervorhebung, weil der Betroffene tatsächlich nach § 21 Abs. 3a WehrG. und § 13 ReichsarbeitsdienstG. im Rechtsinne schon Soldat oder Arbeitsmann geworden war. Denn dieses Rechtsverhältnis beginnt bereits mit dem ersten Augenblicke des Einstellungstages, folglich unabhängig von der wirklichen Einstellung. Der Rekrut ist mithin bei Bornahme der militärärztlichen Untersuchung durch den Truppenteil juristisch bereits Soldat, gelangt aber bei Untauglichkeit „als Soldat nicht zur Einstellung“. Genau gleich ist die Rechtslage beim Arbeitsmann. Infolgedessen kommt es in solchen Fällen nicht zur tatsächlichen Erfüllung der aktiven Dienstpflicht oder des Arbeitsdienstes; § 2 WD. würde mithin keine Betreuung gewähren, und deshalb mußte durch ausdrücklichen Ausspruch (§ 6) die hier gebotene Fürsorge sichergestellt werden; denn der Betroffene hat ja seinen Arbeitsplatz bereits verloren, und zwar spätestens mit Ablauf des Vortages vor dem Einstellungstag.

Während grundsätzlich das bürgerliche Beschäftigungsverhältnis durch die Erfüllung der aktiven Dienstpflicht oder des Arbeitsdienstes beendet wird, ist es im Beamtentum entgegen- gesetzt geregelt. Nach § 12 WD. ist den Beamten des Reichs, der Länder, der Gemeinden und der Gemeindeverbände sowie der sonstigen Körperschaften des öffentlichen Rechts, falls sie zum Erfüllen der aktiven Dienstpflicht oder des Arbeitsdienstes einberufen werden, der erforderliche Urlaub zu gewähren. Jedoch fallen die Bezüge weg. Das ist nunmehr normierte Rechtslage.

Wichtig ist noch die besondere Hervorhebung, daß freiwilliger Eintritt in den aktiven Wehrdienst, sei es zur Ableistung der zweijährigen Dienstpflicht, sei es zu längerer Dienstleistung, die gleichen Wirkungen hat wie die Einziehung. Das gilt auch für den Arbeitsdienst (§ 17). Überhaupt ist der Grundsatz ein für allemal ausgesprochen: Hinsichtlich der Fürsorge, insbesondere bei der Unterbringung im Zivilleben, stehen die beiden Arten des Ehrendienstes am Deutschen Volke einander gleich. Im Einzelfalle muß jedoch nach dem Leistungsprinzip derjenige bevorzugt werden, der beiden Arten des Ehrendienstes gerecht geworden ist, mithin sowohl die Arbeitsdienstpflicht als auch die aktive Dienstpflicht im Wehrdienst erfüllt hat, mithin 2½ Jahr hindurch seine Zugehörigkeit zur Nation mit Waffe oder Spaten betätigte. Die Zusammenrechnung muß in jedem Falle dem in beiden Arten Gedienten zustatten kommen. Wo nur eine der beiden Arten geleistet ist, kommt es zum Erwerb eines Vorranges auf die Länge der Dienstzeit an, sofern sie 1 Jahr übersteigt. Dieser gerechte Ausgleich sichert dem Soldaten wie dem Arbeitsmann innerhalb der Unterbringungsbetreuung den gebührenden Rang.

In § 21 wird eine immer wieder hervortretende Zweifelsfrage geklärt: Wer im Wehrdienst „zu kurzfristiger Ausbildung“ einberufen wird, genügt damit nicht seiner in § 8 WehrG. bestimmten aktiven Dienstpflicht. Vielmehr handelt es sich bei ihm um eine der in § 20 WehrG. festgesetzten Leistungen der Wehrpflichtigen des Beurlaubtenstandes außerhalb der aktiven Dienstpflicht. Rechtlich werden die zu kurzfristiger Ausbildung Einberufenen, obgleich sie aktiven Wehrdienst leisten und Soldaten sind, nämlich nicht nach § 7 Abs. 1a Nr. 1 WehrG., sondern nach Nr. 4, so behandelt, als wenn sie zu einer „Übung“ einberufen wären. Im Rahmen des WehrG. ist eben die „kurzfristige Ausbildung“ nichts anderes als eine „Übung“.

Schließlich wird in das bürgerliche Recht noch folgende Neuerung hineingetragen: Wer als Angestellter, Arbeiter oder Lehrling zur Erfüllung der aktiven Dienstpflicht im Wehrdienst oder zum Arbeitsdienst einberufen wird, muß den Einstellungsbefehl unverzüglich dem Führer seines Be-

triebes vorlegen. Diese Rechtspflicht ist gerade deshalb wesentlich, weil durch den Eintritt zur Erfüllung der zweijährigen aktiven Dienstpflicht beim Militär wie in den Arbeitsdienst die selbsttätige Zertrennung des bestehenden Beschäftigungsverhältnisses bewirkt wird und darum der Arbeitgeber alsbald von dem Bestehen der Beschäftigungslösung Kenntnis erhalten muß. Die Versäumung unverzüglicher Vorlage des Stellungsbefehls an den Betriebsführer macht den Angestellten, Arbeiter oder Lehrling schadensersatzpflichtig, und zwar nicht bloß aus unerlaubter Handlung, sondern vor allem aus schuldhafter Nichterfüllung seiner Vertragspflichten. Bei der Einberufung zu „Übungen“ und niemals im Arbeitsdienst vorkommen können, ist die Rechtslage nach wie vor anders. Maßgebend bleibt die *WD. v. 25. Nov. 1935* (*RGW. I, 1358*) mit den Änderungen v. 28. März 1936 (*RGW. I, 326*). Hier besteht immer noch der Grundsatz: Das Beschäftigungsverhältnis dauert trotz der Einstellung in den aktiven

Wehrdienst fort. Der Arbeitgeber darf nicht kündigen, braucht aber während der militärischen Dienstleistung dem Arbeitnehmer keine Vergütung zu zahlen; er muß ihn „beurlauben“. Beim Antrag auf Urlaubserteilung hat der Arbeitnehmer den Einberufungsbefehl vorzulegen (§ 3 *WD. v. 25. Nov. 1935*). Unverzüglichkeit ist für diese Vorlage nicht vorgeschrieben, da kein radikaler Eingriff in das Beschäftigungsverhältnis vorliegt. Bei Beamten ist ebenfalls der Urlaub zu erteilen, jedoch dauert grundsätzlich der Anspruch des Eingezogenen auf seine Dienstbezüge fort. „Übung“ ist auch die „kurzfristige Ausbildung“.

Nach § 23 Satz 2 unserer *WD.* verlieren mit dem 1. Okt. 1936 sämtliche von der Fürsorge für Soldaten und Arbeitsmänner abweichenden Bestimmungen früherer Tarifordnungen trotz aller Verbindlichkeitserklärungen ihre Kraft. Der Ausspruch dieser vielleicht selbstverständlichen Wirkung der *WD.* rechtfertigt sich zum Ausschluß aller sonst doch immerhin noch möglich gewesenen Zweifel.

Zur Frage der Verwirkung

Von Dr. Werner Legtmeyer, München

Die Verwirkung hat, wie alle besonderen Ausprägungen des im § 242 *BGB.* gesetzlich niedergelegten Grundsatzes von Treu und Glauben, im deutschen Rechtsleben einen starken Widerhall gefunden. Restlose Anerkennung wechselt ab mit völliger Ablehnung, während von anderen der Versuch gemacht wird, sie auf einige Sondergebiete (Aufwertungs-, Arbeits- und Wettbewerbsrecht) zu beschränken¹⁾. Ebenso mannigfaltig wie die Stellungnahme zur Frage der grundsätzlichen Geltung und des Geltungsbereichs sind die Versuche, den Verwirkungsgedanken dogmatisch zu begründen. Unzulässige Rechtsausübung (Siebert), Verschweigung (Krause), Verarbeitung (Herzog), Erziehung, der Grundsatz des venire contra factum proprium (Lehmann) und der stillschweigende (Verzichts-) Vertrag (Manigk) sind herangezogen worden, um einmal gegenüber den Leugnern der Verwirkung ihre Inhaltsgleichheit mit anerkannten Rechtsgebilden des geltenden Rechts und damit die Verwirkung selbst als Bestandteil unserer Rechtsordnung zu erweisen, zum anderen auch, um aus der vermeintlich festgestellten Übereinstimmung Rückschlüsse auf ihren Inhalt, Umfang und Grenzen zu ziehen.

Mit Recht hat neuerdings Lehmann darauf hingewiesen, daß alle förmlich konstruktionalen Rechtfertigungsversuche aber letzten Endes unbefriedigend bleiben müssen, weil sie sämtlich denkgerecht sind, daß über ihre Annahme oder Verwerfung daher nicht apriorisch, sondern nur aus der Betrachtung und Bewertung der konkreten, typischen Bedarfslage entschieden werden kann. Lehmann vertritt hiermit die gleiche Auffassung wie de Boor und ich²⁾. Zu einer Klarheit vermögen wir in der Verwirkungsfrage nur zu kommen, wenn wir aus der Betrachtung der konkreten Tatbestände Sinn und Zweck dieses Gedankens aufzeigen. Nur dieser Weg vermag der uns gestellten Aufgabe gerecht zu werden, unser gesamtes Rechtsgut neu zu durchdenken und zu untersuchen, ob es der vom nationalsozialistischen Staat an das Recht gestellten Forderung, dem Volke zu nützen, entspricht.

Eine solche Untersuchung der Bedarfslagen in den einzelnen Verwirkungsfällen zeigt, daß die späte Geltendmachung des Anspruchs eine Schädigung des Verpflichteten hervorrufen würde, die bei früherer Geltendmachung nicht eingetreten wäre — daß die Zumutung an den Verpflichteten, diese Schädigung zu tragen, als ein Verstoß gegen den Grundsatz von Treu und Glauben erscheint —, und daß man aus diesem Grunde dem Berechtigten die Durchsetzung seines Anspruchs verwehrt, in-

dem man ihn für „verwirkt“ erklärt. Die Untersuchung der Verwirkungslage führt aber gleichzeitig zu einer Einschränkung. Der Eintritt einer Schädigung vermag allein die späte Geltendmachung noch nicht als Verstoß gegen Treu und Glauben erscheinen zu lassen. Es muß vielmehr hinzukommen, daß der Verpflichtete auf Grund des ihm gebotenen Eindrucks zu der berechtigten Annahme kommen durfte, der Berechtigte wolle den Anspruch nicht mehr geltend machen, und daß der Schaden gerade deshalb eintritt, weil er sich in dieser Erwartung auf eine dauernde Nichtgeltendmachung einstellt. Mit anderen Worten: Zwischen der Verzögerung und der durch sie eintretenden Schädigung muß Kausalzusammenhang bestehen. Der Verpflichtete bezieht das Verhalten des Berechtigten in den Kreis seiner Überlegungen ein und macht es damit zur Grundlage seiner eigenen wirtschaftlichen Maßnahmen und Berechnungen³⁾.

Sind diese Feststellungen richtig, so kann m. E. dem Verwirkungsgedanken nicht gut seine Daseinsberechtigung mehr abgetritten werden. Der Nachweis aber, daß diese Bedarfslage nicht nur auf den Sondergebieten, sondern in allen Fällen gegeben ist, in denen man eine Verwirkung anerkannt hat, erweist die Beschränkung dieses Gedankens auf bestimmte Sondergebiete, wie sie insbes. in der oben angegebenen Entscheidung von dem 7. Sen. des *RG.* vorgenommen worden ist, als unrichtig.

Die später veröffentlichten Entscheidungen des 2. und 4. Sen. des *RG.*⁴⁾ gehen im wesentlichen dahin, daß zwar die besonderen Voraussetzungen der Verwirkung auf den Gebieten des Aufwertungs-, Arbeits- und Wettbewerbsrechts keine Übernahme auf andere Gebiete erfahren könnten, daß der Verwirkungsgedanke aber auch auf anderen Gebieten (hier Handels- und Mietrecht) anerkannt werden müsse. Also eine deutliche Ablehnung der vom 7. Sen. vertretenen Auffassung, wenn auch in vorichtigster Formulierung. Zur Begründung weisen sowohl der 2., als auch der 4. Sen. durchaus zutreffend auf die Einheit des früher schon vom *ROHG.*, dann vom *RG.* herausgestellten Gedankens der „illoyalen Verspätung“ mit der später unter dem Schlagwort „Verwirkung“ erörterten Rechtsfolge hin und widerlegen damit die im Schrifttum mehrfach als unrichtig bezeichnete Behauptung, die Verwirkung sei im Aufwertungsrecht entstanden, mit der man sie zunächst sogar nur auf dieses Gebiet hatte beschränken wollen⁵⁾.

Bedenklich erscheinen diese Entscheidungen jedoch, weil auch sie von angeblichen „besonderen Voraussetzungen“ des Verwir-

¹⁾ Vgl. insbes. das Urte. des 7. Sen. des *RG.*: *JW.* 1934, 1849 = *RGZ.* 144, 22.

²⁾ Lehmann: *JW.* 1936, 2193; Legtmeyer, Die Verwirkung, *Diff.*, Köln 1935, S. 41 und *ArchZivPr.* 142, 210; de Boor: *JW.* 1933, 2276 f. (Anm.).

³⁾ Legtmeyer a. a. O. S. 41 ff. und *ArchZivPr.* 142, 210 ff., 214 ff.

⁴⁾ *JW.* 1935, 1841, 2490 und 2883.

⁵⁾ *RGZ.* 135, 374 ff. = *JW.* 1932, 2972⁵⁾.

lungsgedankens auf den Sondergebieten ausgehen. Solche Voraussetzungen bestehen in Wirklichkeit nicht, wenn man nicht auf eine rein äußere Begriffsformulierung für die Bedarfslage auf einem bestimmten Gebiet abstellt. So kann man zweifellos nicht den Begriff des Besitzstandes auf andere Gebiete als das Wettbewerbsrecht anwenden, wohl aber seinen konkreten Gehalt, der darauf hinweist, daß der Verpflichtete (der Verlezer) im berechtigten Vertrauen auf die Richtgeltendmachung etwaiger Unterlassungsansprüche des Berechtigten (des Verletzten) dessen Zeichen im Verkehr benutzt und soweit zur Anerkennung gebracht hat, daß die Warenverbraucher dieses Zeichen dem Verlezer zurechnen. Muß er nun die Benutzung des Zeichens unterlassen, so würde ihm ein Schaden entstehen, der u. U. den Bestand des ganzen Unternehmens in Frage stellen könnte.

Unbefriedigend aber sind die Entscheidungen des 2. und 4. Sen., weil sie die Frage offen lassen, wo denn nun eigentlich die Grenzen der Verwirkung zu suchen sind. Ist sie auf bestimmte Gebiete beschränkt? Oder auf bestimmte Ansprüche?

Ich habe bereits an anderer Stelle ausgeführt, daß der Geltungsbereich der Verwirkung m. E. weder auf bestimmte Gebiete, noch auf bestimmte Ansprüche beschränkt werden kann. Die Verwirkungslage kann vielmehr auf allen Gebieten und bei allen Ansprüchen auftauchen. Die Abgrenzung der Verwirkungslage von den nicht zur Verwirkung geeigneten Bedarfslagen geschieht aber m. E. am besten durch den Gedanken der Treupflicht in seiner besonderen Ausprägung als Pflicht zum Handeln, als Pflicht zur rechtzeitigen Geltendmachung eines Anspruchs. Lehmann hat in seinen Ausführungen: *JW.* 1936, 2193 ff. (hier S. 2195 f.) sowohl die Existenz einer solchen Handlungspflicht bestritten, als auch die Möglichkeit angezweifelt, die Verwirkungslage auf diesem Wege abzugrenzen. Die nachfolgenden Ausführungen dürften ihn jedoch widerlegen.

Wenn den sogenannten Sondergebieten auch m. E. keine Bedeutung hinsichtlich der grundsätzlichen Geltung des Verwirkungsgedankens zukommt, so läßt es doch der wiederholte Versuch einer Beschränkung auf diese Gebiete — die Feststellung, daß er tatsächlich neben wenigen anderen weitaus überwiegend auf diesen Gebieten auftritt —, und schließlich die Erscheinung, daß er auf bestimmten Gebieten oder unter bestimmten Voraussetzungen ganz abgelehnt wurde, als naheliegend erscheinen, daß gewisse Zusammenhänge zwischen den Sondergebieten und der Verwirkung (bzw. ihrem häufigen Auftreten auf diesen Gebieten) bestehen. Diesen Zusammenhang liefert aber gerade der Gedanke einer Pflicht zum Handeln, die aus einer Verbundenheit der Beteiligten erwächst. Diese Verbundenheit ist am augenfälligsten vielleicht beim Arbeitsverhältnis. Hier verpflichtet der Gedanke der Arbeitsgemeinschaft alle Beteiligten zur gegenseitigen Rücksichtnahme und zur Schaffung offener, klarer Rechtsbeziehungen. Eine wahre Gemeinschaft kann aber da nicht entstehen, wo die Beteiligten sich mit dem Vorbehalt einer späteren Geltendmachung weiterer Ansprüche gegenüberstehen. Deutlich zeigt sich dieser Gedanke auch beim Mietverhältnis. Auch hier vermag eine wahre Hausgemeinschaft nur dann zu entstehen, wenn das Verhältnis nicht durch nachgeschobene Ansprüche getrübt wird. Daneben ist Verwirkung und illoyale Verletzung insbes. dann angenommen worden, wenn zwischen den Beteiligten ein Dauerschuldverhältnis bestand oder wenn sie wenigstens auf längere Dauer hin durch ein bestimmtes Schuldverhältnis miteinander verbunden waren. So spielen hier vor allem laufende oder langjährige Geschäftsverbindung, Sukzessionslieferungsverträge, Abzahlungsgeschäfte, Versicherungsverträge u. a. eine Rolle. Dabei ist der Gedanke entscheidend gewesen, daß aus einer längeren Zeit dauernden oder auf längere Zeit berechneten geschäftlichen Verbindung ein gewisses Vertrauensverhältnis erwächst, bei dem der eine auf die Redlichkeit des anderen vertraut. Die Erwägung, daß der Berechtigte, der seinen Anspruch erst sehr spät geltend machte, nicht wie ein redlicher Kaufmann gehandelt habe, taucht mehrfach in den Entscheidungen auf⁷⁾. Vertraut der eine aber auf die Redlich-

keit des anderen, so nimmt er auch an, daß dieser ihn gegenüber sein Verhalten nicht ändern werde, und stellt seine Berechnungen und Maßnahmen darauf ab. So entsteht dann die oben geschilderte Verwirkungslage, bei der aus der nachträglichen Geltendmachung von Ansprüchen dem Vertrauenden ein Schaden erwachsen würde. Dabei ist insbes. zu berücksichtigen, daß der Betrieb, das Unternehmen und in gewissem Umfang auch ein Hausgrundstück einen lebendigen Organismus bildet, in dem den laufenden Ausgaben und Einnahmen wieder andere Verpflichtungen gegenüberstehen, und daß so die Entstehung einer Verwirrung auf der einen Seite auch Verwirrung auf der anderen schafft. Der Unternehmer kann nicht liefern, wenn sich der Lieferant der von ihm benötigten Rohstoffe auf einen weit zurückliegenden Rücktrittsgrund beruft und sich unerbötigt vom Vertrage löst. Der Betriebsführer und der Vermieter können ihren steuerlichen oder sonstigen Verpflichtungen nicht nachkommen, wenn Arbeiter oder Mieter Nach- bzw. Rückforderungen stellen⁸⁾.

Will man auf die Begründung für dieses Vertrauensverhältnis abstellen, so muß man sagen, daß es sich hier um Gründe mehr persönlicher Art handelt, die als ausschlaggebend für die Annahme einer Treupflicht erscheinen. Eine Entwicklung, die zur Anerkennung der Verbundenheit aller Volksgenossen und der Pflicht zur Rücksichtnahme auf die schutzwürdigen Belange anderer führt, wird aber ihren Ausgangspunkt immer von den persönlichen Beziehungen her nehmen. Sie wird daher in ihren Anfängen noch geneigt sein, eine solche Treupflicht da zu verneinen, wo derartige Beziehungen persönlicher Art nicht bestehen. So erklärt es sich auch, daß eine Verwirkung von Schadensersatzansprüchen und Ansprüchen aus ungerechtfertigter Bereicherung völlig abgelehnt worden ist. Der Gedanke, daß hier ein gesellschaftliches und kein ein persönliches Band um die Beteiligten schlingendes vertragliches Schuldverhältnis vorliegt, hat sicher (wenn auch wahrscheinlich nur unbewußt) ausschlaggebend mit zur grundsätzlichen Ablehnung des Verwirkungsgedankens für diese Ansprüche geführt.

An dem Beispiel der Verwirkung im Wettbewerbs- und dem nur einen Teil davon bildenden Warenzeichenrecht zeigt sich jedoch die allmähliche Trennung des Verwirkungsgedankens von der persönlichen Treuegrundlage. Obwohl älterer Zeichenberechtigter und Verlezer in keinen Beziehungen zueinander stehen, ist das Gebiet des gewerblichen Rechtsschutzes zum anerkannten Sondergebiet geworden, auf dem man die Voraussetzungen einer Verwirkung weiter gespannt hat, als auf irgendeinem andern. Es sei insbesondere an die Hunyadi-Janos-Entscheidung erinnert, in der das RG. eine Verwirkung auch dann anerkannte, wenn der Verletzte von der Wettbewerbs-handlung des anderen gar keine Kenntnis hatte und wenn der Besitzstand in unredlicher Weise begründet worden war⁹⁾. Hier tritt entscheidend die sachliche Entwicklung der Dinge¹⁰⁾ in den Vordergrund, die ein Durchsetzen des Anspruchs nicht gestattet, ohne die wirtschaftliche Funktionsfähigkeit des Verlezers zu erschüttern oder zu vernichten und dadurch u. U. volkswirtschaftlich unerwünschte Folgen hervorzurufen. Diese Hervorkehrung sachlicher Gesichtspunkte zur Begründung einer Treueverpflichtung findet sich schon in der älteren Rechtsprechung, wo die Tatsache von Preisschwankungen, unsicherer Zeitverhältnisse (Krieg) und Geldentwertung entscheidend herangezogen worden ist. Das gleiche gilt für das Aufwertungsrecht, wo die Unterscheidung von lebenswichtigen Geschäften einerseits, Geschäften des täglichen Umsatz- oder Handelsverkehrs andererseits gemacht oder auf die Erwägung abgestellt wurde, daß die Aufwertung ein außerordentlicher Rechtsbehelf sei.

Mit Recht hat das RG. also angenommen, daß nicht die persönliche Treueverletzung des Berechtigten ausschließlicher

⁷⁾ Vgl. hierzu im einzelnen Tegetmeyer: *ArchZivPr.* 142, 223 ff. und *Roquette*: *JW.* 1935, 2884.

⁸⁾ *RGZ.* 134, 38 = *JW.* 1932, 942⁹⁾ m. Anm.

⁹⁾ Diese Formulierung taucht schon in der Goldina-Entscheidung auf (*RGZ.* 111, 192 = *JW.* 1925, 2453). Vgl. auch *RG.*: *JW.* 1931, 430: Umformung des unrechtmäßigen Zustandes in einen rechtmäßigen „durch die Macht der Tatsachen“.

¹⁰⁾ *RGZ.* 88, 261 ff. = *JW.* 1916, 1018; *RG.*: *LZ.* 1917, 267 ff. Auch *RGZ.* 107, 108 ff. und *OLG.* München: *Wirtschaft und Recht* 5, 113.

Verwirklichungsgrund ist¹⁰⁾. Die Beschränkung auf persönliche Treueverletzungen würde letzten Endes nichts anderes als eine Beschränkung auf solche Vertragsverhältnisse bedeutet haben, bei denen die Parteien besonders eng miteinander verbunden sind, wie etwa im Arbeitsrecht. Eine Treupflicht muß aber stets verkehrt sein; darauf hat jetzt Siebert mit Recht hingewiesen¹¹⁾. Welche Umstände alle zur Begründung einer solchen Treupflicht außer den persönlichen noch führen, geht aus der schon früher von mir gebrachten Aufstellung hervor¹²⁾. Lehmann will nun durch seinen Hinweis auf die obige Entscheidung beweisen, daß nicht die Verzögerung, sondern das Zurückgreifen auf das Recht eine Pflichtwidrigkeit bedeuten müsse. Das scheint mir jedoch ein Streit um den m. E. belanglosen Blickpunkt zu sein. Die Verpflichtung, einen Anspruch wegen der Folgen verspäteter Geltendmachung nicht zu erheben, ist schließlich das notwendige Korrelat der Verletzung einer Pflicht, den Anspruch wegen seiner späteren verderblichen Folgen rechtzeitig geltend zu machen. Und selbstverständlich ist, daß man da, wo der Berechtigte von dem Bestand eines Anspruchs keine Ahnung hatte, nur von der Pflicht zur Unterlassung späterer Geltendmachung reden kann. In dem einen Fall tritt mehr die Seite des Berechtigten und die Verzögerung, in dem anderen die Seite des Verpflichteten und der Zeitpunkt der Geltendmachung in den Vordergrund. Daß der Gedanke der Pflicht zum Handeln in seinem wesentlichen Kern richtig ist, gibt Lehmann schließlich durch die Anerkennung einer „besonderen Veranlassung zum Handeln“ selbst zu. Das wird unten noch auszuführen sein.

Der Pflichtgedanke wird aber auch noch durch folgende Betrachtung als richtig erwiesen. Die Verwirkung ist auf den Sondergebieten auch nicht bedingungslos anerkannt worden. Im Arbeitsrecht war es z. B. niemals so, daß es sich um einen einwandfreien, klaren Tariflohnanspruch handelte. Meist waren es zweifelhafte Ansprüche, deren Berechtigung durch die Verzögerung keineswegs klarer erwiesen wurde und die von dem Beschäftigten dann erst hervorgeholt wurden, wenn es zwischen ihm und dem Betriebsführer aus anderen Gründen zum Bruch gekommen war: Nach langer Zeit kaum noch feststellbarer Überstundenlohn — Mehrlohn, der nicht gezahlt worden war, weil der Arbeiter seinen (oft erst nach dem Dienstantritt erfolgten) Verbandsbeitritt verschwiegen hatte —, Mehrlohn, der infolge einer irrtümlich erfolgten zu niedriger tariflichen Einstufung nicht gezahlt worden war. Im Aufwertungsrecht ist zu beachten, daß hier der Verwirklichungsgedanke überhaupt nur bei der sogenannten Aufwertung kraft Rückwirkung anerkannt wurde. War die gesamte Aufwertung ein außergewöhnlicher Rechtsbefehl, bei dem stets eine gewisse Unsicherheit vorherrschte und kein Schuldner wissen konnte, ob der Gläubiger das Schuldverhältnis noch einmal aufrollen würde, so verstärkte sich hier dieser Zustand der Unsicherheit noch erheblich durch die Tatsache der bereits einmal erfolgten Rückzahlung des Nennbetrages der Forderung, mochte es sich auch nur um entwertete Papiermark gehandelt haben. Oder aber der Gläubiger hatte die Geltendmachung von Aufwertungsansprüchen bei dem Schuldner angemeldet, hatte aber, nachdem dieser die Berechtigung von Aufwertungsansprüchen bestritten hatte, lange Zeit nichts mehr von sich hören lassen. Überhaupt gehört das Bestreiten eines Anspruchs zu den Umständen, die einen Tatbestand der Unsicherheit herbeiführen. Hat der Schuldner auf das Leistungsverlangen des Gläubigers hin erklärt, er brauche aus bestimmten Gründen nicht zu erfüllen, so weiß der Gläubiger, woran er ist, und mag klagen. Dem Verpflichteten, der des guten Glaubens ist, er brauche aus irgendwelchen Gründen nicht zu leisten, kann man nicht zumuten, negative Feststellungsklage zu erheben. Dieser Gesichtspunkt wird fast stets in der auch von Lehmann zitierten Entscheidung des RG. (JW. 1929, 2134 ff.) übersehen, in der der Käufer eines Wertpapiers nach einem halben Jahr erst, und zwar ausgerechnet, nachdem das

Papier um das Doppelte im Kurs gestiegen war, Klage auf Erfüllung des Kaufvertrages erhob, obwohl er mit dem Verkäufer in ständiger Geschäftsverbindung stand und obwohl dieser von Anfang an die Lieferpflicht bestritten hatte¹³⁾. Andere Fälle, in denen ein Zustand der Unsicherheit entsteht, sind die der verspäteten Geltendmachung von Gestaltungsrechten, Kündigungs- und Rücktrittsrechte sind an keine gesetzliche, selten nur an eine vertragliche Frist gebunden. Soll der unglückliche Unternehmer, dessen Vertragspartner sich für den Fall des Kriegsausbruchs ein Rücktrittsrecht ausbedungen hat, so lange warten müssen, bis diesem die Bindungen des Vertrages lästig werden?¹⁴⁾

Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß es gegen Treu und Glauben verstößt, seinen Vertragspartner einem solchen Zustand der Unsicherheit auszusetzen. Die Treupflicht, der der Verpflichtete so gut wie der Berechtigte unterworfen sind, erfordert klare, offene Rechtsbeziehungen. Es geht nicht an, daß der eine Teil dauernd unter dem Druck möglicherweise gegebener Gegenansprüche steht. Ein Verhältnis, das durch solche Vorbehalte belastet wäre, könnte seiner sozialen Aufgabe nicht gerecht werden. So erklärt es sich, daß derartige Nachforderungen auch nicht mehr nach Beendigung des Vertragsverhältnisses gestellt werden dürfen¹⁵⁾.

Konnten wir oben feststellen, daß man im Anfang (bewußt oder unbewußt) entscheidend von der persönlichen Treuebeziehung ausging. So ist weiterhin zu ergänzen, daß der Gedanke der Treupflichtverletzung hauptsächlich zunächst da anerkannt werden mußte, wo der Berechtigte sich auf eine Vorschrift beruft, die selbst eine Bezugnahme auf Treu und Glauben enthält. Das aber ist vorwiegend auf den Sondergebieten der Fall. Auf dem Gebiet der freien Aufwertung bildet § 242 BGB. die Grundlage¹⁶⁾, auf dem des gewerblichen Rechtsschutzes § 1 UrwG., und im Arbeitsrecht enthält der Begriff des wichtigen Grundes das an Treu und Glauben gebundene Moment der Zumutbarkeit, während für die vermögensrechtlichen Ansprüche betont wurde, daß das Arbeitsverhältnis in ganz besonderem Maße von dem Grundsatz „Treu und Glauben“ beherrscht werde.

Um das hier zur Erörterung stehende Problem zu erkennen, muß man sich aber vor Augen halten, daß der Hinweis auf Treu und Glauben in einzelnen Bestimmungen letzten Endes nichts als die vom Gesetzgeber vorweggenommene generelle Wertung eines konkreten Lebensverhältnisses ist, die in anderen Fällen von dem erkennenden Richter vorgenommen werden muß. Denn die Treupflicht kann, vorher nicht erkennbar, durch den Eintritt „besonderer Umstände“ entstehen, die erst der Wertung des Richters zugänglich sind. Solche Umstände sind z. B. die persönlichen Beziehungen der Beteiligten (Verwandtschaft, Freundschaft), geschäftliche Beziehungen (langjährige Geschäftsverbindung), die Eigenart des Geschäftsgegenstandes (Saisonartikel) oder die Zeit- und Wirtschaftsverhältnisse. Solche Umstände vermögen den konkreten Gehalt eines Tatbestandes völlig zu verändern. Habe ich einen Saisonartikel verkauft und hat der Käufer die Abnahme verweigert, so darf ich mit der Klage nicht zuwarten, bis die Saison oder das bestimmte Ereignis vorbei ist. Wenn es sich bei dem Kaufgegenstand dagegen um ein im Wert gleichbleibendes Grundstück

¹³⁾ Die weitere Erwägung Lehmanns, daß der Kläger die Lieferung zweifellos dann noch hätte verlangen können, wenn die Papiere den Kurs gehalten hätten oder gefallen wären, geht m. E. am Kern der Sache vorbei. Denn dann hätte es ja auch am Tatbestandsmerkmal des (möglichen) Schadens, des „Spekulationsverdachts“ (Frau) gefehlt.

¹⁴⁾ Krause hat diese Lage treffend als „lästigen Schwebezustand“ bezeichnet. Vgl. „Schweigen im Rechtsverkehr“ 1933 S. 54.

¹⁵⁾ RGZ.: JW. 1904, 286. Vgl. auch RG.: Warn. 1914 Nr. 44. Vgl. jetzt RG.: JW. 1936, 2547.

¹⁶⁾ Es sei an die Begründung erinnert, mit der das RG. eine Verwirkung des gebundenen Aufwertungsanspruchs abschute: Hier bilde nicht § 242 BGB., sondern das AufwG. die Grundlage des Anspruchs. RGZ. 119, 27 = JW. 1928, 491²⁴⁾; RGZ. 119, 362 ff. = JW. 1928, 507⁴⁰⁾; RGZ. 129, 222; 139, 82 f.; 141, 379 = JW. 1933, 2830⁵⁾ m. Anm.

¹⁰⁾ RGZ. 131, 233 = JW. 1931, 2704¹³⁾. Dazu Lehmann: JW. 1936, 2196.

¹¹⁾ JW. 1936, 2492. Ebenso RG.: JW. 1936, 2547.

¹²⁾ ArchZivPr. 231. Vgl. auch Siebert, Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung S. 252.

handelte, kann der Verkäufer getrost bis zum Ablauf der Verjährungsfrist mit der Klagerhebung warten. D. h., falls nicht andere Umstände hinzutreten: Der Verkäufer, den unmittelbar nach dem Vertragschluß der Verkauf eines an der Landesgrenze gelegenen Grundstücks im Hinblick auf eine mögliche Wertsteigerung reut, jahrelang nichts von sich hören läßt und dann bei Ausbruch eines Krieges plötzlich eine Klage auf Erfüllung erhebt, darf mit seiner Klage ebensowenig durchdringen.

Wo durch die verspätete Geltendmachung des Anspruchs ein Schaden entstehen kann, der bei rechtzeitiger Geltendmachung nicht eintreten wird, muß der Berechtigte sich so rechtzeitig melden, daß der Eintritt des Schadens vermieden wird. Da er im allgemeinen dafür aber Zeit bis zum Ablauf der Verjährungsfrist hat, muß schon eine „besondere Veranlassung“ vorliegen. Dabei kann ich jedoch nicht stehenbleiben, wie dies Lehmann will¹⁷⁾. Wenn man anerkennt, daß eine besondere Veranlassung zum Handeln vorgelegen hat, den Berechtigten nicht aber gleichzeitig für verpflichtet erklärt, dieser Veranlassung gemäß zu handeln, so leugnet man letzten Endes die rechtliche Relevanz einer solchen besonderen Veranlassung.

Der von Lehmann weiter gebrachte Gedanke, daß es sich bei der rechtzeitigen Geltendmachung um die Beobachtung der Gebote eigenen Interesses handele, steht im Widerspruch mit seinen Ausführungen, daß das Bedürfnis nach Anerkennung der Verwirkung zweifellos aus der Betrachtung der Lage des Verpflichteten erwachsen sei¹⁸⁾. Er steht auch im Widerspruch zur Rechtsprechung und Rechtslehre. So hat das RG. in der Dunyadi-Janos-Entscheidung festgestellt, daß die Umstände auf Seiten des Verpflichteten entscheidend seien. Siebert hat, von der Interessenlage ausgehend, die Verwirkung als einen Fall unzulässiger Rechtsausübung gekennzeichnet, wenn der Berechtigte in übermäßigem Eigennutz handele und die schutz-

würdigen Belange seines Partners nicht genügend beachte¹⁹⁾. Dänzer-Banotti hat auf das überwiegende Interesse des Verpflichteten abgestellt²⁰⁾, de Boor auf den Schutz der wirtschaftlichen Funktionsfähigkeit des Verpflichteten²¹⁾, Herzog auf den Schutz seines wertvollen Arbeitsergebnisses. Stets wird also von den Belangen des Verpflichteten und von der Notwendigkeit, diese zu beachten, ausgegangen. Zieht man aber rechtliche Folgerungen aus der Nichtbeachtung des gegnerischen Interesses, dann muß man auch notwendig eine Pflicht anerkennen, diese Interessen zu beachten.

Diese Pflicht zum Handeln ist nicht bestimmten Rechtsgebieten zu eigen. Dann hätte auf diesen Gebieten der Gedanke der Verwirkung durchgängig Anerkennung finden müssen; tatsächlich ist er aber auch hier nur unter erheblichen Einschränkungen angewandt worden. Die Pflicht zum Handeln entspringt auch nicht bestimmten Anlässen. Dann könnte es z. B. im obigen Fall nicht entscheidend sein, daß es sich bei dem Kaufgegenstand um einen Saisonartikel handelt. Denn für das aktionrechtliche Denken ist notwendig der Anspruch des Verkäufers eines Saisonartikels gleich dem Anspruch des Verkäufers eines Grundstücks. Beide haben einen Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises; beide können ihn bis zum Ablauf der Verjährungsfrist geltend machen. Qui suo jure utitur, neminem laedit. Entscheidend ist für die Verwirkung und die Pflicht zum Handeln vielmehr eine bestimmte Gestaltung der konkreten Lebensverhältnisse, wie sie oben aufgezeigt wurde. Sie ist der Ausfluß bestimmter konkreter Ordnungen (Betrieb, Unternehmen u. a.), die ihre „ganzheitliche, alle in ihr ruhenden Rechtsverhältnisse prägende Kraft“²²⁾ auch auf die zeitliche Geltendmachung der Ansprüche erstrecken.

¹⁹⁾ Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung, S. 132.

²⁰⁾ DRZ. 1932, 74 ff.

²¹⁾ JW. 1933, 2276 ff.

²²⁾ Vgl. Siebert, BGB-System und völkische Ordnung, in „Deutsche Rechtswissenschaft“ I 3 S. 206.

¹⁷⁾ JW. 1936, 2196.

¹⁸⁾ JW. 1936, 2194.

Die Strafzinsen bei Tilgungshypotheken nach dem Hypothekenzinsgesetz v. 2. Juli 1936

Von Dr. W. Lehmann, Berlin

Über die Anwendbarkeit von Art. 5 der 1. Durchf. VO. zum Gesetz über Hypothekenzinsen v. 2. Juli 1936 auf die Tilgungshypotheken, insbes. der Bauparkassen¹⁾, sind Zweifel entstanden. Der Art. 5 lautet folgendermaßen:

„Die Vorschriften des Gesetzes finden sinngemäß Anwendung auf Strafzinsen (Zinszuschläge, die der Schuldner zu entrichten hat, wenn er mit der Zinszahlung in Verzug kommt oder wenn das Kapital fällig wird). Als Strafzins ist ein Satz von höchstens 1% des Kapitalbetrages jährlich an gemessen. Ist der Schuldner nur mit einem Teil der Zinsen in Verzug, so darf der Strafzins nur von dem entsprechenden Teil des Kapitals berechnet werden.“

Die Tilgungshypotheken sind hierbei, wie man sieht, nicht erwähnt. Sie scheinen, wie der Wortlaut der in Satz 1 enthaltenen Klammerdefinition verrät, vom Gesetzgeber auch nicht beabsichtigt zu sein. Es muß daher ermittelt werden, zu welchen Ergebnissen eine sinngemäße Anwendung der Vorschrift auf Tilgungshypotheken führt.

Zunächst ist hier Satz 2 zu behandeln, insoweit danach der Strafzins von dem „Kapitalbetrage“ zu berechnen ist:

Die Zins- und Tilgungsrate (Annuitätsrate) einer Amortisationshypothek enthält neben einem während der Tilgungsdauer periodisch anwachsenden Tilgungsbetrag einen dementsprechend

allmählich geringer werdenden Teil für die Verzinsung der Hypothek. Die Zinsen werden nun bei den Bauparkassenhypotheken, obwohl die Annuitätsraten monatlich fällig werden, nicht auch monatlich, sondern, ebenso wie bei den übrigen mit Tilgungshypotheken arbeitenden Kreditinstituten, kalendervierteljährlich, halbjährlich oder sogar jährlich im voraus von der jeweils bestehenden Darlehensschuld berechnet. Wie sich die einzelnen Monatsraten in Verzinsung und Tilgung aufteilen, müßte von Fall zu Fall erst erneut ermittelt werden. Die Bauparkassen haben daher bislang der Berechnung von Strafzinsen nicht die effektive Restschuld, sondern die, wie man jagen kann, technische Restschuld, wie sie effektiv zu Beginn des für die Zinsberechnung maßgebenden Zeitraumes bestand, zugrunde gelegt. Daß von dieser Praxis abgegangen werden müßte, ergibt sich aus der VO. nicht. Es braucht damit auch um so weniger gerechnet zu werden, als es nicht in der Absicht des Gesetzgebers liegen kann, die verwaltungsmäßige Mehrarbeit, die die Bauparkassen durch die volkswirtschaftlich so ungemein wertvolle monatliche Tilgung der von ihnen herausgelegten Darlehen auf sich genommen haben, ohne zwingenden Grund noch beträchtlich zu vergrößern. Man kann demnach davon ausgehen, daß der Strafzins nach wie vor ohne Aufgliederung der rückständigen Annuitätsrate von der zu Beginn des laufenden Zinsrechnungsabschnittes bestehenden Restschuld berechnet werden darf.

Nach Satz 3 der Vorschrift darf, wenn der Schuldner lediglich mit einem Teil der Zinsen in Verzug ist, der Strafzins nur von dem entsprechenden Teil des Kapitals berechnet werden. — Eine entsprechende Bestimmung für den Fall des Teilverzuges mit der Kapitalrückzahlung (zweite Alternative der Klammerdefinition in Satz 1) erübrigt sich, da

¹⁾ Bauparkassen unterfallen wie auch Sparkassen, Sozialversicherungsträger, Versicherungsanstalten, private Versicherungsunternehmen usw. den Sonderbestimmungen des § 3 Abs. 1 Ziff. 4 und Abs. 2 Gesetz über Hypothekenzinsen v. 2. Juli 1936. Es ist daher auch anzunehmen, daß das RAuffwPrivVerf. die im Aufsatz aufgemerkte Zweifelsfrage für Bauparkassen klären wird. D. S.

die Strafzinsen ohnehin von der jeweiligen Restschuld berechnet werden. —

Hier ist zunächst, ganz abgesehen von dem Fall der Tilgungshypothek, zu klären, wann der Tatbestand des Teilverzuges vorliegt. Falls die Zinsen in Jahresabschnitten fällig werden, ist das keine Frage. Wie aber bei Hypotheken mit z. B. halbjährlicher Zinsfälligkeit? Ist hier der Verzug mit einer vollen Halbjahreszinsrate nur Teilverzug? Das ist zu verneinen, da der Jahreszins bei anderer als jährlicher Fälligkeit keine rechtliche, sondern nur eine rein rechnerische Größe bedeutet, auf die es vorliegend nicht ankommen kann. Die Bedeutung eines Rechtselementes hat bei halbjährlicher Zinsfälligkeit nur der halbjährlich geschuldete Zinsbetrag. Daher ist der Verzug mit dem vollen Halbjahreszinsbetrag kein Teilverzug i. S. von Satz 3 unserer Vorschrift. Entsprechendes gilt, wenn die Zinsen vierteljährlich oder monatlich fällig werden. Die Einheit, an der gemessen sich der Zinsverzug als Voll- oder Teilverzug darstellt, ist also der Betrag der jeweiligen Zinsfälligkeit.

Die Anwendung des so ausgelegten Satz 3 des Artikels 5 erfordert im Falle von Tilgungshypotheken mit Rücksicht darauf, daß in der Annuitätsrate Zins und Tilgung enthalten sind, eine Abwandlung. Wenn bereits der Verzug mit dem die Verzinsung enthaltenden Teile der Annuitätsrate die Berechnung der Strafzinsen von der gesamten Restschuld rechtfertigen würde, könnte der Verzug auch mit dem Tilgungsbetrag auf den Umfang der Strafzinsen keinen Einfluß mehr haben. Das kann deshalb nicht rechtens sein, weil dann umgekehrt, falls der Schuldner nur den auf die Verzinsung entfallenden Teil der Annuitätsrate begleicht, der Verzug mit dem auf die Tilgung entfallenden Teile die Berechtigung zur Er-

hebung von Strafzinsen nicht begründen würde. Folgeweise müssen Zins und Tilgung innerhalb der Annuitätsrate als Einheit behandelt werden. Es muß also, wenn anders Art. 5 Satz 3 Durchf. V. auf Tilgungshypotheken sinngemäß soll angewendet werden (als andere Möglichkeit verbliebe nur die sicher nicht im Sinne des Gesetzgebers liegende Nichtanwendung der Bestimmung), die Annuitätsrate als solche das „Kapital“ vertreten (ihm „entsprechen“). Das bedeutet, daß „der entsprechende Teil des Kapitals“ i. S. dieser Vorschrift durch das Verhältnis des beglichenen zu dem rückständigen Teile der — unaufgegliederten — Annuitätsrate bestimmt wird. Bleibt der Schuldner also mit nur einer halben Monatsrate im Rückstand, so darf ihm die Bausparkasse die Strafzinsen nur von der halben (technischen) Restschuld berechnen.

Diese Regelung entspricht der auch sonst in der Gesetzgebung geübten einheitlichen Behandlung der Annuitätsraten von Tilgungshypotheken (vgl. nur § 197 BGB. [Verjährung], § 10 Abs. 1 Ziff. 4 ZwVerfG. [Rangordnung]).

Allgemein rechtspolitisch soll zu der Regelung von Satz 3 der Vorschrift noch folgendes bemerkt werden:

Der Umstand, daß der Strafzinsbetrag — durchweg im Gegensatz zu der bisherigen Handhabung — nach der Höhe des Zins- bzw. Annuitätsrückstandes gleitend gestakett ist, dürfte praktisch dem psychologischen Druck der Verzugszinseinrichtung durchaus nicht Abbruch tun, zumal der Schuldner nunmehr im Gegenteil einen Anreiz hat, jedenfalls einen Teil der Annuitätsrate zu leisten. Selbst wenn aber von der dargelegten Regelung eine Minderung der Wirksamkeit des Strafzinses zu befürchten wäre, so entspricht es doch der Billigkeit, jedenfalls aber dem offenbaren Willen des Gesetzgebers, der Höhe des Rückstandes einen Einfluß auf die Höhe des Strafzinsbetrages einzuräumen.

Löschungsvormerkung bei Hypotheken, die sich auf Grund des Zinsermäßigungsgesetzes erhöht haben

Nach der 5. V. zur Durchführung des Gesetzes über die Durchführung einer Zinsermäßigung bei Kreditinstituten (zugleich der 7. V. zur Durchführung des Gesetzes über Zinsermäßigung bei öffentlichen Anleihen) v. 13. Sept. 1936 (RGBl. I, 734) „gilt, soweit bei einer Hypothek oder Grundschuld, die sich auf Grund des Art. 5 Abs. 3 der 2. Durchf. V. vom 26. März 1935 (RGBl. I, 470) um 1 3/4 % der Verpflichtung erhöht hat, eine Löschungsvormerkung eingetragen ist, diese Löschungsvormerkung auch für den Betrag, um den die Hypothek oder Grundschuld sich erhöht hat; die Berichtigung des Grundbuchs erfolgt gebührenfrei auf formlosen Antrag“.

Die Eintragung dieser Berichtigung ist nicht erst dann zulässig, wenn die Erhöhung eingetragen ist, sie kann vielmehr auch gleichzeitig mit der Eintragung der Erhöhung erfolgen. Das ist zwar in der vorgenannten V. nicht ausdrücklich bestimmt, aber doch nach dem Sinne der V. unbedenklich zulässig.

Für die Eintragung der Ausdehnung der Vormerkung schlage ich — entsprechend dem Gutachten des RG. v. 30. Nov. 1935, Ziff. VI (DZ. 1936, 101 = JW. 1936, 825) — folgende Fassung vor:

1

... *RM* (erhöhter Betrag!)

Die am ... eingetragene Löschungsvormerkung gilt auch für den Betrag, um den sich diese Hypothek (Grundschuld) gemäß Art. 5 Abs. 3 der 2. Durchf. V. zum Gesetz über die Durchführung einer Zinsermäßigung bei Kreditanstalten usw. vom 26. März 1935 (RGBl. I, 470) erhöht hat. Eingetragen am ...

Antragsberechtigt sind nach § 13 Abs. 2 GBD. der Grundstückeigentümer (oder bei einem Erbbaurecht der Erbbauberechtigte) oder derjenige, zu dessen Gunsten die Erweiterung der Löschungsvormerkung erfolgt ist. Dagegen steht das Antragsrecht dem Gläubiger der erhöhten Hypothek oder Grundschuld nicht zu, weil weber das Recht des Gläubigers dieser Hypothek oder Grundschuld durch die Eintragung der Erweiterung der Löschungsvormerkung betroffen wird (vgl. Gütthe-TriebeI,

GBD., 5. Aufl., § 19 Anm. 39) noch die Eintragung zu seinen Gunsten erfolgt; denn die Löschungsvormerkung äußert erst dann Wirkungen, wenn die Post nicht mehr dem Gläubiger zusteht, sondern auf den Eigentümer als Eigentümergrundschuld übergegangen ist.

Daß der Antrag keiner Form bedarf, hätte m. E. in der V. nicht ausgesprochen zu werden brauchen, da durch den Antrag nicht zugleich eine zu der Eintragung erforderliche Erklärung ersetzt werden soll (§ 30 GBD.). Vielmehr handelt es sich um eine Grundbuchberichtigung auf Grund nachgewiesener Unrichtigkeit des Grundbuchs (§ 22 Abs. 1 S. 1 GBD.). Die Unrichtigkeit des Grundbuchs ergibt sich aus der erfolgten Eintragung der Erhöhung (Grundschuld) oder, wenn diese Erhöhung noch nicht eingetragen ist und erst gleichzeitig mit der Berichtigung der Löschungsvormerkung eingetragen wird, aus denjenigen Umständen, die die Eintragung der Erhöhung der Hypothek (Grundschuld) rechtfertigen. Übrigens hat das RG. in dem angeführten Gutachten mit eingehender Begründung dargelegt, daß auch der Nachweis der Voraussetzungen für die Eintragung der Kapitalerhöhung selbst nicht in der Form des § 29 GBD. geführt zu werden braucht.

Zur Berichtigung des Grundbuchs ist, wenn die Erweiterung der Löschungsvormerkung bei einer Briefhypothek oder Briefgrundschuld eingetragen werden soll, gem. §§ 41 Abs. 1 S. 1, 42 S. 1 GBD. die Vorlegung des Briefes erforderlich (BayObLG.: HöchstRRspr. 1935 Nr. 128); denn der Brief ist nach diesen Vorschriften vorzulegen, wenn bei der Hypothek (oder Grundschuld) eine Eintragung erfolgt, ohne Rücksicht darauf, ob die Eintragung das Recht des Hypotheken- oder Grundschuldgläubigers beeinträchtigt, verbessert oder unberührt läßt. Die Vorlegung des Briefes ist Sache des Antragstellers; das GBl. ist nicht berechtigt, die Vorlegung des Briefes von dem Besitzer zu erzwingen. Selbstverständlich findet ein Vermerk der Erweiterung der Löschungsvormerkung, wenn sie zugunsten des (jeweiligen) Gläubigers einer bestimmten Briefhypothek oder Grundschuld erfolgt, nicht auf dem Briefe dieser Hypothek oder Grundschuld statt (vgl. RG.: JW. 12, 324 = JW. 1934, 2998³).

Die Eintragung erfolgt gebührenfrei; jedoch ist eine Be-

freierung von den Auslagen nicht angeordnet (vgl. §§ 138, 139 RKOstD.).

Die in der vorgenannten WD. enthaltene Regelung ist zweckmäßig, da die Lösungs Vormerkung nunmehr die ganze Hypothek oder Grundschuld einheitlich ergreift. Sie entspricht auch der Billigkeit, da sie den Gedanken verwirklichen hilft, daß der aus der Lösungs Vormerkung Berechtigte — meistens ein nachstehender Hypotheken- oder Grundschuldgläubiger — durch die Kapitalerhöhung so wenig wie möglich benachteiligt werden soll.

AGN. Dr. Kede, Berlin.

VO. des Reichsjustizministers über die Zuweisung der Patentreitsachen an die Landgerichte v. 10. Sept. 1936 (RGBl. II, 299)

§ 1

Auf Grund des § 51 Abs. 2 PatG. v. 5. Mai 1936 (RGBl. II, 117) werden die Patentreitsachen zugewiesen:

1. dem LG. Berlin für den RGBezirk und die LG Bezirke Braunschweig, Breslau, Königsberg (Pr.), Marienwerder, Kottbus und Stettin;
2. dem LG. Düsseldorf für die LG Bezirke Düsseldorf, Hamm, Köln und Zweibrücken;
3. dem LG. Frankfurt (Main) für die LG Bezirke Darmstadt, Frankfurt (Main), Karlsruhe, Kassel und Stuttgart;
4. dem LG. Hamburg für die LG Bezirke Celle, Hamburg, Kiel und Oldenburg;
5. dem LG. Leipzig für die LG Bezirke Dresden, Jena und Naumburg (Saale);
6. dem LG. Nürnberg-Fürth für die LG Bezirke Bamberg, München und Nürnberg.

§ 2

Die WD. tritt mit dem 1. Okt. 1936 in Kraft. Patentreitsachen, die vorher anhängig geworden sind, werden durch sie nicht betroffen.

(JM. 3610 — IV b 1146. — DJ. 1936, 1428.)

Die Anwaltsgebühren im Schuldenregelungsverfahren

I.

Während andere Verfahrensgesetze des Reichs die Gebühren der Rechtsanwälte regeln (z. B. § 1804 RWO., § 145 des Ges. über das Verfahren in Versorgungssachen vom 2. Nov. 1934, § 59 der 1. DurchWD. zum R ErbhofG.), fehlt im RWO. zur Regelung der landwirtschaftlichen Schuldverhältnisse v. 1. Juni 1933 und seinen DurchWD. eine entsprechende Vorschrift. § 57 erklärt das gerichtliche Verfahren für gebührenfrei, erwähnt aber die Anwaltsstätigkeit nicht. Die herrschende Auffassung geht dahin, daß die RWO. nicht anzuwenden ist, weil kein Verfahren nach ZPO., RD. oder VerglD. in Frage ist. Nach dem gegenwärtigen Stande der Gesetzgebung hat der Anwalt seine Vergütung nach den z. Bt. noch fortgeltenden WGD. für Rechtsanwälte zu berechnen. Maßgebend ist die GebD., die am Orte der Niederlassung des Anwalts gilt (RGZ. 149, 127 = JW. 1936, 571^s [m. Anm.]; HöchstRspr. 1930 Nr. 411; JW. 1930, 118, 1072). Für das Schuldenregelungsverfahren gilt also das gleiche wie für das Aufwertungsverfahren und wie im Verfahren auf Anordnung der Fälligkeit einer Hypothek nach der WD. v. 11. Nov. 1932 (RGBl. I, 525) und nach dem Ges. über einige Maßnahmen auf dem Gebiete des Kapitalverkehrs v. 20. Dez. 1933 (RGBl. I, 1092).

Für die Berechnung des Gegenstandswerts verweisen die WGD. für Rechtsanwälte meist auf § 10 RWO., dieser auf die §§ 9—15 RWO. und § 9 RWO. auf die §§ 3—9 ZPO. und § 148 RD. Daraus ergibt sich, daß der Gegenstandswert für die Vertretung eines Gläubigers dem Nenn-

werte der Forderung entspricht, die im Schuldenregelungsverfahren geltend gemacht wird.

Den Gegenstandswert, der der Vergütung für die Vertretung des Schuldners im Eröffnungsverfahren zugrunde zu legen ist, wird man unter entsprechender Anwendung der §§ 54 u. 59 RWO. in Verbindung mit den §§ 43 u. 48 b RWO. zu ermitteln haben. Auf diese Vorschriften wird in den WGD. zwar nicht verwiesen, es versteht sich jedoch von selbst, daß der Gegenstandswert bei der Vertretung des Schuldners immer nur dem geringeren Werte entsprechen kann, sei dies nun das Vermögen des Schuldners oder die Schuldenmasse.

RA. Dr. Rudolf Mothes, Leipzig.

II.

Die WGD. für Rechtsanwälte bleiben, solange ihr Inhalt noch nicht durch eine zusammenschließende reichsrechtliche Regelung ersetzt ist, bis auf weiteres in Kraft. Den Forderungen, die der Verfasser des vorstehenden Aufsatzes hieraus gezogen hat, wird man unbedenklich zustimmen können. Meines Wissens wird die Auffassung des Verfassers in der Rechtsanwendung allgemein geteilt.

MinR. Dr. Vogelz, Berlin.

Modernes türkisches Arbeitsrecht

Das im Staatsanzeiger unter Nr. 3330 am 15. Juni veröffentlichte und nunmehr in Kraft getretene neue türkische Arbeitsgesetz (İş Kanunu) umfaßt in einer Neufodifikation in 10 Kapiteln und 148 Artikeln das gesamte Gebiet des Arbeitslebens. Es regelt in mustergültiger, sozialen Ansprüchen in jeder Beziehung Rechnung tragender Form den Arbeitsvertrag (Art. 8—34), die gesetzlichen Arbeitsbestimmungen (Art. 35—53), den Gesundheitsschutz und die Sicherheit der Arbeit (Art. 54—62). Es übergibt Arbeitsvermittlung und -beschaffung dem Staat (Art. 63 f.) und verbietet in Art. 72 ff. Streiks und Aussperrungen, unter Einrichtung von Schiedsgerichten (erste Instanz: „Schiedsgericht des Vilayets“, zweite und letzte: „Oberstes Schiedsgericht in Ankara“). Falls kein Vergleich zustande kommt, werden „Massen-Arbeitsstreite“ (Art. 77, 80, 81 B, 82) bzw. „Einzel-Arbeitsstreite“ (Art. 77, 79) hierhin getragen. Kap. VI, Art. 91 f. befaßt sich mit der Überwachung und Beaufsichtigung des „Arbeitslebens“, Kapitel VII (Art. 100—107) mit der „Sozialen Hilfe“, die vor allem eine binnen einem Jahre nach Inkrafttreten des Gesetzes einzurichtende staatliche Arbeiterversicherungsanstalt einschließt. Den Schluß bilden dann umfangreiche Strafbestimmungen. —

Das neue Gesetz ist ein Rahmengesetz und wird durch eine Reihe von Durchführungsverordnungen ergänzt werden. Es enthält u. a. folgende bedeutende Neueinführungen: die 48-Stundenwoche (Art. 35), einen durchgreifenden Arbeitsschutz für Frauen und Jugendliche (Art. 25—26, 48 bis 51), einen sozialgedachten Kündigungsschutz und eine staatliche Industrieaufsicht. Ferner macht es den Arbeitgebern das Erlassen von „Betriebsordnungen“ zur Pflicht und gibt dem Arbeiter bei Meinungsstreiten zur Vertretung der beruflichen Interessen sog. „Arbeitervertreter“ bei. Die Arbeitszeit, Nachtarbeit usw. werden genau geregelt, bestehende Privatarbeitsvermittlungen nur noch auf drei Jahre befristet, die Zahlung von Mindestlöhnen vorgeschrieben und viele Verbesserungen mehr geschaffen. Eine starke Beeinflussung durch nationalsozialistisches Rechtsdenken erscheint unverkennbar. Das neue Gesetz ist der großen Persönlichkeit des Führers der autoritären Türkei durchaus würdig und bringt sehr große Fortschritte auf arbeits- wie sozialrechtlichem Gebiete. Es ist übrigens auch in Deutsch von der „Univerzum“ GmbH, Istanbul-Beyoğlu, die auch die sehr gute deutschsprachige „Türkische Post“ herausgibt, veröffentlicht worden (Preis 75 Krz.).

Dr. G. Wolf, Berlin.

Akademie für Deutsches Recht

Das neue Recht und seine Heimstätte

Bericht über die Jahrestagung der Akademie für Deutsches Recht

21.—24. Oktober 1936

I.

München ist die Hauptstadt der Bewegung, weil in ihr die NSDAP. den Kampf um des deutschen Volkes Lebensrecht begonnen hat, weil sie durch das Blut der ersten Märtyrer eines neuen Glaubens an die deutsche Freiheit geweiht wurde, weil sie den politischen Willen einer neuen Zeit und eines ewigen Reiches repräsentiert. In dieser Stadt wurde die erste Revolution der europäischen Geschichte vorbereitet, welche nicht die Zerstörung bestehender Ordnungen, sondern die Wiederherstellung der völkischen Existenz und damit die Errichtung einer wirklichen Rechtsordnung zum Ziele hatte. So wie der Sieg der nationalsozialistischen Bewegung ein Sieg des Rechts über das (wenn auch häufig formalrechtlich getarnte) Unrecht gewesen ist, so bedeutet für alle Zeiten das politische Wollen der Partei ein rechtspolitisches Wollen und damit die ausschließliche Grundlage der Rechtserneuerung.

Den Kampf um das neue deutsche Recht hat zuerst, fern aller zünftigen Juristerei, der unbefannte SA.-Mann auf sich genommen. Diese Tatsache, so beschämend sie für die Juristenwelt der Vergangenheit sein mag, ist für die Rechtsentwicklung des Dritten Reiches bestimmend geworden. Sie hat bewirkt, daß in Zukunft ein abgetrenntes, von der substantiellen Grundlage des Volkstums losgelöstes Rechtsdasein nicht mehr denkbar ist. Das neue nationalsozialistische Recht verträgt deshalb keine sei es wissenschaftliche, sei es bürokratische Isolierung, weil es in seiner wesentlichen, nämlich in seiner politischen Grundlage von den Aktivisten der Bewegung durchgesetzt worden ist. Ein Recht, das zum Volke gehört, muß daher von der Bewegung getragen sein; und das ist der tiefere Grund, warum es unter den Repräsentantibauten der Partei in der Hauptstadt der Bewegung ein „Haus des Deutschen Rechts“ geben muß.

Der Plan zu einem solchen Hause schwebt schon seit längerer Zeit. Bereits im Frühjahr 1935 wurden die Baupläne dem Führer vorgelegt. Anfang 1936 konnte der Präsident der Akademie für Deutsches Recht, RMin. Dr. Frank, einer breiteren Öffentlichkeit mitteilen, daß das Projekt die Billigung des Führers gefunden habe, daß die zu errichtende Heimstätte die Zentrale des deutschen Rechtslebens bilden und insbes. eine „Deutsche Rechtsschule“ beherbergen werde. Die Errichtung des Hauses wurde schon damals der Akademie für Deutsches Recht als besondere Aufgabe zugewiesen. Und so wurde die diesjährige Jahrestagung der Akademie durch die Grundsteinlegung zum Hause des Deutschen Rechts ein stolzer und festlicher Tag. Ein Tag, der mit symbolischer Deutlichkeit die Verbindung von Recht und Bewegung ausdrückte. Ein Tag, der später einmal zu den geschichtlichen Tagen einer neuen Rechtsentwicklung gezählt werden wird.

II.

Es ist hier nicht der Ort, die Berichte aus der Tagespresse, welche unsern Lesern bekannt sind, zu wiederholen. Der festliche Charakter der diesjährigen Tagung hat nicht bewirkt, daß sie ihr Gepräge als Arbeitstagung verlor. Fast alle Ausschüsse der Akademie traten zu ihren Sitzungen zusammen. Eine besondere Sitzung „Recht des Auslandes“ am 22. Okt. vermittelte durch die Prof. Arturo Marcipati (Direktor des Instituto Nazionale Fascista di Cultura, Rom) und Dr. Zoltan von Magyarh (Direktor des ungarischen verwaltungswissenschaftlichen Forschungsinstituts, Budapest) interessante Einblicke in die Rechtsordnungen befreundeter Länder. Selbst die repräsen-

tative Vollziehung in der Aula der Universität am 23. Okt. und die Festigung am 24. Okt. waren Arbeitstagungen. Unter den Referaten fanden die von RMin. Dr. Rüst über das Verhältnis von Recht, Wissenschaft und Politik, von RMin. Dr. Fried über Fragen des neuen Verwaltungsrechts, von StSchr. Reinhardt über die steuerlichen Tatbestände der nationalsozialistischen Weltanschauung, von Prof. Dr. Lange über Lage und Aufbau der deutschen Privatrechtswissenschaft u. a. wegen ihres hervorragenden wissenschaftlichen Wertes besondere Beachtung. Die Fülle des gebotenen Stoffes kann hier nur angedeutet werden, und auch diese Andeutungen beziehen sich nur auf eine kleine Auswahl des umfangreichen Materials an wissenschaftlichen Ergebnissen, welche in diesen Tagen der Öffentlichkeit unterbreitet wurden. Es wurde, was die Geschichte des Rechts betrifft, anschaulich ergänzt durch die Ausstellung „Das Recht“, welche die Akademie zusammen mit dem NSRB. veranstaltet hatte und die am ersten Abend der Tagung mit Ansprachen von RMin. Frank, Direktor Dr. Lajch und Prof. Claudius von Schwerin eröffnet wurde.

Die übrigen Tage schlossen mit geselligen Veranstaltungen ab. Die drei Empfänge der Stadt München, des bairischen Ministerpräsidenten und der Reichsregierung boten den Tagungsteilnehmern Gelegenheit zu zwangloser Aussprache. Sie führten die anwesenden Reichsleiter und Reichsminister, die ausländischen Gäste (unter denen der italienische JustMin. Solmi besondere Ehrungen empfing) mit den Vertretern des deutschen Rechtslebens zusammen. Niemand, der den nicht nur persönlichen, sondern auch sachlichen Wert derartiger zwangloser Zusammenkünfte einzuschätzen vermag, wird die Bedeutung dieser Veranstaltungen gering veranschlagen.

Damit ist der sachliche und gesellige Rahmen der Tagung kurz beschrieben. Sie gruppierten sich um das Hauptereignis: die Grundsteinlegung zum Hause des Deutschen Rechts. Festlich geschmückt war die Stadt, noch festlicher der Platz beim Siegestor, auf dem sich der neue Monumentalbau der Bewegung erheben soll. Die Ludwigstraße gibt den Blick auf die Feldherrnhalle frei; die Nähe dieser heiligen Stätte der Bewegung wird später jeden Rechtswahrer, der das Haus des deutschen Rechts betritt, an die ewige Verpflichtung mahnen, die aus dem Blutopfer der ersten Toten der Bewegung erwächst, derer, die fielen, damit das deutsche Volk sein Lebensrecht wiedergewinne, jenes Recht, aus dem alles andere Recht nur abgeleitet ist. Unter diesen Gedanken stellte der Präsident der Akademie für Deutsches Recht, Reichsminister Dr. Frank, seine Rede, von unendlicher Begeisterung getragen und mit der gleichen Begeisterung von den Massen aufgenommen. Dieser Gedanke inspirierte die Ansprache des Gauleiters Wagner, der ein lebendiges Bild vom Werden eines neuen Volksrechts entwarf und eine außerordentlich interessante Darstellung des Verhältnisses der Quantität der Gesetzesbestimmungen zur Qualität der Rechtsordnung entwickelte. Der Gedanke an die Gefallenen des Dritten Reiches bewegte alle, als RMin. Rüst zu den deutschen Rechtswahrern sprach und den Grundstein legte zu dem Hause, dessen Monumentalität ein symbolischer Ausdruck der Festigkeit des nationalsozialistischen Rechtsaufbaus sein soll.

III.

Der Tag der Grundsteinlegung war ein Tag der Bestimmung. Er verband die Rückschau auf die rechtspolitischen Leistun-

Akademie für Deutsches Recht

Das neue Recht und seine Heimstätte

Bericht über die Jahrestagung der Akademie für Deutsches Recht

21.—24. Oktober 1936

I.

München ist die Hauptstadt der Bewegung, weil in ihr die NSDAP. den Kampf um des deutschen Volkes Lebensrecht begonnen hat, weil sie durch das Blut der ersten Märtyrer eines neuen Glaubens an die deutsche Freiheit geweiht wurde, weil sie den politischen Willen einer neuen Zeit und eines ewigen Reiches repräsentiert. In dieser Stadt wurde die erste Revolution der europäischen Geschichte vorbereitet, welche nicht die Zerstörung bestehender Ordnungen, sondern die Wiederherstellung der völkischen Existenz und damit die Errichtung einer wirklichen Rechtsordnung zum Ziele hatte. So wie der Sieg der nationalsozialistischen Bewegung ein Sieg des Rechts über das (wenn auch häufig formalrechtlich getarnte) Unrecht gewesen ist, so bedeutet für alle Zeiten das politische Wollen der Partei ein rechtspolitisches Wollen und damit die ausschließliche Grundlage der Rechtsverneuerung.

Den Kampf um das neue deutsche Recht hat zuerst, fern aller zünftigen Juristerei, der unbekannte SA.-Mann auf sich genommen. Diese Tatsache, so beschämend sie für die Juristenwelt der Vergangenheit sein mag, ist für die Rechtsentwicklung des Dritten Reiches bestimmend geworden. Sie hat bewirkt, daß in Zukunft ein abgetrenntes, von der substantiellen Grundlage des Volkstums losgelöstes Rechtsdasein nicht mehr denkbar ist. Das neue nationalsozialistische Recht verträgt deshalb keine sei es wissenschaftliche, sei es bürokratische Isolierung, weil es in seiner wesentlichen, nämlich in seiner politischen Grundlage von den Aktivisten der Bewegung durchgeföhrt worden ist. Ein Recht, das zum Volke gehört, muß daher von der Bewegung getragen sein; und das ist der tiefere Grund, warum es unter den Repräsentantibauten der Partei in der Hauptstadt der Bewegung ein „Haus des Deutschen Rechts“ geben muß.

Der Plan zu einem solchen Hause schwebt schon seit längerer Zeit. Bereits im Frühjahr 1935 wurden die Baupläne dem obführer vorgelegt. Anfang 1936 konnte der Präsident der Akademie für Deutsches Recht, RMin. Dr. Frank, einer breiteren Öffentlichkeit mitteilen, daß das Projekt die Billigung des Führers gefunden habe, daß die zu errichtende Heimstätte die Zentrale des deutschen Rechtslebens bilden und insbes. eine „Deutsche Rechtsschule“ beherbergen werde. Die Errichtung des Hauses wurde schon damals der Akademie für Deutsches Recht als besondere Aufgabe zugewiesen. Und so wurde die diesjährige Jahrestagung der Akademie durch die Grundsteinlegung zum Hause des Deutschen Rechts ein stolzer und festlicher Tag. Ein Tag, der mit symbolischer Deutlichkeit die Verbindung von Recht und Bewegung ausdrückte. Ein Tag, der später einmal zu den geschichtlichen Tagen einer neuen Rechtsentwicklung gezählt werden wird.

II.

Es ist hier nicht der Ort, die Berichte aus der Tagespresse, welche unsern Lesern bekannt sind, zu wiederholen. Der festliche Charakter der diesjährigen Tagung hat nicht bewirkt, daß sie ihr Gepräge als Arbeitstagung verlor. Fast alle Ausschüsse der Akademie traten zu ihren Sitzungen zusammen. Eine besondere Sitzung „Recht des Auslandes“ am 22. Okt. vermittelte durch die Prof. Arturo Marcipati (Direktor des Istituto Nazionale Fascista di Cultura, Rom) und Dr. Zoltan von Magyarh (Direktor des ungarischen Verwaltungswissenschaftlichen Forschungsinstituts, Budapest) interessante Einblicke in die Rechtsordnungen befreundeter Länder. Selbst die repräsen-

tative Vollziehung in der Aula der Universität am 23. Okt. und die Festigung am 24. Okt. waren Arbeitstagungen. Unter den Referaten fanden die von RMin. Dr. Rust über das Verhältnis von Recht, Wissenschaft und Politik, von RMin. Dr. Fried über Fragen des neuen Verwaltungsrechts, von StSekr. Reinhardt über die steuerlichen Tatbestände der nationalsozialistischen Weltanschauung, von Prof. Dr. Lange über Lage und Aufbau der deutschen Privatrechtswissenschaft u. a. wegen ihres hervorragenden wissenschaftlichen Wertes besondere Beachtung. Die Fülle des gebotenen Stoffes kann hier nur angedeutet werden, und auch diese Andeutungen beziehen sich nur auf eine kleine Auswahl des umfangreichen Materials an wissenschaftlichen Ergebnissen, welche in diesen Tagen der Öffentlichkeit unterbreitet wurden. Es wurde, was die Geschichte des Rechts betrifft, anschaulich ergänzt durch die Ausstellung „Das Recht“, welche die Akademie zusammen mit dem NSRB. veranstaltet hatte und die am ersten Abend der Tagung mit Ansprachen von RMin. Frank, Direktor Dr. Vajsch und Prof. Claudius von Schwerin eröffnet wurde.

Die übrigen Tage schlossen mit geselligen Veranstaltungen ab. Die drei Empfänge der Stadt München, des bairischen Ministerpräsidenten und der Reichsregierung boten den Tagungsteilnehmern Gelegenheit zu zwangloser Aussprache. Sie führten die anwesenden Reichsleiter und Reichsminister, die ausländischen Gäste (unter denen der italienische JustMin. Solmi besondere Ehrungen empfang) mit den Vertretern des deutschen Rechtslebens zusammen. Niemand, der den nicht nur persönlichen, sondern auch sachlichen Wert derartiger zwangloser Zusammenkünfte einzuschätzen vermag, wird die Bedeutung dieser Veranstaltungen gering veranschlagen.

Damit ist der sachliche und gefellige Rahmen der Tagung kurz beschrieben. Sie gruppierten sich um das Hauptereignis: die Grundsteinlegung zum Hause des Deutschen Rechts. Festlich geschmückt war die Stadt, noch festlicher der Platz beim Siegestor, auf dem sich der neue Monumentalbau der Bewegung erheben soll. Die Ludwigstraße gibt den Blick auf die Feldherrnhalle frei; die Nähe dieser heiligen Stätte der Bewegung wird später jeden Rechtswahrer, der das Haus des deutschen Rechts betritt, an die ewige Verpflichtung mahnen, die aus dem Blutopfer der ersten Toten der Bewegung erwächst, derer, die fielen, damit das deutsche Volk sein Lebensrecht wiedergewinne, jenes Recht, aus dem alles andere Recht nur abgeleitet ist. Unter diesen Gedanken stellte der Präsident der Akademie für Deutsches Recht, Reichsminister Dr. Frank, seine Rede, von unendlicher Begeisterung getragen und mit der gleichen Begeisterung von den Massen aufgenommen. Dieser Gedanke inspirierte die Ansprache des Gauleiters Wagner, der ein lebendiges Bild vom Werden eines neuen Volksrechts entwarf und eine außerordentlich interessante Darstellung des Verhältnisses der Quantität der Gesetzesbestimmungen zur Qualität der Rechtsordnung entwickelte. Der Gedanke an die Gefallenen des Dritten Reiches bewegte alle, als RMin. Rust zu dem deutschen Rechtswahrern sprach und den Grundstein legte zu dem Hause, dessen Monumentalität ein symbolischer Ausdruck der Festigkeit des nationalsozialistischen Rechtsaufbaus sein soll.

III.

Der Tag der Grundsteinlegung war ein Tag der Bestimmung. Er verband die Rückschau auf die rechtspolitischen Leistun-

gen der letzten vier Jahre mit dem Ausblick in eine Zukunft, die weitere und größere Leistungen von uns erwartet. Zum ersten Male in der deutschen Geschichte gibt es seit der Führung des Nationalsozialismus einen deutschen Rechtsstand, durch den das rechtspolitische Wollen der Bewegung in die Rechtspraxis getragen wird. Ein großzügig angelegtes Institut, wie die Akademie für Deutsches Recht, sorgt für eine gründliche Bearbeitung der einer gesetzgeberischen Lösung zugänglichen Rechtsfragen. Das Gesicht der deutschen Rechtspflege hat sich in diesen Jahren entscheidend verändert. Die organisatorischen Voraussetzungen des neuen rechtlichen Aufbaus sind geschaffen. Uns bedeutet der Rückblick auf das Geschaffene keine Erlaubnis, auszuruhen auf bisherigen Leistungen; er trübt uns nicht den Blick für das, was noch zu tun ist, er treibt uns zu Taten.

Rastlose Arbeit und Tätigkeit wird das Haus des deutschen Rechts erfüllen. Und diese Arbeit wird nach einem bestimmten Plan gestaltet werden. Reichsminister Dr. Frank hat diesen Plan bereits eine Woche vor der Münchner Tagung bekanntgegeben. Aus seinen Ausführungen sei folgende grundlegende Stelle entnommen.

„Die organisatorische Ausgestaltung der Akademie für Deutsches Recht ist künftighin so gedacht, daß zwei Abteilungen, eine Abteilung für Rechtsgestaltung und eine Abteilung für Rechtsforschung, nebeneinander bestehen.

Die Abteilung für Rechtsgestaltung, der die Unterstützung und Beratung aller zur Gesetzgebung berufenen Stellen obliegt, wird aus praktischen Erwägungen, besonders wegen der Notwendigkeit ständiger unmittelbarer Fühlungnahme mit den Reichsministerien und Spitzenstellen des staatlichen Apparates, in der Reichshauptstadt tätig sein.

Die Abteilung für Rechtsforschung hingegen, für die andere Arbeitsbedingungen und Arbeitsmethoden gelten, soll vorwiegend in der Hauptstadt der Bewegung, in engster Verbindung mit dem Zentrum des nationalsozialistischen Lebens und Gestaltungswillens, an der wissenschaftlichen Durchdringung und Ausgestaltung des deutschen Rechts schaffen. Im „Haus des Deutschen Rechts“ wird die Abteilung für Rechtsforschung der Akademie für Deutsches Recht eine Bücherei zur Hand haben, die jetzt nach knapp drei Jahren bereits an 60 000 Bände umfaßt und die ich im Laufe der Zeit zur

größten Rechtsbibliothek Deutschlands

auszubauen gedenke. Das „Haus des Deutschen Rechts“ wird auch ausländischen Rechtsgelehrten, die vermöge der durch die Akademie für Deutsches Recht geschaffenen und gepflegten Auslandsbeziehungen mit dem deutschen Rechtsleben Fühlung gewinnen und erhalten wollen, gastliche Aufnahme gewähren.

Zum Schluß noch ein Gesichtspunkt von weittragender Bedeutung: Im „Haus des Deutschen Rechts“ soll künftig

die „Deutsche Rechtsschule“

wirken. Die „Deutsche Rechtsschule“, eine Einrichtung, die im Einbernehmen mit dem Reichsminister für Wissenschaft, Erziehung und Volksbildung geschaffen werden soll, wird die Auslese der deutschen Rechtswahrer, die sich als weltanschaulich gefestigt und fachlich hervorragend geeignet erwiesen haben, zusammenfassen und durch eine auserlesene Erziehungsgemeinschaft zu der Elite des deutschen Rechtsstandes heranbilden. Die „Deutsche Rechtsschule“ soll im Anschluß an den normalen Ausbildungsgang von all denen erfolgreich durchlaufen werden, die später die Erziehung des deutschen Rechts-

wahernachwuchses oder an maßgebender Stelle die Gestaltung des deutschen Rechts zu übernehmen haben. Die „Deutsche Rechtsschule“ wird die ihr anvertrauten Rechtswahrer derart in den nationalsozialistischen Geist einführen und mit den Grundlagen des nationalsozialistischen Rechtsdenkens vertraut machen, daß sie zur Erfüllung ihrer hohen Aufgabe, selbst wieder die deutsche Jugend zum Recht zu erziehen und dem deutschen Volke sein Lebensrecht zu wahren, voll gerüstet erscheinen.“

Bereits während der Akademietagung teilte der stellvertretende Präsident der Akademie für Deutsches Recht, GehR. Prof. Dr. Risch, ergänzende Einzelheiten zu diesem Plan mit. Danach wird die Abteilung für Rechtsgestaltung die bereits bestehenden und noch zu bildenden Ausschüsse umfassen. Die Abteilung für Rechtsforschung wird in drei Klassen zerfallen, von denen sich die erste der Erforschung der Grundlagen und der Geschichte des Rechts, die zweite der Erforschung des Rechts von Reich und Volk und die dritte der Erforschung des volksgenösslichen Rechts widmen soll. Entsprechend wird, wenn auch nur mit rein interner Wirkung, der Mitgliederbestand der Akademie aufgliedert werden. Außer den in den beiden Abteilungen arbeitenden Mitgliedern sollen diejenigen, von denen man im Hinblick auf ihre Stellung im öffentlichen Leben keine unmittelbare aktive Beteiligung an den Arbeiten der Akademie erwarten kann und darf, die aber durch ihre maßgebliche Stellung in Bewegung, Staat usw. die Akademie fördern, in einem besonderen „Ehrenrat“, einer Art dritter Abteilung, zusammengefaßt werden. Alle drei Abteilungen werden gleichberechtigt nebeneinander arbeiten. Ferner können noch korrespondierende Mitglieder berufen werden, wobei vornehmlich an prominente Vertreter des ausländischen Staats- und Rechtslebens gedacht ist.

Aus diesem Plan ergibt sich eine klare Abgrenzung bestimmter Teilaufgaben des Rechtslebens. Eine solche Gliederung war notwendig gewesen, weil die neuen Methoden und Begriffe des Rechts die alten Aufteilungen weithin überflüssig machen. Dies gilt in erster Linie für die heute unwesentlich gewordene Unterscheidung von Rechtspolitik und Rechtspraxis. Unter der Herrschaft der liberalen Doktrin war die Rechtspolitik lediglich eine Angelegenheit der Gesetzgebung; die Praxis hatte rechtspolitischen Erwägungen unzugänglich zu sein. Heute hat die Unterscheidung von *lex ferenda* und *lex lata* ihren grundsätzlichen Charakter verloren. Ein flüchtiger Blick in die Urteilsammlungen der letzten Jahre lehrt, daß auch die Rechtspraxis und gerade sie eine wesentlich rechtspolitische Verantwortung trägt und sich dieser ihrer Verantwortlichkeit auch bewußt geworden ist. Wir beschränken also die Rechtspolitik nicht auf die Gesetzgebung — weil das politische Wollen der Bewegung einschließlich des rechtspolitischen überhaupt keine Beschränkungen kennt, vielmehr die Nation in ihrer Totalität erfaßt —, sondern kennen daneben eine Rechtspolitik auch in der Praxis. Es ergibt sich die doppelte Aufgabe der Rechtsgestaltung: Die Gestaltung des Gesetzesrechts zu fördern und zubereiten, ist Sache der Akademie für Deutsches Recht in besonderen für diesen Zweck eingerichteten Abteilung. Die ferische Rechtsgestaltung in der Praxis auf der Grundlage der richtig ausgelegten Gesetzes wird durch die personale Einheit des im NSRB organisierten Rechtsstandes zur sachlichen Einheit gebracht (vgl. hierzu Heuber, Rechtsstand und Rechtsgestaltung, Fest-Nr. der Akademie-Ztschr. 863 ff.) Die Aufgabenteilung bei der gestaltenden Verwirklichung des neuen Rechts bedeutet keine Gefahr für die Einheit der Rechtsgestaltung; denn diese Einheit ist vorhanden; sie zeigt sich in der personalen Verbindung an der Spitze beider Aufgabenbereiche. Der Reichsrechtsführer, zugleich Präsident der Akademie für Deutsches Recht und Reichsführer des NSRB, garantiert in seiner Person die Einheit, den Fortschritt und den Sieg der Rechtspolitik des Dritten Reiches.

Alexander Hubertus Bung, Berlin.

Schrifttum

Prof. Dr. Karl Larenz: Vertrag und Unrecht. Erster Teil: Vertrag und Vertragsbruch (Grundzüge der Rechts- und Wirtschaftswissenschaft, Reihe A, Rechtswissenschaft). Hamburg 1936. Hanseatische Verlagsanstalt. 203 S. Preis kart. 4,50 RM, geb. 5,50 RM.

In der Sammlung „Grundzüge der Rechts- und Wirtschaftswissenschaft“ gibt Professor Dr. Karl Larenz in Kiel unter dem Titel „Vertrag und Unrecht“ eine zusammenfassende Darstellung des geltenden Schuldrechts (mit Ausnahme des besonderen Teiles der Schuldverhältnisse), und zwar von den Grundlagen des neuen Rechtsdenkens aus. Der vorliegende erste Band umfaßt von diesem Rechtsgebiet den Vertrag und den Vertragsbruch, ein zweiter Band wird das außervertragliche Einstehen im Rechtsverkehr behandeln. Die Darstellung ist als Lehrbuch gedacht und wohl auch aus Vorlesungen des Verfassers hervorgegangen; sie überschreitet jedoch häufig den Rahmen des Lehramtlichen und geht auf besonders wichtige Einzelfragen in eingehender Begründung ein. Dadurch erlangt sie Interesse auch über den Kreis der Lernenden hinaus.

Die vorliegende Darstellung des Schuldrechts gewinnt ihre charakteristische Note dadurch, daß der Verf. das Schuldrecht als die Erscheinungsform des Rechtsverkehrs hinstellt und von diesem Blickpunkt aus eine neue Grundlegung des Schuldrechts gibt. Wie der Rechtsverkehr ein Teil der gesamten Volkordnung ist, so wird jeder einzelne Teil des Schuldrechts von den Ausstrahlungen dieser Volkordnung durchdrungen. Der Vertrag, der Vertragsbruch, die Entwicklung des Vertragsverhältnisses in jeder Phase muß von den großen Grundgedanken dieser Volkordnung beherrscht sein. Dieses zeigt der Verfasser auf jeder Seite seines Buches auf. Der Verfasser wirft zwar selbst die zweifelnde Frage auf, ob die Zeit schon gekommen sei, um bereits heute das gesamte Schuldrecht vom Standpunkt des neuen Rechtsdenkens aus darzustellen. Er weist aber diesen Einwand mit dem Bemerkten zurück, man dürfe nicht darauf verzichten, das, was sich schon jetzt vom Standpunkt des neuen Rechtsdenkens übersehen lasse, zu bearbeiten und zu gestalten. Der Gesamteindruck des Werkes rechtfertigt diesen Standpunkt des Verfassers.

Der Verfasser legt seiner Darstellung des Schuldrechts einen anderen Vertragsbegriff zugrunde als das BGB. Er nennt den Vertragsbegriff des BGB. eine abstrakt-allgemeine, formale Kategorie, während er den neuen Vertragsbegriff einen konkreten rechtlichen Typus bezeichnet. „Der Vertrag ist das wichtigste Gestaltungsmittel im Rechtsverkehr. Er ist ein Mittel für die Rechtsgenossen zur rechtlichen Gestaltung ihrer Lebensverhältnisse im Rahmen der Volkordnung“ (S. 18). Durch die Aufzeichnung der natürlichen Funktion des Vertrages kommt der Verfasser einer Einengung des Vertragsbegriffs gegenüber dem BGB. Ist die funktionelle Bedeutung des Vertrages auf den Rechtsverkehr beschränkt, d. h. auf den „Austausch von Leistungen und Sachgütern im Rahmen der gesamten Volkordnung“ (S. 15), dann scheiden alle diejenigen Rechtsgestaltungen aus dem Vertragsbegriff aus, die anderen Lebens- und Rechtsgebieten angehören. „Das Verlöbniß, die Eheschließung, der Eintritt in ein Arbeitsverhältnis sind in unserem Sinne keine „Verträge“, weil sie nicht den Austausch einzelner Leistungen oder Güter zum Gegenstand haben, sondern die Eingliederung der ganzen Persönlichkeit in eine Gemeinschaft“ (S. 18). Diese somit aus dem Vertragsbegriff ausgeschiedenen Rechtsgestaltungen bezeichnet der Verfasser als „Einungen“ (S. 18). Der neu gewonnene Vertragsbegriff wird nun von dem Verfasser nach allen Richtungen hin ausführlich behandelt. Es wird zunächst der Abschluß des Vertrages erörtert, wobei die Lehre von den Willenserklärungen einen breiten Raum einnimmt, und dann das Schuldverhältnis in seiner Entwicklung dargestellt, wobei auch der Vertragsbruch, das

Unrecht „als eine besondere Möglichkeit in der Entwicklung des Vertragsverhältnisses selbst“ (S. 20), eine eingehende Erörterung findet. Auf einige Einzelfragen, die der Verfasser in seiner Darstellung berührt, sei hier besonders hingewiesen.

1. Der neugewonnene Vertragsbegriff macht es dem Verfasser unmöglich, „die Trennung zwischen dem Vertragsabschluß als einem der ‚realen Welt‘ angehörenden Vorgang oder Tatbestand und dem dadurch begründeten Vertragsverhältnis als einem der ‚nur gedachten Rechtswelt‘ angehörenden juristischen Beziehung“ (S. 12) „aufrechtzuerhalten, in der er „eine der verhängnisvollsten Folgen des Normativismus, der Auseinanderreißung von Sein und Sollen“ erblickt. „Vertragschluß, Vertragsgestaltung und die Entwicklung des Vertragsverhältnisses gehören derselben Wirklichkeit des Gemeinschaftslebens an und müssen in ihrer Aufeinanderfolge und Verbindung einheitlich erfasst werden“ (S. 12). Dieser Satz ist unbedingt richtig. Trotzdem wird man die Unterscheidung zwischen Vertragschluß und Vertragsverhältnis aufrechterhalten müssen, wenn es sich um die systematische Erfassung des Vertrages handelt. Für die systematische Bearbeitung müssen Vertragsabschluß, Vertragsinhalt und die verschiedenen Möglichkeiten der Entwicklung des Vertragsverhältnisses gesondert erfasst werden. Die Einheit des Vertrages als eines Ganzen im konkreten Rechtsleben wird dadurch nicht gestört, wenn nur bei der systematischen Darstellung der verbindende Gedanke stets herausgearbeitet wird. Die eigene Darstellungsweise des Verfassers bestätigt die Richtigkeit dieses Satzes. Die systematische Unterscheidung zwischen Vertragschluß und Vertragsverhältnis und die wissenschaftliche Untersuchung des Begriffs Vertragsverhältnis hat zu bedeutenden Erkenntnissen in der Wissenschaft geführt, die weittragende praktische Bedeutung haben. Es kann als feststehende Erkenntnis der Wissenschaft angesehen werden, daß es zwei grundverschiedene Typen von Vertragsverhältnissen gibt, nämlich die Dauerschuldverhältnisse im Gegensatz zu den einmaligen Schuldverhältnissen. Der Inhalt der Dauerschuldverhältnisse und ihre Entwicklung weichen grundsätzlich von dem Inhalt einmaliger Schuldverhältnisse und deren Entwicklung ab. Dieser grundlegende Gegensatz muß in einer systematischen Darstellung des Vertragsrechts auch zu einem maßgeblichen Einteilungsgrund erhoben werden. Er wird bei einer gesetzlichen Neuformung des Schuldrechts wohl nicht mehr übergangen werden können, wie es noch das BGB. getan hat. In der vorliegenden Darstellung ist dieser Gegensatz nicht genügend herausgearbeitet. Die Lehre vom Dauerschuldverhältnis hätte man auch gern in systematischer Darstellung in dem vorliegenden Buch gewünscht. Viele von dem Verfasser aufgestellte Sätze für den Inhalt der Schuldverhältnisse und ihre Entwicklung bedürften einer Korrektur an Hand dieses Gegensatzes. Daß die Entwicklung, die das Schuldverhältnis durchzumachen hat, „auf ein in der Ferne liegendes Ziel gespannt“ sei, „dazu bestimmt, ihr Ende in der Erfüllung der Leistungspflichten zu finden“ (S. 101, 127, 144), trifft lediglich auf Einzelschuldverhältnisse, nicht aber auf Dauerschuldverhältnisse zu. Auch die Lehre von der Aufsehung, vom Rücktritt vom Vertrage, von der Unmöglichkeit der Leistung, dem Verzuge usw. bedürfen einer besonderen Behandlung für Dauerschuldverhältnisse. Wohl ist es richtig, wie der Verfasser bemerkt, daß Dauerschuldverhältnisse „schon den Übergang vom Rechtsverkehr zu festeren Formen des Gemeinschaftslebens“ bilden (S. 103), trotzdem kann man sie nicht aus der Darstellung des Schuldrechts völlig ausschalten, und man wird auch ihrer Bedeutung nicht gerecht, wenn man sie nur in dem Abschnitt über Beendigung der Schuldverhältnisse (Kündigung S. 154 ff.) erwähnt.

2. Das BGB. kennt nicht das Problem des gerechten Preises. Eine Darstellung des Schuldrechts vom

neuen Rechtsdenken aus wird aber dieses Problem in Zukunft nicht mehr umgehen können. Rechtsprechung und Gesetzgebung haben bereits wiederholt aufgezeigt, welche Bedeutung das Gleichgewicht der Leistungen im Rahmen des Vertrages hat. Vom Standpunkt des funktionellen Vertragsbegriffs aus erweitert sich das bloße Gleichgewicht der Leistungen zu dem Problem des gerechten Preises. Denn es ist zu prüfen, welche Bedeutung das Gleichgewicht der Vertragsleistungen für den Rechtsverkehr als solchen und insbes. in der gesamten Volksordnung hat. Dieses Problem ist nicht mehr nur ein volkswirtschaftliches, sondern ein Rechtsproblem. Der Gesetzgeber hat ja bereits auf verschiedenen Gebieten in die Preisbildung eingegriffen, und es bestehen auch allgemeine Richtlinien für die Wirtschaft und Preispolitik. Diese bereits vorhandene rechtliche Tatsache kann man nicht allein dadurch erfassen, daß man sie als Normierung des Vertragsinhalts würdigt (Normierter Vertrag S. 33). Die rechtlichen Eingriffe in die Preisbildung müßten im Rahmen der Erörterungen über das Gleichgewicht der Leistungen beim Vertrage erfaßt und behandelt werden.

3. Das Darlehn wird in einer neuen Systematik des Schulrechts einen anderen Platz erhalten müssen als bisher. Teilt man die Schulverhältnisse nach dem Inhalt der Leistung ein, dann gehört das Darlehn zu den Verträgen, die eine Gebrauchsgewährung zum Inhalt haben (S. 29). Ähnlich dem Mißbrauch an verbrauchbaren Sachen im Sachenrecht ist das Darlehn im Schuldrecht als die Hingabe von Geld oder anderen vertretbaren Sachen zum Zwecke des Gebrauchs und der Nutzung. Das bestimmende Element des Darlehns ist mithin ebenso wie beim Mißbrauch die Gebrauchsgewährung und die Zeitdauer. Das Darlehn gehört also zu den Dauerschuldverhältnissen. Die Verpflichtung zur Rückgabe ergibt sich aus der Natur des Dauerschuldverhältnisses von selbst. Da mit der Kündigung oder dem Zeitablauf das Gebrauchsrecht endet, entsteht die Verpflichtung zur Rückgabe des Darlehns mit der Beendigung des Mietverhältnisses, ähnlich wie nach Beendigung der Miete Sache zurückzugeben ist. Das Darlehn unter eine besondere Rubrik „Kreditverträge“ zu bringen (S. 30), halte ich für bedenklich. Denn mit der rechtlichen Bedeutung des Leistungsinhalts nicht gerecht. Eine solche Einordnung hätte zur Vorsetzung, daß nicht der Leistungsinhalt, sondern der Leistungszweck zum Einteilungsgrund erhoben wird.

4. Bei der Auslegung der Willenserklärungen setzt der Verfasser den Grundsatz der Verantwortlichkeit des Erklärenden an die Stelle des bisherigen Meinungsstreits zwischen der Willens- und Erklärungsstheorie und fügt ihm als notwendiges Gegenstück den Grundsatz der Zurechenbarkeit der Erklärung hinzu (S. 62 und 63). Diese neuen Auslegungsgrundsätze werden unmittelbar aus dem neuen Rechtsdenken gewonnen und bedürfen daher ganz besonderer Beachtung.

Besonders hinzuweisen ist dann weiter auf die Ausführungen über die Grundlagen der Vertragsgeltung (S. 23 ff.) und die Geltungsbedingungen der Rechtsgeschäfte und Verträge (S. 78 ff.), unter denen der Mißbrauch einer rechtlichen Gestaltungsmöglichkeit als ein neuer Wichtigkeitsgrund vom Standpunkt des neuen Rechtsdenkens aus eingeführt wird, des weiteren auf die Erörterungen über Treu und Glauben als gestaltendes Grundgesetz (S. 108 ff.) und über den Fortfall der Geschäftsgrundlage (S. 162).

5. Sehr zu beachten ist schließlich die vom Verfasser geschaffene neue Theorie der Einrede: „Die Einrede ist nicht ein ‚Gegenrecht‘ gegen das ‚an sich‘ vorhandene Recht des Gläubigers, sondern eine konkrete Begrenzung oder Gestaltung des Rechts, deren Vornahme und Geltendmachung dem Verpflichteten vorbehalten ist“ (S. 139). Daß vom Standpunkt des neuen Rechtsdenkens aus die Lehre von der Einrede einer Umgestaltung von Grund auf bedarf, war seit langem klar. Der vorliegende Versuch des Verfassers, die Einrede „als eine konkrete Gestaltung des Rechts“ (S. 138) zu begreifen und sie hineinzustellen in das Gesamtproblem der inhaltlichen Begrenzung und Gestaltung des Vertrags-

rechts durch die neuen Grundgedanken des Rechts bedeutet einen sehr begrüßenswerten Schritt auf dem Wege zur Neugestaltung des Schuldrechts.

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

Das Reichsgesetz betr. die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften. Erläuterte Textausgabe mit Einleitung und Sachregister. (Guttenberg'sche Sammlung Deutscher Reichsgesetze Nr. 29.) 22. Neubearb. und erweit. Aufl. von RA. Dr. jur. Joh. Lang, Anwalt des Deutschen Genossenschaftsverbandes e. V., und Ass. Dr. jur. Ludwig Weidmüller, Justiziar des Deutschen Genossenschaftsverbandes e. V. Berlin und Leipzig 1936. Verlag Walter de Gruyter & Co. XI, 348 S. Preis geb. 4,50 RM.

Seit geraumer Zeit war der „kleine“ Parisius-Crüger völlig vergriffen, obwohl die letzte Auflage in einer ungewöhnlich hohen Zahl von Exemplaren (93.—98. Tausend) erst 1933 erschienen und 1934 mit einem Nachtrag versehen worden war. Die Neuauflage des Kommentars war aber auch mit Rücksicht auf die erheblich geänderte Gesetzgebung, die in einem neuen Abschnitt der 22. Aufl. S. 14 ff. übersichtlich dargestellt wird, erforderlich geworden. Nachträge sind immer mehr oder weniger Notbehelf.

An der neuen Ausgabe interessiert in persönlicher Hinsicht, daß der Bearbeiter der 21. Aufl., Citron, ausgeschieden ist und nunmehr zwei Fachleute, die als Angehörige der Zentraleitung des Deutschen Genossenschaftsverbandes über beste Sach- und Rechtskunde verfügen, sich der Bearbeitung angenommen haben. Die Änderungen, die der Kommentar in der vorliegenden Auflage aufweist, sind ganz beträchtlich, obwohl die bewährte Einteilung und Erläuterungsform im wesentlichen beibehalten sind. Nicht nur sind zahlreiche neue Anmerkungen hinzugekommen, die gegenüber der früheren Auflage als Einschaltungen in der Bezifferung gekennzeichnet werden, sondern auch die aus der früheren Auflage übernommenen Anmerkungen sind zum Teil wesentlich umgearbeitet oder erweitert. Die neuere Rechtsprechung ist nachgetragen. Auch die Literatur wird vielfach angezogen, wenngleich selbstverständlich ein Kurzkommentar sich in dieser Hinsicht Beschränkungen auferlegen muß. Der Gesamtumfang des Buches ist, obwohl häufig überholte Ausführungen gestrichen wurden, um nahezu 50 Seiten gewachsen.

Die vorgenommenen Änderungen und Erweiterungen beziehen sich zum Teil auf Gesetze und Verordnungen, die für das Genossenschaftswesen von besonderer Bedeutung sind (städtischer Aufbau, Kreditwesen, Schutz des Einzelhandels u. a.), zum Teil sind sie durch die zahlreichen Novellen zum GenG. seit 1933 notwendig geworden. Gerade die Ausführungen zu den in das GenG. neueingefügten Vorschriften, denen bisher in Literatur und Rechtsprechung noch wenig eingehende Erörterung zuteil wurde, werden das besondere Interesse der Benutzer des Kommentars finden. Freilich sind die Erläuterungen zu den auf den Jahresabschluß bezüglichen §§ 33 a bis 33 h, deren Anwendung in der Praxis noch zahlreichen Schwierigkeiten begegnet, verhältnismäßig dürftig gehalten. Hier hätte vielleicht das zu den entsprechenden aktienrechtlichen Vorschriften vorhandene reiche Schrifttum stärkere Berücksichtigung verdient. Auch sonst halten die Verf. in der Kommentierung der neuen Gesetzesbestimmungen mit der eigenen Meinung m. E. etwas zu sehr zurück. Es mag sein, daß dies mit der beabsichtigten Neuauflage auch des großen Genossenschaftskommentars von Parisius-Crüger, dessen Bearbeitung wohl die gleichen Verf. übernehmen werden, zusammenhängt, daß man also dessen Inhalt nicht vorgreifen wollte. Immerhin stellt der vorliegende Kommentar gewissermaßen den Vorläufer für die größere Ausgabe dar, und es ist wohl kaum mit Sicherheit damit zu rechnen, daß der große Parisius-Crüger sehr bald in neuer Auflage erscheinen wird. So hätte es sich vielleicht doch gerechtfertigt, manche Erläuterungen unter diesen Umständen etwas ausführlicher zu halten und den üblichen Rahmen des Kurzkommentars zu überschreiten. Auf jeden Fall stellt aber das Werk in seiner neuen Gestalt wiederum einen durchaus zuverlässigen Führer durch das GenG. dar, dem es an Absatz sicherlich nicht fehlen wird.

Prof. Dr. Ruth, Frankfurt a. M.

Dr. Karl Becker, Geh. RA., Honorarprofessor, SenPräs. des OLG. Köln, und Dr. Otto Schmidt d. J., RA. beim OLG. Köln: Die GmbH. von der Gründung bis zur Auflösung. (Praktische Rechtshilfe für die GmbH. Lieferung 1.) Köln 1936. Verlag Dr. Otto Schmidt. XVII, 273 S. Preis brosch. 5,50 RM.

„Die Arbeit geht von der Überzeugung aus, daß die GmbH. eine nützliche und notwendige Rechteinrichtung des deutschen Wirtschaftslebens ist und in den mehr als 40 Jahren ihres Bestehens die wirtschaftliche Entwicklung der deutschen Volkswirtschaft segensreich gefördert hat.“ Die Ausführungen „dienen nur solchen, die sich mit dem Gedanken tragen, eine GmbH. zu gründen, oder die selbst in irgendeiner Form an einer GmbH. beteiligt sind und im Hinblick darauf sich Erfahrungen und Ratschläge zunutze machen wollen“. Diese einleitenden Worte kennzeichnen das Werk, das als erster Band der Reihe „Praktische Rechtshilfe für die GmbH.“ erschienen ist, als praktischen Ratgeber für alle, die es angeht.

Dieser Zweck ist vollkommen erreicht. Es wird Wirtschaftlern und ihren Rechtsberatern wertvolle Dienste leisten. In 17 weiterhin reich unterteilten Abschnitten werden behandelt: Die Zweckmäßigkeit der GmbH., ihre Rechtspersönlichkeit, die Voraussetzungen ihrer Errichtung, der Inhalt des Gesellschaftsvertrages, die Umgründung in eine GmbH., Stammkapital nebst Einlagen, Nachschüsse, Geschäftsanteil, Rechtsstellung der Gesellschafter, Gesellschafterversammlung, Geschäftsführer, Aufsichtsrat, Satzungsänderung, Stammkapitaländerung, Auflösung, Nichtigkeit und Umwandlung der Gesellschaft.

Die Darstellung ist eingehend und gemeinverständlich und bewertet in anschaulicher Weise wirtschaftliche Erwägungen bei den jeweiligen Ratschlägen. Die neueste Gesetzgebung ist berücksichtigt. Zugrunde gelegt ist die herrschende Rechtsauffassung unter Vermeidung theoretischer Erörterungen, die für den in Aussicht genommenen Leserkreis auch kaum Interesse bieten dürften und die Benutzer des Buches verwirren würden. Zu wünschen wäre allerdings mitunter, daß die Rechtsansicht mit einem knappen Satz begründet würde, um das Nachschlagen der zitierten Entscheidungen zu ersparen; mehrfach ist sogar der Hinweis auf die Rechtsprechung nicht einmal belegt (z. B.: S. 169 zu 6; 207 erster Abs.; 234 oben; 241 zu 3). Auf S. 240 ff. hätte § 22 HGB. erwähnt und ebenso das außerhalb der Richteramtigkeit nicht genügend bekannte Verfahren nach §§ 31, 35 PrAW. v. 7. Nov. 1899 [FMBL. 313] kurz erörtert werden müssen.

Einige Irrtümer sind richtig zu stellen: Die Verschmelzung einer AktG. mit einer bestehenden GmbH. wird von der Rechtsprechung nicht abgelehnt (S. 96), sondern vom RG.: ZFG. 7, 292 zugelassen; der elterliche Gewalthaber bedarf zur Verfügung über den Geschäftsanteil des Minderjährigen — im Gegensatz zu S. 140 zu III — in der Regel der vorm. Genehmigung nach §§ 1822 Ziff. 1 und 3, 1643 BGB. (ZFG. 3, 206); auf S. 181 zu III 4 d sollte man aus dem Ausschluß des Stimmrechts des aus wichtigem Grund abzurufenden Gesellschafter-Geschäftsführers das Gegenteil folgern, nämlich die Zulassung einer EinstwBf.

Diese vereinzelt Mängel fallen aber bei einem Werk, das in erster Linie Wirtschaftskreisen einen erschöpfenden Überblick über die Gestaltung der Anwendungsmöglichkeiten des GmbH.-Rechts geben will und gibt, nicht ins Gewicht. Erfreut es dem Juristen auch für Spezialfragen nicht die Kommentare und für die Registerrechtspraxis nicht die einschlägigen Handbücher, so kann es doch als Lern- und Lehrbuch auch von Richtern und — wegen der wirtschaftlichen Erörterungen — insbes. auch von Prozeßgerichten mit Nutzen verwendet werden.

OGK. Groschuff, Berlin.

Dr. Franz Goerrig: Die GmbH. im Arbeits- und Sozialversicherungsrecht. (Praktische Rechtshilfe für die GmbH. 4. Lieferung.) Köln 1936. Verlag Dr. Otto Schmidt. IX, 115 S. Preis brosch. 2,50 RM.

Das vorliegende Heft gehört zu der Schriftenreihe „Praktische Rechtshilfe für die GmbH.“, deren Herausgeber RA. Dr. Otto Schmidt d. J. in Köln, den Ruf eines be-

sonderen Sachkenners auf wirtschaftsrechtlichem Gebiete genießt (vgl. JW. 1934, 971).

Der von Goerrig bearbeitete Überblick über das Arbeits- und Sozialversicherungsrecht in seinen Beziehungen zur GmbH. hat die Aufgabe, praktische Rechtshilfe zu leisten, in glücklicher Weise gelöst. Auf eingehende wissenschaftliche Begründung hat der Verfasser verzichtet; er beschränkt sich darauf, in knapper und gut verständlicher Form gesicherte Ergebnisse mitzuteilen, die er nur hier und da durch Hinweise auf die Rechtsprechung belegt. Das Buch wird als zuverlässiger Ratgeber gute Dienste tun; mit Hilfe des ausführlichen Sachregisters wird man sich rasch darin zurechtfinden.

Ein Druckfehler ist auf Seite 81 Zeile 17 von unten stehengeblieben; anstatt § 5 Abs. 2 muß es hier heißen § 3 Abs. 2. RA. Dr. W. Doppermann, Dresden.

Deutsche Reichsgesetze. Sammlung des Staats-, Zivil-, Straf- und Verfahrensrechts für den täglichen Gebrauch. Herausgegeben von OGR. Dr. Heinrich Schönfelder. 7., ergänzte Aufl. München und Berlin 1936. C. F. Beck'sche Verlagsbuchh. 1877 S. Preis Joseblattausgabe in Leinenordner 14,50 RM.

In der Neuauflage des „Schönfelder“ sind das Hypothekenzinsenges., LuftverkehrsG., die Mietgesetzgebung, das Gesetz über den Volksgerichtshof, die SondergerichtsVO. und Kostentabellen aufgenommen worden. Die übrigen Gesetze sind der Gesetzgebung folgend ergänzt und berichtigt worden. Die in JW. 1936, 1278 bei Besprechung der 6. Aufl. gegebenen Anregungen haben bisher keine Berücksichtigung gefunden. L.

Das neue Recht in Preußen. Herausgegeben von Dr. Roland Freisler, Staatssek., und Ludwig Grauert, Staatssek., unter Mitwirkung von OStA. Dr. Karl Krug. Lieferung 27 und 28. Berlin 1936. Industrieverlag Spaeth & Linde. Preis je Blatt 5 Kpf. und Postgebühr.

Die Lieferungen bringen in der bekannten umfassenden Art neben den preußischen Gesetzen, Verordnungen und Erlässen auch reichsrechtliche Bestimmungen, soweit sie für Preußen von Bedeutung sind. Die beiden Lieferungen berücksichtigen den Stand der Gesetzgebung bis Anfang August 1936. Durch kurze Anmerkungen, Verweisungen und Einführungen wird der praktische Gebrauch des Gesetzesmaterials gefördert. Der Nennung oder Hervorhebung einzelner Gesetze oder Verordnungen bedarf es bei der Vollständigkeit des Abdrucks nicht. Tr.

Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch. 23. Aufl. der von Dr. J. Schey besorgten Ausgabe, vollständig durchgesehen und ergänzt von Dr. Rudolf Hermann, Sektionschef im österreichischen Bundesministerium für Justiz. (Manzsche Samml. der österreichischen Gesetze, II. Bd.) Wien 1936. Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhdlg. XVIII, 1180 S. Preis geb. 16 RM.

Sechs Jahre sind seit dem Erscheinen der letzten Auflage des auch bei uns viel benutzten Erläuterungswerkes zum österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch von Schey — jetzt von Dr. Hermann herausgegeben — vergangen. In diesen sechs Jahren ist der zu bewältigende Rechtsstoff erheblich gestiegen. Die Flut der neuen Gesetze und Verordnungen, die zu berücksichtigen waren, tritt ganz klar vor Augen, wenn man einen Blick in das auch jetzt wieder dem Buche beigegebene Verzeichnis der Rechtsquellen wirft. Trotzdem ist es dem Herausgeber gelungen, eine Umfangsteigerung des Werkes zu verhindern. Schon das ist heute eine große Leistung. Erreicht worden ist dies dadurch, daß zahlreiche überholte Bestimmungen fortgelassen worden sind, um neuen Raum zu geben. Die Streichungen sind von Dr. Hermann erbarungslos, aber ohne Schaden für das Werk vorgenommen. Erfreulich ist — besonders für den nichtösterreichischen Benutzer —, daß die Überschriften stehengeblieben sind. Das Neue ist, soweit man das bei einer Durchsicht feststellen kann, wohl vollständig berücksichtigt. Das Werk wird auch in der Bearbeitung seines neuen Herausgebers Erfolg haben.

OGK. Mafjeller, Berlin.

Rechtssprechung

Nachdruck der Entscheidungen nur auszugsweise und mit genauer Quellenangabe gestattet

Reichsgericht: Zivilsachen

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

1. 1. § 138 BGB. Sittenwidrige Schädigung einer GmbH. bei Einverständnis der Gesellschafter. Sittenwidrige Schädigung einer GmbH. als einer von den Personen der Gesellschaft unabhängigen, selbständigen Rechtspersönlichkeit ist möglich, auch wenn alle Gesellschafter mit der Schädigung einverstanden sind.

2. § 852 BGB. Die GmbH. kann die nach § 852 BGB. erforderliche Kenntnis nur durch die Person ihres Geschäftsführers erlangen. Ist dieser aber selbst Täter oder Mittäter der unerlaubten Handlung, so kann seine Kenntnis von der Tat nicht als Kenntnis der geschädigten GmbH. angesehen werden.

3. Der Annahme einer vorsätzlichen Schädigung steht nicht entgegen, daß der Täter nicht weiß, wer der durch seine Handlung Geschädigte sein werde.

1. Daß die Belastung von Gesellschaftsgrundstücken zugunsten erdichteter Forderungen in der Absicht, für den Fall des Zusammenbruchs der Gesellschaft den Tätern einen Teil des Gesellschaftsvermögens zuzuwenden — diesen Tatbestand stellt das BG. fest —, gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt, bedarf einer weiteren Ausführung nicht. Die Meinung der Rev. des Kl., daß es schließlich Sache der Gesellschafter sei, wieviel aus der Gesellschaft entnehmen wollten, der ohnehin schon die §§ 30, 31 GmbH. entgegenstehen, scheitert im vorl. Fall überdies auch daran, daß der Kl. gar nicht Gesellschafter war; wenn schon ein Gesellschafter sich nicht ohne Rechtsgrund auf Kosten der Gesellschaft bereichern darf, so gilt dies noch weit mehr von einem Nichtgesellschafter wie dem Kl. Im übrigen ist sittenwidrige Schädigung einer GmbH. als einer von den Personen der Gesellschaft unabhängigen, selbständigen Rechtspersönlichkeit möglich, auch wenn alle Gesellschafter mit der Schädigung einverstanden sind.

2. Auch die Einrede der Verjährung ist von dem BG. im Ergebnis mit Recht zurückgewiesen worden. Nach § 852 BGB. verjährt der Erfasanspruch in drei Jahren von dem Zeitpunkt an, in dem der Verletzte von dem Schaden und der Person des Erfaspflichtigen Kenntnis erlangt hat, ohne Rücksicht auf diese Kenntnis in dreißig Jahren von der Begehung der Handlung an. Die GmbH. kann diese Kenntnis nur durch die Person ihres Geschäftsführers erlangen (vgl. § 35 GmbHG.). Ist dieser aber selbst Täter oder Mittäter der unerlaubten Handlung, so kann seine Kenntnis von der Tat nicht als Kenntnis der geschädigten GmbH. i. S. des § 852 BGB. angesehen werden. Der Widerstreit des Interesses des ungetreuen Geschäftsführers, das auf Verdeckung seiner und seiner Mittäter Tat geht, zu dem Interesse der GmbH. an der Leistung von Ersatz für die Schädigung ist unmöglich, die Kenntnis des Geschäftsführers der Gesellschaft als ihre eigene zuzurechnen. Dies muß für den gesamten Anspruch sowohl gegen den Geschäftsführer selbst wie gegen seine Mittäter gelten. Auch diese können sich für die Kenntnis über von ihnen sittenwidrig geschädigten Gesellschaft vom Entstehen des Schadens und der Person des Täters nicht auf die Kenntnis des ungetreuen alleinigen Geschäftsführers berufen, der mit ihnen zusammen die Schädigung von ihm selbst vertretenen Gesellschaft ins Werk gesetzt und durchgeführt hat. Die Gesellschaft kann in einem solchen Falle die von § 852 BGB. ver-

langte Kenntnis erst erlangen, wenn ein neuer gesetzlicher Vertreter von dem eingetretenen Schaden und der Person des Schädigers erfährt oder wenn der ungetreue Geschäftsführer selbst seine Haltung ändert, Schritte zur Durchsetzung des entstandenen Schadenersatzanspruchs ergreift und damit seine Kenntnis im Interesse der Gesellschaft und daher als ihre Kenntnis verwertet.

3. Keinen Erfolg können auch die Angriffe auf die Eventualerwägung des Vorderrichters haben, mit der er die sittenwidrige Schädigung des Bekl. behandelt. Der Hinweis darauf, daß der Wille des Kl. nicht auf Schädigung des Bekl. gerichtet gewesen sein könne, wenn er an diesen gar nicht gedacht habe, geht fehl. Denn es steht der Annahme einer vorsätzlichen Schädigung nicht entgegen, daß der Täter nicht weiß, wer der durch seine Handlung Geschädigte sein werde (RG.: Bruch. 67, 180). Es genügt, daß das BG. feststellt, er habe bei der Verwertung der zu Unrecht eingetragenen Hypotheken mitgewirkt, wobei ihm einerlei gewesen sei, aus wessen Vermögen das Geld käme, das er — unberechtigt — erhielt.

(U. v. 27. Juli 1936; VI 122/36. — Celle.)

[R.]

*

2. 1. § 315 BGB. Die im § 315 BGB. enthaltene Auslegungsregel, daß die vereinbarte Leistung dem einen Vertragsteil vorbehaltene Bestimmung der Leistung im Zweifel nach billigem Ermessen zu treffen sei, gilt auch dann, wenn die Leistung nur hinsichtlich ihres Umfangs weiterer Bestimmung bedarf. Wer dieser gesetzlichen Auslegungsregel gegenüber Vereinbarung der Festsetzung nach freiem Ermessen behauptet, ist dafür beweispflichtig.

2. § 278 BGB. Auch ein Handlungsagent kann Erfüllungsgehilfe sein. § 278 BGB. erfordert nicht, daß der, dessen sich der Schuldner zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, Angestellter des Schuldners sein müsse. Es genügt, daß er vom Schuldner nach außen erkennbar zur Erfüllung einer diesem obliegenden Verpflichtung, die auch in einem Unterlassen bestehen kann, verwendet wird, und daß seine Tätigkeit diesem Zwecke irgendwie förderlich ist.

3. §§ 387 ff. BGB. Mit einer Forderung, für die eine Schiedsgerichtsvereinbarung besteht, kann im ordentlichen Verfahren nicht aufgerechnet werden.

(U. v. 3. Juli 1936; II 47/36. — RG.)

[R.]

*

3. § 398 BGB. Behält sich der Bedent bei der Abtretung mehrerer künftiger Forderungen vor, davon nach seinem Ermessen je weils Forderungen an Dritte abzutreten, so liegt eine wirksame Abtretung wegen mangelder Bestimmtheit nicht vor.

Der Kl. stand mit der jetzt im Konkurs befindlichen Firma R. in Geschäftsverbindung. Am 22. Febr. 1934 schloß er mit ihr einen Vertrag, wonach er ihr einen Warentredit in Höhe von 50 000 RM einräumte. Dagegen trat ihm die Firma zur Sicherheit für seine jeweiligen Ansprüche Forderungen ab. In diesem Vertrage heißt es u. a.:

„Als abgetreten gelten folgende Forderungen:

„Sämtliche Außenstände der Firma R. an die Drittschuldner mit den Anfangsbuchstaben A—N im jeweiligen Mindestbetrag von 20 000 RM (zwanzigtausend Reichsmark). Ausgenommen von dieser Abtretung sind:

a) die jeweiligen Forderungen, die der D.-Bank für Gewährung eines Kredites zediert sind;

b) die jeweiligen Forderungen, die der B.-Stadtbank zur Bevorschussung abgetreten sind.“

Soweit Beträge und Eingänge aus den abgetretenen Forderungen herrührten, wurden sie auf ein Sperrkonto eingezahlt.

Der Kl. hat gegen den Konkursverwalter Klage erhoben mit dem Verlangen, er solle in die Auszahlung eines Betrages von 13257,05 RM nebst Zinsen aus dem bezeichneten Konto willigen.

LG. und OLG. haben der Klage stattgegeben.

Die Rev. macht geltend, die Bestimmbarkeit der bezeichneten Forderungen werde durch die Ausnahme der jeweils an die Banken abgetretenen oder abzutretenden Forderungen in Verbindung mit der Festsetzung eines Mindestbetrags von 20000 RM der an den Kl. abgetretenen Forderungen ausgeschlossen. Dies habe das BG. übersehen; denn wenn auch, wie es erwäge, die an die Banken abgetretenen Forderungen aus den Büchern der Gemeinschuldnerin festgestellt werden könnten, so sei doch mit Rücksicht auf die Festsetzung des Mindestbetrags von 20000 RM eine genügende Bestimmbarkeit der dem Kl. abgetretenen Forderungen nicht gewährleistet.

Die Rüge der Rev. ist begründet. Es ist ständige Rspr. des RG., daß die Wirksamkeit der Abtretung erst künftiger Forderungen davon abhängt, ob diese nach dem Inhalt des Abtretungsvertrags schon so genügend bestimmt oder wenigstens bestimmbar sind, daß es nur noch ihrer Entstehung bedarf, um die Übertragung von da ab ohne weiteres wirksam werden zu lassen (RGKomm. ErlB. § 398 Bem. 2 Abs. 3; JW. 1931, 1962 m. Anm. = RGZ. 132, 188; JW. 1933, 2825¹ m. Anm. = RGZ. 142, 139; JW. 1936, 98³ = RGZ. 149, 19; RG.: JW. 1932, 3174²; 1932, 3760² m. Anm.). An dieser Voraussetzung fehlt es hier dann, wenn die Gemeinschuldnerin berechtigt war, nach ihrem Ermessen alle jeweils entstehenden Forderungen an die genannten Banken abzutreten. Hatte sie in dieser Beziehung freie Hand und war ihr Verfügungsrecht hierin zugunsten des Kl. in keiner Weise beschränkt, so konnte immer der Fall eintreten, daß eine durch die im voraus vereinbarte Abtretung an den Kl. erfaßte Forderung nicht vorhanden war. Denn dann stand es im freien Belieben der Gemeinschuldnerin, durch Abtretung an eine der Banken über die Forderungen zu verfügen, ohne daß der Kl. in der Lage gewesen wäre, eine Forderung zu bezeichnen, die von der im voraus vereinbarten Abtretung an ihn erfaßt und somit der Verfügung der Gemeinschuldnerin entzogen wäre. In dieser Hinsicht bedarf es nicht einmal der Prüfung, ob nicht auch die Beschränkung der abzutretenden Forderungen (A—R) auf einen Mindestbetrag von 20000 RM beim Fehlen einer genaueren Bezeichnung die Unbestimmbarkeit begründete; denn die Begründung eines Verfügungsrechts der Schuldnerin hinsichtlich aller jeweiligen Forderungen zugunsten der genannten Banken schließt schon für sich die Bestimmbarkeit aus.

(U. v. 3. Juli 1936; VII 340/35. — Berlin.) [Tr.]

*

** 4. §§ 611 ff. BGB.; RÄrzteD. v. 13. Dez. 1935 (RGBl. I, 1433). Gegen den ausdrücklichen und ernstlichen Willen eines Kranken darf der Arzt (auch nicht bei Gefahr im Verzuge) nicht zu einem Eingriff schreiten, wenn ihm nicht eine gesetzliche Ermächtigung zur Seite steht oder der Schritt nicht unter dem Gesichtspunkt überragenden öffentlichen Interesses gerechtfertigt erscheint. Das letztere kann vorliegen, wenn für den Arzt ein Widerstreit erwächst zwischen den Pflichten, die ihm dem Kranken gegenüber obliegen, und jenen, die sich für ihn auf der Grundlage der Bestimmungen der RÄrzteD. aus seinem öffentlichen Aufgabengebiet ergeben. †)

Die klagende Ehefrau war Anfang Dezember 1929 erkrankt. Der beklagte Arzt hatte sie bereits in den Tagen zwi-

schen dem 5. und 10. Dez. mehrmals besucht. Am 14. Dez. wurde er wiederum zu ihr gerufen, zunächst von dem klagenden Ehemann und, weil er nicht erreichbar gewesen war, dann abends gegen 20 Uhr nochmals fernmündlich durch ihren Bruder. Sie klagte, als der Bevl. spät abends in die Wohnung der Kl. kam, über allgemeines Unwohlsein und über Herzschwäche. Zur Behandlung machte ihr der Bevl. im Beisein der Angehörigen eine Einspritzung mit einer Kampferlösung in die Beugegelenke des rechten Unterarms, obgleich sich die Kl. gegen die Einspritzung sträubte. Sofort nach der Einführung der Spritze liefen die Fingernägel blau an und nach einer Viertelstunde war auch bereits der Unterarm blau verfärbt und geschwollen. Auf Anweisung des Bevl. wurde daher die Kl. am 15. Dez. 1929 in ein Krankenhaus verbracht. Dort mußte ihr der Arm, weil im weiteren Verlaufe der Krankheit die Fingerspitzen eingeschrumpft und Hand und Unterarm allmählich abgestorben waren, am 4. Jan. 1930 im unteren Drittel und am 15. Febr. 1930 wegen fortschreitenden Absterbens tieferer Schichten im Ellbogengelenk abgenommen werden.

Die Kl. machen den Bevl. für den entstandenen Schaden haftbar. Sie werfen ihm vor, er habe unter den gegebenen Umständen die Einspritzung gegen den Willen der Kl. nicht machen dürfen, und es sei ihm übrigens bei der Vornahme der Einspritzung ein Kunstfehler unterlaufen, insbes. auch dadurch, daß er die Spritze in dem wegen der Häufung von Blutgefäßen und Nerven für Einspritzungen solcher Art untauglichen Unterarm angebracht habe.

Das LG. hat auf Grund von Sachverständigenutachten die Ansprüche der Kl. dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt, das OLG. die Klage auf Grund weiterer Gutachten abgewiesen.

Das RG. hat das Urteil des OLG. aufgehoben und die Sache an das BG. zurückverwiesen.

Das BG. unterstellt zwar den ursächlichen Zusammenhang zwischen der Vornahme der Einspritzung und der sich anschließenden Erkrankung des Unterarms der Kl. Es verneint aber die Haftung des Bevl., indem es annimmt, er habe unter den obwaltenden Umständen, ohne widerrechtlich zu handeln, die Einspritzung auch gegen den Willen der Kl. vornehmen oder sich doch ohne Verschulden zur Einspritzung für berechtigt halten dürfen und habe auch nicht schuldhaft gegen die Regeln der ärztlichen Kunst verstoßen.

Nach der ersteren Richtung führt das BG. aus: Grundsätzlich bedürfe zwar jeder körperliche Eingriff des Arztes der Einwilligung des Betroffenen. Eine Ausnahme sei aber dann zu machen, wenn der Eingriff nicht ohne unmittelbare Gefahr für das Leben des Kranken aufgeschoben werden könne und anzunehmen sei, daß der Kranke die zu erwartenden nachteiligen Folgen seiner Weigerung nicht richtig beurteilen könne. Diese Einschränkung des Grundsatzes der Einwilligungsgewundenheit entspreche einem von der Rspr. anzuerkennenden praktischen ärztlichen Bedürfnis und dem gesunden Volksempfinden, das die Herrschaft über den eigenen Körper im Interesse der Gesundheit des Volksganzen mehr und mehr der Willkür des einzelnen entziehe und neuerdings in den Art. 3 und 4 der 4. AuswD. v. 18. Juli 1935 (RGBl. I, 1035) zum ErbgesundhG. i. d. Fass. des Ges. v. 26. Juni 1935 (RGBl. I, 773) einen entsprechenden gesetzlichen Ausdruck gefunden habe, wonach z. B. Unterbrechungen der Schwangerschaft oder Unfruchtbarmachungen außerhalb des eigentlichen Anwendungsgebietes des ErbkRachwGes. ohne Einwilligung des Betroffenen dann zulässig seien, wenn der Eingriff „wegen unmittelbarer Gefahr für Leben oder Gesundheit (!) nicht aufgeschoben werden kann“. Die Rev. bekämpft diese Ansicht des BG. Sie meint, den angeführten Vorschr., die eine gesetzliche Ausnahme bestimmten, könne der vom BG. daraus abgeleitete allgemeine Grundsatz nicht entnommen werden.

Die berufliche Stellung des Arztes hat im Laufe der neueren Entwicklung durch eine immer stärker hervortretende Kennzeichnung seiner Tätigkeit unter dem Gesichtspunkt einer öffentlichen Aufgabe eine grundlegende Änderung erfahren. Das ist deutlich auch in der RÄrzteD. v. 13. Dez. 1935 (RGBl. I, 1433) zum Ausdruck gekommen, wenn deren § 1 den Satz voranstellt,

daß der Arzt zum Dienst an der Gesundheit des einzelnen Menschen und des gesamten Volkes berufen ist, und erläuternd u. a. im § 19 daselbst bestimmt wird, die deutsche Ärzteschaft sei berufen, zum Wohle von Volk und Reich für die Erhaltung der Gesundheit, des Erbgutes und der Rasse des deutschen Volkes zu wirken. Freilich ist die neue ÄrzteD. erst einige Wochen nach der Verkündung des angefochtenen Urteils und geraume Zeit nach den den Gegenstand des Rechtsstreits bildenden Ereignissen erlassen worden. Allein in ihr ist das Ergebnis einer wie gesagt längeren Entwicklung, deren Anfänge viel weiter zurückreichen, gesetzgeberisch verlaublich worden, und es kann daher bei der Beurteilung und Entsch. des vorl. Falles die aus dieser Entwicklung folgende Änderung in der Bewertung des beruflichen Aufgabengebietes des Arztes nicht unberücksichtigt bleiben. Das mag wohl auch der tiefere Grund für die Erwägung des BG. gewesen sein, das gesunde Volksempfinden entgegen der Herrschaft über den eigenen Körper im Interesse der Gesundheit des Volksganzen mehr und mehr der Willkür des einzelnen.

Allein die stärkere Betonung der öffentlichen Seite der ärztlichen Tätigkeit bedingt als solche nicht schlechthin eine grundsätzliche Änderung in der Beurteilung der rechtlichen Beziehungen zwischen dem Arzt und dem Kranken. Sie beruhen nach wie vor im Regelfall auf einem bürgerlich-rechtlichen Vertrage, sei es Dienst- oder Werkvertrag, der den Arzt weitgehend an die Entschlüsse des Kranken bindet. Nach wie vor ist der Arzt gehalten, bei der Behandlung die gesetzlich geschützten Güter des Kranken, insbes. seine körperliche Unversehrtheit, zu achten, soweit sich nicht aus dem Vertrag oder kraft gesetzlicher Vorschrift ein anderes ergibt oder der Kranke oder sein gesetzlicher Vertreter in den die körperliche Unversehrtheit verletzenden Eingriff einwilligt, und zwar gleichgültig, ob dieser Eingriff schwer oder leicht ist. An diesen Grundsätzen ist festzuhalten, und es kann ihnen gegenüber aus der gesteigerten öffentlichen Bedeutung des ärztlichen Wirkens eine allgemein gültige Ausnahme auch nicht für den Fall abgeleitet werden, daß der Eingriff nicht ohne unmittelbare Gefahr für das Leben des Kranken aufgeschoben werden kann, auch wenn anzunehmen ist, daß der Kranke die zu erwartenden nachteiligen Folgen seiner Weigerung nicht richtig beurteilen kann. Gegen den ausdrücklichen und ernstlichen Willen des Kranken darf der Arzt auch solchenfalls nicht zu dem Eingriff schreiten, wenn ihm nicht eine gesetzliche Ermächtigung zur Seite steht oder der Schritt nicht unter dem Gesichtspunkt eines überragenden öffentlichen Interesses gerechtfertigt erscheint. Der letztere Fall kann z. B. vorliegen, wenn für den Arzt ein Widerstreit erwächst zwischen den Pflichten, die ihm nach den erwähnten Grundsätzen dem Kranken gegenüber obliegen, und jenen, die sich für ihn auf der Grundlage der Bestimmungen der ÄrzteD. aus seinem öffentlichen Aufgabengebiet ergeben. Daß dann das Interesse als einzelnen an dem ihm gesetzlich gewährleisteten Schutze hinter dem öffentlichen Interesse an der Erhaltung der Gesundheit der Volksgesamtheit zurücktreten muß, steht außer Zweifel. Inwieweit das aber der Fall ist, welche Grenzen dabei zu ziehen sind, und insbes. unter welchen Voraussetzungen und in welchen Grenzen hiernach etwa ein besonderes ärztliches Berufsrecht — das vom RG. bisher in ständiger Rspr. abgelehnt worden ist — anzuerkennen wäre, steht hier nicht zur Erörterung. Denn der Fall eines solchen Widerstreits kann hier nicht vorliegen. Er würde mindestens voraussetzen, daß die Unterlassung des Eingriffs durch den Bess. eine Gefährdung der Volksgesundheit zur Folge gehabt hätte oder doch hätte haben können. Davon kann aber hier nicht die Rede sein. Freilich mag vom Standpunkte des Volksganzen aus die Idealforderung berechtigt sein, Leben und Gesundheit jedes einzelnen Gliedes der Volksgemeinschaft nach Möglichkeit zu erhalten. Allein das auf diese Idealforderung abgestellte Interesse des Volksganzen ist kein so konkretes, daß es ohne weiteres als Richtschnur für das rechtliche Handeln des Arztes dienen könnte. Das zeigt sich schon, wenn man bedenkt, daß in nicht seltenen Fällen durch einen Eingriff in die körperliche Unversehrtheit des Kranken zwar sein Leben erhalten werden kann, aber Sied-

lich durch einen Eingriff beseitigt werden könnte, unter dem Gesichtspunkt der Volksgesamtheit von besonderem Interesse ist, und daß endlich der Gedanke des BG., wenn er bis zu Ende verfolgt wird, dazu führen müßte, einen uneingeschränkten Behandlungszwang für kranke Volksgenossen anzunehmen und ein uneingeschränktes Behandlungsrecht für den Arzt einzuführen, was nach dem heutigen Stande gesundem Volksempfinden sicherlich nicht gerecht würde. Dieses Interesse an der Gesundheit des einzelnen Volksgenossen, das mittelbar, aber auch nur mittelbar, das Interesse der Volksgesamtheit berührt, verpflichtet den Arzt zwar dem Volksganzen gegenüber zur gewissenhaften Ausübung seines Berufs, kann aber die Vornahme eines Eingriffs in das gesetzlich geschützte Gut der körperlichen Unversehrtheit des Kranken gegen seinen ausdrücklichen Willen nicht rechtfertigen.

Irrig ist es auch, wenn das BG. den von ihm aufgestellten allgemeinen Grundsatz mit den näher bezeichneten Bestimmungen des ErbkrNachwGes. und der 4. AusfV.D. dazu v. 18. Juli 1935 belegen will. Denn dort ist für außerhalb des eigentlichen Anwendungsgebietes des Gesetzes liegende Fälle die Unfruchtbarmachung oder Schwangerschaftsunterbrechung — in Frage kommen hauptsächlich die Fälle des § 14 Abs. 1 des Gesetzes — ausdrücklich „zur Abwendung einer ersten Gefahr für das Leben oder die Gesundheit“ des einzelnen Kranken für zulässig erklärt, nicht aber, wenigstens nicht unmittelbar im Interesse der Gesundheit des Volksganzen. Es handelt sich also, wenn nach Art. 4 AusfV.D. der Eingriff ohne die Einwilligung des Kranken statthaft ist, falls er nämlich „wegen unmittelbarer Gefahr für Leben oder Gesundheit nicht aufgeschoben werden kann“, um eine im Interesse des Kranken erlassene Ausnahmegesetzgebung gegenüber dem im übrigen auch vom Gesetz anerkannten Grundsatz der Gebundenheit des Arztes an die Einwilligung des Kranken. Eine solche Ausnahmegesetzgebung kann aber nicht ohne weiteres verallgemeinert werden. Eine gesetzliche Ermächtigung zur Vornahme des Eingriffs entgegen dem Willen der Kl. stand dem Bess. nicht zur Seite.

Nun hat allerdings das RG. in der Entsch. RGZ. 68, 431 = JW. 1908, 480 den Standpunkt vertreten, daß es der Einwilligung des Kranken zu einem seine körperliche Unversehrtheit verletzenden Eingriff nicht bedürfe, wenn Gefahr im Verzuge sei. Daran ist festzuhalten. Allein es kann sich dabei nur um Fälle handeln, in denen aus besonderen Gründen die Einholung der Einwilligung des Kranken nicht möglich ist, so bei Bewußtlosigkeit des Kranken oder wenn sich im Verlaufe eines mit Zustimmung des Kranken vorgenommenen Eingriffs ursprüngliche Diagnose trotz sorgfältigster Untersuchung (RGArt. III 64/35 v. 27. Sept. 1935) als irrig und ein weitergehender Eingriff als zur Abwendung einer unmittelbaren Lebensgefahr notwendig erweist, für den eine Einwilligung des Kranken nicht vorliegt und nicht mehr eingeholt werden kann. Sofern in diesen Fällen bei sonst bestehenden Voraussetzungen der Arzt nach der gegebenen Sachlage, insbes. auch etwa nach dem bisherigen Verhalten des Kranken, annehmen kann, daß dieser, wenn er gefragt werden könnte, seine Einwilligung nicht verjagen würde, wird er auch, ohne daß sie ausdrücklich erteilt wäre, zu dem notwendigen Eingriff schreiten dürfen, ohne widerrechtlich zu handeln. Entscheidend ist, daß der Arzt solchenfalls nach dem mutmaßlichen Willen des Kranken handelt. Ein Handeln gegen den ausdrücklichen Willen des Kranken ist ihm aber auch bei Gefahr im Verzuge nicht gestattet, sofern nicht das Gesetz es ausnahmsweise erlaubt. Dem Arzte bleibt dann lediglich die Pflicht, durch eine entsprechende Belehrung auf den Kranken einzuwirken und ihn in einer der Lage des Falles angemessenen Weise auf die Folgen seiner Weigerung aufmerksam zu machen. Bleibt der Kranke bei seiner Weigerung, so muß eine Haftung des Arztes für die daraus entstehenden Folgen ausscheiden.

Selbstverständlich kommt ein Handeln gegen den ausdrücklichen Willen des Kranken nur in Frage, wenn eine ernstlich gemeinte und von dem Arzt als ernstlich gemeint zu erkennende und verstandene Willensäußerung des Kranken vorliegt und nicht etwa nur ein reflektives äußeres Sträuben, das sich ganz natürlich aus der Angst des Kranken vor dem drohenden Ein-

griff erklären läßt und als nicht ernstlich gemeint ohne weiteres erlenbar ist. Das BG. nimmt zwar ersichtlich an, der Bekl. habe entgegen dem Willen der Kl. den Eingriff vorgenommen. Seine Ausführungen lassen es aber nicht ausgeschlossen erscheinen, daß es die Frage der Ernstlichkeit der Willensäußerung der Kl. unter den angeführten Gesichtspunkten nicht weiter geprüft hat. Es bedarf daher in dieser Hinsicht noch weiterer Aufklärung. Dabei wird auch das Vorbringen der Kl. zu berücksichtigen sein, der Bekl. habe sich über den Widerspruch der Kl. in barschem Tone hinweggesetzt, und es muß insbes. geprüft werden, ob nicht gerade dieser Ton dazu bestimmt war, den von vornherein nicht als ernstlich angesehenen Widerstand der Kl. völlig zu überwinden.

Die Hilfsröwägung des BG., der Bekl. habe auch dann nicht schuldhaft gehandelt, wenn er zu Unrecht geglaubt habe, den gegenteiligen Willen der Kl. nicht beachten zu müssen, kann das Urteil nicht tragen. Das BG. meint, bei der bisher nur sehr dürftigen gesetzlichen Regelung der in Betracht kommenden Fragen und bei dem Widerstreit der für sie gegebenen Lösungen könne es einem praktischen Arzte nicht verbracht werden, wenn er in Übereinstimmung mit der Auffassung des Gerichtsärztlichen (!) Ausschusses (für die Rheinprovinz) und einer verbreiteten Übung etwa enger zu ziehende rechtliche Schranken überschritten hätte. Daß ein Eingriff in die körperliche Unversehrtheit des Kranken gegen dessen Willen unerlaubt ist, weiß jeder Arzt. Aber diesen Grundsatz darf er sich nicht hinwegsetzen, auch wenn er ihn vom beruflichen Standpunkt aus als ein Hemmnis empfindet. Eine gegenteilige Übung wäre mißbräuchlich, und der Bekl. könnte sich nicht darauf berufen. Auch der Hinweis auf die Auffassung des Gerichtsärztlichen Ausschusses vermag den Bekl. nicht zu entschuldigen. Der Ausschuss hat sich lediglich bei der Erstattung des vom BG. erforderlichen Gutachtens dahin geäußert, eine Ausnahme von dem Einwilligungungsgrundsatz sei v i e l l e i c h t nur dann gegeben, wenn durch eine Einspritzung eine drohende Lebensgefahr beseitigt werden könne und wenn anzunehmen sei, daß der Patient die zu erwartenden nachteiligen Folgen seiner Weigerung nicht richtig beurteilen könne. Dazu wird aber ausdrücklich ausgeführt, es sei aus den Akten nicht ersichtlich, ob diese Voraussetzungen in dem vorl. Falle zuträfen. Die Äußerung ist ferner in einem Zeitpunkt erfolgt, in dem im Prozeß eine irgendwie brauchbare tatsächliche Grundlage für die Beurteilung der Frage keinesfalls gegeben war und insbes. der Bekl. selbst sich zur Sache noch gar nicht geäußert hatte. Vor allem aber kommt in Betracht, daß der Gerichtsärztliche Ausschuss in den medizinischen Fragen, die den Gegenstand seiner Begutachtung bilden, als lebende Autorität angesprochen werden mag, daß das aber falls gelten kann, wenn er zu Rechtsfragen Stellung nimmt, wozu er nicht zuständig ist. Die Ansicht des BG. müßte sinngemäß dazu führen, daß der Arzt durch die Berufung auf eine sein Handeln nachträglich deckende Rechtsansicht einer ärztlichen Größe sein Verschulden in jedem Falle ausschließen könnte. Die Untragbarkeit dieses Ergebnisses bedarf keiner Erörterung.

Im Hinblick auf die aufgezeigten Rechtsmängel kann das angefochtene Urteil nicht aufrechterhalten werden. Für den Fall, daß es auch für die erneute Entsch. noch darauf ankommen sollte, ob in der Anbringung der Spritze in die Beugseite des Unterarmes der Kl. ein fahrlässiger Kunstfehler des Bekl. erblickt werden muß, ist im Hinblick auf das Vorbringen der Bev. noch folgendes zu bemerken: Es ist selbstverständlich, daß der Arzt, wenn ihm ein sicherer Weg zum Heilungserfolge zur Verfügung steht, diesen Weg beschreiten muß und einen weniger sicheren nur dann einschlagen darf, wenn gewichtige Gründe das geboten erscheinen lassen. Ebenso mußte der Bekl. bei einer Einspritzung wie der vorliegenden grundsätzlich den am wenigsten gefährlichen Ort wählen. Allerdings hat das BG. in dem angefochtenen Urteil eingehend begründet, weshalb der Bekl. bei der Weigerung der Kl., die Spritze machen zu lassen, die Einspritzung in den Unterarm vornehmen durfte. Diese Begründung wird das Vorgehen des Bekl. nicht mehr rechtfertigen können, wenn — und nur dann kann es nach dem bisher vorgebrachten Sachverhalt auf die Frage, ob ein Kunstfehler vor-

liegt, für die Entsch. wieder ankommen — der Bekl. mit Recht davon ausgegangen sein sollte, daß eine ernstliche Weigerung der Kl. nicht vorliege. Es wird daher einer neuerlichen Prüfung in dieser Richtung bedürfen. Dabei wird auch der von den Kl. vortragene Gesichtspunkt erneut Bedeutung gewinnen, dem Bekl. sei ein Jahr vor dem den Gegenstand der Klage bildenden Vorfall bei einer gleichartigen Einspritzung in den Unterarm eines Patienten schon einmal ein ähnliches Mißgeschick passiert gewesen.

(U. v. 19. Juni 1936; III 298/35. — Köln.)

[v. B.]

Anmerkung: Die Entsch. ist von höchster Bedeutung für den Arzt, den Patienten und den Rechtswahrer. Und sie erfaßt darüber hinaus das große Problem des künftigen Verhältnisses des Einzelnen zur Volksgesamtheit. Soll künftig der Kranke noch frei bestimmen können, ob und welcher ärztlichen Behandlungsweise er sich unterwerfen will, oder soll er verpflichtet sein, die von dem Arzt für gut und sachgemäß befundenen Heilmaßnahmen an sich vollziehen zu lassen? Dieses ist die äußerste und prinzipielle Fragestellung! Sie läßt ohne weiteres die ganze ungeheure und unwälzende Bedeutung des Problems erkennen.

Sowohl das BGB. wie auch das RG. gehen davon aus, daß grundsätzlich jeder körperliche Eingriff des Arztes — genauer gesagt wohl jede Behandlungsweise — der Einwilligung des Betroffenen bedürfe. Diese Grundlage wird man wohl auch nicht nur nach dem geltenden, sondern auch für das werdende Recht als richtig anerkennen und beibehalten müssen. Letzteres geht ganz klar aus dem Bericht über die Arbeit der amtlichen Strafrechtskommission über das kommende Strafrecht hervor (2. Aufl. S. 392). Der Kommissionsentwurf schlägt zur Frage des Verhältnisses Körperverletzung—Heilbehandlung folgende Gesetzesfassung vor: „Eingriffe und Behandlungen, die der Übung eines gewissenhaften Arztes entsprechen, sind keine Körperverletzungen, können aber als eigenmächtige Heilbehandlungen bestraft werden.“ Hiernach soll also künftig die Heilbehandlung wider oder ohne den Willen des Patienten als Vergehen gegen die Freiheit aufgefaßt und betrachtet werden, was logisch und gesetzesystematisch auch richtig sein dürfte. Jedenfalls soll hiernach auch künftig grundsätzlich — mit später zu erörternden Ausnahmen — die erzwungene oder erschlichene Heilbehandlung verboten und strafbar sein. Es bedarf wohl keiner großen Beweisführung, daß diese Grundregel auch oder vielmehr gerade nach heutiger Lebens- und Rechtsauffassung richtig ist. Es müßte in der Tat zu ganz ungeheuerlichen Konsequenzen führen, wenn sich jeder Kranke, der überhaupt einmal einen Arzt gerufen hat, nun widerspruchslos jede Behandlung gefallen lassen müßte, die gerade dieser Arzt, wenn auch in Übereinstimmung mit der herrschenden ärztlichen Meinung, für richtig hielt. Auch der Arzt selbst wird normalerweise sich scheuen und es mit Recht ablehnen, eine Behandlung, selbst wenn sie ebenso notwendig wie sach- und sachgemäß wäre, gegen den ausdrücklich erklärten Willen eines willensfreien Patienten vorzunehmen. Er wird in diesem Falle den Kranken und seine Angehörigen ruhig und bestimmt auf die drohenden Folgen der Nichtbehandlung aufmerksam machen und bei fortgesetzter Weigerung evtl. die Behandlung mangels genügender Vertrauensgewährung niederlegen.

Während also künftig die eigenmächtige Heilbehandlung als Sonderdelikt strafbar sein soll, wird man sie nach geltendem Recht wohl noch als strafbare Körperverletzung oder auch als Nötigung i. S. der §§ 223, 240 StGB., mindestens aber in gem. § 2 StGB. analoger Anwendung dieser Vorschr. ansehen müssen. Letzteres wird von der Stellung abhängen, die man zu der Frage einnimmt, ob eine den Regeln ärztlicher Kunst entsprechende Heilbehandlung überhaupt den äußeren und inneren Tatbestand einer Mißhandlung oder Körperverletzung i. S. des StGB. erfüllt und erst durch den besonderen Rechtfertigungsgrund der Einwilligung des Verletzten ihres strafbaren Charakters entkleidet wird (s. hierzu E b e r m a h e r, „Arzt und Patient in der Rechtspredung“, S. 127 ff.; M e g e r, „Strafrecht“, 2. Aufl., S. 243 ff.; RGSt. 38, 34 und zuletzt 61, 393). Ich möchte diese typisch formallogische Gesetzesauslegung in jedem Falle ablehnen. Eine erlaubte und sachgemäße Heilbehandlung ist niemals

und in keiner Weise eine Körperverletzung i. S. des Strafgesetzes, sie stellt vielmehr ein Rechtsverhältnis dar, das mit dem strafrechtlichen Begriff der Körperverletzung nichts zu tun hat. Aus Gründen einer reinlichen Scheidung und besseren Systematik würde ich es sogar für empfehlenswert halten, die bisher in einem Kunstfehler des Arztes etwa zu erblickende fahrlässige Körperverletzung künftig unter einen besonderen strafgesetzlichen Tatbestand zu stellen.

Nach geltendem Recht allerdings wird man eine gegen den ausdrücklich erklärten, freien und ernstlichen Willen des Patienten erfolgten körperlichen Eingriff strafrechtlich als Körperverletzung oder Nötigung ansehen müssen, da dem Begriff der Heilbehandlung grundsätzlich die Einwilligung des Betroffenen wesentlich ist.

Verleßt der Arzt seine Berufspflicht, körperliche Eingriffe oder sonstige Heilmassnahmen nicht ohne oder gegen den Willen des Patienten vorzunehmen, so macht er sich einer strafbaren und unerlaubten Handlung schuldig und ist aus diesem Grunde zum Ersatz jedes etwa durch sein Vorgehen verursachten Schadens verpflichtet, auch dann, wenn die Behandlung den Regeln ärztlicher Kunst entsprach, und wenn bei erlaubter Vornahme der Arzt für die nicht normale und nicht voraussehbare Schädigung (unglücklicher Zufall, Mängelhaftigkeit des Heilpräparates, Idiosynkrasie des Patienten) nicht verantwortlich gewesen wäre. Denn die Ablehnung des Patienten beruht, insbes. bei operativen Eingriffen und Einspritzungen, ja meist gerade darauf, daß er sich gegen derartige unglückliche Zufälle, mögen sie auch selten und wenig wahrscheinlich sein, schützen will. Durch ein eigenmächtiges Vorgehen verletz der Arzt aber auch seine Pflichten aus dem zwischen ihm und dem Patienten bestehenden Vertragsverhältnis. Ich würde es für richtig und wünschenswert halten, wenn man diesen Vertrag künftig nicht mehr als Dienst- bzw. Werkvertrag ansehen, sondern als Sondervertrag eigenen Rechts behandeln würde. Auf jeden Fall aber bindet dieser Vertrag, wie das RG. mit Recht feststellt, den Arzt weitgehend an die Entschlüsse des Kranken. Im Regelfall ist der Arzt sogar verpflichtet, den Patienten über die Bedeutung und die evtl. Gefahren und Folgen eines Eingriffs zu belehren und sein Einverständnis abzuwarten. Er darf also im Regelfalle, insbes. bei wichtigen und gefährlichen Eingriffen, auch nicht ohne den Willen und nicht ohne vorherige Belehrung des Patienten vorgehen. Das bedeutet natürlich nicht, daß der Arzt durch die Hervorhebung und Unterstreichung auch geringer Gefahrmöglichkeiten den normalerweise behandlungsbereiten Patienten durch unnötige Steigerung der ohnehin natürlichen und nicht im Sinne einer ernsthaften Ablehnung der notwendigen Behandlung zu deutenden Angst- und Abwehrgefühle von einer zwar unangenehmen aber notwendigen und aussichtsreichen Behandlung abschrecken soll.

Diese grundsätzliche Regelung der Berechtigung zur Vornahme ärztlicher Eingriffe erleidet allerdings erhebliche und wichtige Ausnahmen, deren Maß und Umfang ebenso abhängig von der Entwicklung der ärztlichen Kunst wie von der fortschreitenden Zurückdrängung eigenständigen Individuallebens zugunsten erhöhter Rücksichtnahme auf das Wohl der Gemeinschaft sind. Ein eigenmächtiges Vorgehen des Arztes wird in erster Linie, wie auch die obige Entsch. hervorhebt, durch eine besondere dahingehende gesetzliche Ermächtigung gerechtfertigt, wie z. B. durch die Seuchengesetzgebung, die Behandlungspflicht und den Behandlungszwang gem. §§ 2, 4 GeschlKrG., der Eingriffen auf Grund des ErbkrNachwGes. und des § 42 k StGB. Weiterhin ist es bereits jetzt anerkanntes Recht, daß eine Behandlung dann ohne die vorher eingeholte Genehmigung des Kranken stattfinden darf, wenn diese Genehmigung infolge Bewußtlosigkeit oder Willensunfähigkeit des Kranken nicht eingeholt werden kann und wenn Gefahr im Verzuge ist. In diesem Falle ist allerdings bei Minderjährigen oder unter Vormundschaft Stehenden evtl. die Zustimmung des Gewalthabers oder des gesetzlichen Vertreters herbeizuführen, deren offenbar sachlich unbegründeter Widerspruch allerdings m. E. weniger stark hemmend wirken sollte als die eigene Entschliebung eines selbständig und frei Willensfähigen. Voraussetzung für ein eigenmächtiges Vorgehen des Arztes aber ist in allen diesen Fällen eine sonst

drohende unmittelbare Gefahr für Leib oder Leben des Kranken. Diese Formulierung der Kopr. gibt der Ermächtigung zum selbständigen ärztlichen Tun allerdings mit Recht sachlich weiten Spielraum, denn eine Gefahr für das leibliche Wohl des Kranken i. S. einer sonst drohenden Verschlechterung seines Zustandes oder der Heilfähigkeit desselben wird ja wohl fast bei jeder nicht gänzlich geringfügigen Erkrankung vorliegen.

Neuland betritt die Entsch. aber mit der grundsätzlichen Anerkennung einer weiteren Rechtfertigung für eine gegen den Willen des Kranken erfolgende ärztliche Behandlung durch die Generalklausel des überragenden öffentlichen Interesses auch außerhalb einer aus diesem Grunde bereits ausdrücklich gesetzlich statuierten Ermächtigung. Ein solches öffentliches Interesse will das RG. insbes. dann erkennen, wenn für den Arzt ein Widerstreit zwischen den Pflichten erwacht, die ihm vertraglich und, wie ich hinzufügen möchte, auch sittlich dem Kranken gegenüber obliegen, und jenen, die für ihn auf der Grundlage der Bestimmungen der Reichsärzteordnung aus seinem öffentlichen Aufgabengebiet erwachsen. Denn nach den Leitfäden der Reichsärzteordnung, die übrigens m. E. im Gegensatz zu der Ansicht des RG., unbedingt ein besonderes Berufsrecht des Arztes auch in der Privatrechtssphäre, wenn nicht schon begründen, so zumindest vorbereiten, ist der Arzt über den Dienst an der Gesundheit des einzelnen Menschen hinaus berufen, zum Wohle von Volk und Reich für die Erhaltung der Gesundheit, des Erb-gutes und der Rasse des gesamten deutschen Volkes zu wirken. Und diese Worte des Gesetzgebers sollen nicht nur eine schön klingende Gesetzespräambel sein, sondern auch tatsächlich die tägliche Praxis, auch im Kleinen und Kleinsten bestimmen und leiten, weil der Gedanke nur dann Großes schaffen kann, wenn er wirklich zum bestimmenden Faktor auch des täglichen Tuns und Lebens wird. Das RG. stellt in seiner Entsch. darauf ab, daß ein Widerstreit zwischen dem Interesse des Einzelnen an dem ihm zu gewährenden Schutz der Selbstbestimmung über seinen Körper und dem Interesse der Öffentlichkeit an der Erhaltung der Volksgesundheit vorliegen, und daß letzteres Interesse überragen müsse. Dieses aber müsse mindestens voraussetzen, daß die Unterlassung des ärztlichen Eingriffs eine Gefährdung der Volksgesundheit zur Folge habe oder wenigstens haben könne. Das RG. will es weiterhin vom Standpunkt des Volksganzen aus anerkennen, daß die Idealforderung berechtigt sei, Leben und Gesundheit jedes einzelnen Gliedes der Volksgemeinschaft nach Möglichkeit zu erhalten. Diese Idealforderung soll aber nach der Ansicht des RG. kein so „konkretes“ Interesse begründen, daß dieses ohne weiteres als Richtschnur für das Handeln des Arztes dienen könne.

Diesem Satz des RG. kann ich nicht beistimmen, er erscheint mir prinzipiell falsch. Prinzipiell falsch deshalb, weil die nationalsozialistische dynamische Rechtsanschauung grundsätzlich keinen Unterschied zwischen Ideal und Wirklichkeit kennt. Allzu lange haben wir Deutsche unter diesem, vom RG. insoweit mit Recht betonten, Widerstreit und Zwiespalt gelitten. Eine Forderung als ideal zu bezeichnen, bedeutet für uns heute kein wirklichkeitsfernes Schwärmen. Es bedeutet vielmehr, die beste Lösung für eine praktisch bedeutungsvolle Frage gefunden zu haben. Und wenn eine Forderung so als ideal, d. h. als richtig, nützlich und gut befunden und anerkannt ist, dann gibt es nur eine weitere Konsequenz, nämlich die Pflicht zu ihrer restlosen und rücksichtslosen Durchführung auch in der Wirklichkeit und in der täglichen Praxis.

Unter diesem Gesichtspunkt wird man der vom RG. anerkannten Idealforderung allerdings die Einschränkung hinzufügen müssen, daß nicht jedes Leben für die Allgemeinheit erhaltungsbedürftig ist. Eine derart weitgehende Forderung wäre sogar keineswegs als ideal anzusehen. Menschen, die ihre Lebensaufgabe, ihren Dienst für die Volksgemeinschaft erfüllt haben, oder solche, die zu dieser Erfüllung ohnehin untauglich sind, sind vom Standpunkt der Gesamtheit aus gesehen — selbstverständlich und berechtigterweise natürlich nicht von dem ihrer Familie — in diesem Sinne pflichtenfrei. Ihnen mag es daher überlassen bleiben, ob sie ihr Leben durch ärztliche Eingriffe verlängern lassen wollen oder nicht. Jeder Mensch aber, der der Gemeinschaft noch nützen kann, ist ihr gegenüber auch verpflichtet, sein Leben und seine Dienstfähigkeit zu erhalten. Das gilt von

dem Wehrpflichtigen, der gebärfähigen Frau, den Eltern als Versorger und Erzieher ihrer Kinder, bis zu dem schon alten Staatsmann, Gelehrten und Erfinder, der aber doch noch fähig und daher verpflichtet ist, dem Volke unersehbare Dienste zu leisten. Hier besteht das ideale und zugleich aber auch praktische Interesse der Allgemeinheit, das Leben und die Arbeitsfähigkeit derartiger Menschen zu erhalten, sei es auch durch zwangsweise Überwindung eines entgegenstehenden Willens. Die unmittelbare gesetzliche Grundlage hierzu ergibt sich aus den angezogenen Bestimmungen der Reichsärzteordnung. Man darf vor den praktischen Konsequenzen einer derartigen Berechtigung nicht so zurückschrecken, wie das RG. dieses offenbar tut. Und man wird mir auch keinen Mangel an Logik vorwerfen können, wenn ich die Grundregel, die ich am Anfang dieser Untersuchung als gültig anerkannt habe, jetzt wieder gänzlich aufzuheben scheine. Das Überwiegen der Ausnahme über die Regel wird in der Praxis längst nicht so schwerwiegend und bedeutungsvoll sein, wie es theoretisch den Anschein haben könnte. Denn der Behandlungszwang und das Behandlungsrecht des Arztes, die in den geschilderten Fällen anerkannt werden müssen, sind ja keineswegs uneingeschränkt und widersprechen daher auch nicht, wie das RG. meint, dem gesunden Volksempfinden. Sie widersprechen vielmehr nur dem individualistisch uneingeschränkten Recht der Verfügung über den eigenen Körper, das heute mehr als früher schon mit Recht abzulehnen ist. Man verlangt in dieser Beziehung heute doch schon ganz richtig von den im öffentlichen Dienst stehenden Personen, daß sie sich von ungefunder Lebensweise und bewußten Schädigungen ihrer Arbeitskraft durch Mißbrauch von Genußmitteln fernhalten. Die weitere Entwicklung wird auf diesem als richtig anerkannten Wege sicher konsequent fortschreiten. Niemand wird heute mehr komplizierter juristischer Konstruktionen bedürfen, um es zu rechtfertigen, einen Selbstmörder auch mit Gewalt gegen seinen Körper von seinem Selbstmordversuch zurückzuhalten. Dem muß es aber gleichgestellt werden, wenn ein Kranker ernstlich den sicheren Tod einem erfolgversprechenden ärztlichen Eingriff vorziehen will. So wird kein Arzt Bedenken haben, an einer Kreißenden auch gegen ihren Willen und mit Gewalt die Eingriffe vorzunehmen, welche zur Erhaltung ihres und des Kindes Leben notwendig sind. Dieses Beispiel leitet übrigens zu der Frage über, inwieweit man überhaupt in schweren und lebensbedrohenden Krankheitsfällen von der Ernstlichkeit eines der ärztlichen Behandlung entgegenstehenden Willens des Kranken sprechen kann. Auch wenn der Kranke im rechtlichen Sinne noch bei Bewußtsein und willensfähig ist, so wird seine Ablehnung der ärztlichen Behandlung überhaupt oder eines bestimmten ärztlichen Eingriffs meist derart von Schockwirkungen, Angstgefühlen und unsichlichen Empfindungen beeinflusst sein, daß von einer ernstlichen, d. h. der Konsequenzen voll bewußten Ablehnung meist keine Rede sein kann. Es kann ein Kranker, der z. B. sehr wohl noch als testierfähig angesehen werden kann, in diesem medizinischen Sinne nicht mehr ernstlich willensfähig sein. Die instinktive Abwehr schmerzhafter Eingriffe, das Liebersterbenwollen, das ja gerade eine Folge der krankhaften Schwächung des Lebenswillens ist, können eben medizinisch meist nicht ernst genommen werden, und wie recht man daran tut, zeigt dann fast immer die spätere Freude über die erzwungene Rettung.

Die vorstehenden Ausführungen können die Fülle des Problems nur andeuten. Mir scheint es ebenso sicher, daß der Weg, den wir mit der Anerkennung einer allgemeinen Behandlungspflicht des Kranken wie eines dieser entsprechenden Behandlungsrechts des Arztes in Fällen eines öffentlichen Interesses beschreiten, richtig ist, wie ich es andererseits nicht verkenne, daß hier noch jeder Schritt mit Vorsicht erprobt und getan werden muß.

Das hiernach ausnahmsweise aber grundsätzlich anzuwendende Behandlungsrecht des Arztes wird dieser allerdings nur nach schärfster Prüfung der notwendigen Voraussetzungen und unter Übernahme vollster persönlicher Verantwortlichkeit — die ihn andererseits aber wieder nicht abschrecken darf — in Anspruch nehmen und ausüben dürfen. Ich glaube überdies nicht, daß sich in der Praxis — von bestimmten Fällen jetzt schon gesetzlich erlaubten und gebotenen Zwanges abgesehen —

sehr häufig die zwangsweise Brechung eines Widerstandes als notwendig erweisen wird. Meist wird wohl schon das sichere und bestimmte Auftreten und das gütige Zureden des Arztes das Vertrauen wecken, das die beste und sicherste Grundlage des Verhältnisses zwischen dem Kranken und seinem Arzt bildet.

AGR. Dr. Kallfelz, Cottbus.

*

5. §§ 611 ff., 631 ff. BGB. Architektenvertrag. Es gibt keinen typischen Architektenvertrag. Nach dem Inhalt eines Architektenvertrages ist von Fall zu Fall festzustellen, ob die Regeln des Dienst- oder Werkvertrages anzuwenden sind. Die GebD. für Architekten vermag die lediglich nach gegenständlichen Rücksichten zu beurteilende Rechtsnatur eines Architektenvertrages nicht dadurch zu ändern, daß sie ihm eine von dieser abweichende Bezeichnung gibt.†)

Nach der feststehenden Rspr. des RG. gibt es keinen typischen Architektenvertrag, insbes. keinen solchen, der seiner Rechtsnatur nach allemal als Werkvertrag zu gelten hätte. Vielmehr ist bei dem sehr verschiedenen Inhalt solcher Verträge von Fall zu Fall nach gegenständlichen Gesichtspunkten zu entscheiden, ob die Regeln des Dienst- oder des Werkvertrages anzuwenden sind (RGZ. 86, 75).

Der Befl. war hier nicht als reiner Entwurfsarchitekt tätig. Er selbst hat zugeben müssen, im Laufe seiner Tätigkeit auch anderweitige Aufgaben übernommen, insbes. dem Bauherrn beim Abschluß der Handwerkerverträge Hilfe geleistet und die Bauarbeiten in gewissem Umfang überwacht und geleitet zu haben. In dieser Hinsicht hat das BG. festgestellt, daß der Befl. von diesem nicht nur mit dem Entwurf, sondern ausdrücklich auch mit der Aufsicht über die Ausführung des Baus beauftragt war und für eine gute Bauausführung sogar garantiert hatte. Im einzelnen hat das BG. diesen Aufgabekreis des Befl. nach den Bedingungen bestimmt, unter welchen die Vergabe der Erd-, Maurer- und Zimmerarbeiten an den hauptbeteiligten Unternehmer erfolgt ist. In dem vom Befl. selbst entworfenen Schreiben v. 9. Sept. 1920 heißt es darüber, daß Änderungen in der Ausführung nur mit Genehmigung des Befl. erfolgen dürften, daß zu Tagelohnarbeiten seine Zustimmung erforderlich sei, daß mangelhafte Arbeiten auf seine Anordnung durch tadellose zu ersetzen seien, und daß endlich die Bauleitung berechtigt sein sollte, vorhandene Mängel auf Kosten des Hauptunternehmers beseitigen zu lassen und im Falle seines Versagens die Arbeiten zu seinen Lasten anderweitig zu vergeben. Das BG. hat sich dem Einwand des Befl., das alles sei nur geschrieben worden, um den Hauptunternehmer unter Druck zu setzen und ihn vor großen Vertragsverletzungen abzuschrecken, nicht angeschlossen, sondern hat ersichtlich angenommen, daß der Befl. dem Bauherrn gegenüber verpflichtet war, eine Aufsicht über die Bauarbeiten nach den einzelnen oben genannten Richtungen hin auszuüben. Das BG. hat hinzugenommen, daß der Befl. dem Hauptunternehmer im Sept. und Okt. 1920 zahlreiche schriftliche Anweisungen über die Bauausführung erteilt und die Baustelle bis zur Fertigstellung des Außenbaus etwa zwölfmal besucht hat, um sich vom ordnungsmäßigen Fortgang der Arbeiten zu überzeugen. Das BG. hat hiernach die Auffassung gewonnen, daß sich die Tätigkeit des Befl. in der Hauptsache als Dienstleistung darstellt, und daß die Entwurfsarbeit nur die Bedeutung einer Vorbereitung der Hauptleistung gehabt hat. Es hat auch die Einseitigkeit des Vertragsverhältnisses hinsichtlich des Entwurfs- und des Ausführungsstadiums bejaht, weil schon von vornherein vereinbart war, den Befl. mit allem Weiteren zu betrauen, sofern es zur Ausführung des Entwurfs kommen würde. Der Ansicht des BG., daß das Vertragsverhältnis deshalb den Bestimmungen über den Dienstvertrag unterfällt, kann vom Rechtsstandpunkte aus nicht entgegengetreten werden. Die sachlichen Voraussetzungen, auf denen diese Ansicht fußt, sind durch das RG. nicht nachprüfbar. Die rechtliche Beurteilung enthält keinen Rechtsirrtum und entspricht völlig den vom RG. in ständiger Rspr. aufgestellten Grundsätzen (RGZ. 63, 315; 86, 75; RGRt. v. 29. Juni 1934, VII 319/33: JW. 1934, 2762² = SeuffArch. 89, 106).

Die Rev. macht geltend, der Bekl. habe dem Kl. ein Exemplar der GebD. der Architekten und Ingenieure übergeben mit dem Bemerkten, daß er hiernach arbeiten werde. Es dürfte sich um die vom Bekl. vorgelegte GebD. v. 1. Jan. 1920 handeln, die in ihrer Eingangsbestimmung darauf verweist, daß die Leistung des Architekten als ein durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführender Erfolg im Sinne des Werkvertrags anzusehen sei. Die Rev. ist anscheinend der Meinung, daß diese Bestimmung für den Rechtsinhalt des Vertrages maßgebend sei, solange der Kl. keine abweichende Vereinbarung nachweise. Dem kann nicht beigetreten werden. Die GebD., welche schon wegen der allgemeinen Bedeutung ihrer Taten der Nachprüfung des RG. untersteht, schränkt die Freiheit der Vertragsparteien, den Gegenstand der Leistung des Architekten beliebig zu vereinbaren, in keiner Weise ein. Sie vermag auch die lediglich nach gegenständlichen Rücksichten zu beurteilende Rechtsnatur eines Architektenvertrags nicht dadurch zu ändern, daß sie ihm eine von dieser abweichende Bezeichnung gibt (zu vgl. das bereits erwähnte RG. Ur.: JW. 1934, 2762²). Im gegenwärtigen Falle hat das BG. aus der Beschaffenheit der Leistung des Bekl. rechtlich einwandfrei das Vorliegen eines Dienstvertrags entnommen. Daran war das BG. auch dann nicht gehindert, wenn die GebD. in die getroffenen Vereinbarungen einbezogen sein sollte. Letzterenfalls könnte es sich lediglich fragen, ob trotz des vorliegenden Dienstvertrags nicht doch die für den Werkvertrag geltenden Sonderbestimmungen über die Verjährung (§ 638 BGB.) als vereinbart zu gelten hätten. Das kann indeß dahingestellt bleiben. Denn das BG. hat rechtlich zutreffend angenommen, daß der Bekl. für die von ihm vorgeführte Vereinbarung einer Ausnahmeregelung über die Verjährung beweispflichtig ist. Insofern hat es den Bekl. mit Recht für beweisfällig erachtet.

(U. v. 12. Mai 1936; III 252/35. — Naumburg.) [v. B.]

Anmerkung: Es ist richtig, daß die Tätigkeit eines Architekten ihrer Natur nach nicht notwendig entweder Dienstleistung oder Werkvertragsleistung sein muß, sondern daß es auf den konkreten Einzelfall ankommt, ob die Architektentätigkeit das eine oder das andere ist. Richtig ist auch, daß die Zugrundelegung der GebD. für den Vergütungsanspruch die Frage nach Dienst- oder Werkvertrag nicht entscheiden kann. Im übrigen aber erscheint die Entsch. nicht zutreffend. Wenn das Unterscheidungsmerkmal für Dienst- und Werkvertrag darin besteht, daß es für den Werkvertrag auf den beabsichtigten Erfolg der Leistung und für den Dienstvertrag in erster Linie auf die Dienstleistung selbst ankommt, so muß der mit dem Architekten anlässlich eines bestimmten Bauvorhabens geschlossene Vertrag als ein Werkvertrag angesehen werden, und zwar nicht nur, wenn der Architekt lediglich den Bauentwurf herstellt, sondern auch, wenn ihm außerdem die Aufgabe zufällt, durch seine weitere Tätigkeit dem beabsichtigten Bauwerk die durch den Entwurf bestimmte Gestalt in der festgesetzten Ausführung und Güte zu verschaffen. Wird der Architekt, wie in dem der Entsch. zugrunde liegenden Falle, für ein bestimmtes Bauvorhaben hinzugezogen, so geschieht es, weil der Architekt den beabsichtigten Enderfolg schaffen soll. Er leistet zu diesem Erfolge gewissermaßen die Kopfarbeit, die der Bauunternehmer und Handwerker durch seine technische Leistung vollbringt. Beide arbeiten gemeinschaftlich an dem Erfolge. Es ist auch verfehlt, der Entwurfsarbeit des Architekten „nur die Bedeutung eines Vorbereitens der Hauptleistung“ beizumessen. Der Bauentwurf ist die erste und unerläßliche Hauptsache. Ohne ihn ist die Bauausführung überhaupt nicht möglich, und die sich an ihn anschließende Architektentätigkeit, wie Vergabung der Bauarbeiten an die Handwerker, Bauleitung und Beaufsichtigung der Bauausführung, ist nichts anderes als die Verwirklichung des Entwurfs, d. h. die Herbeiführung des beabsichtigten Enderfolges. Wenn die GebD. die Architektentätigkeit als Werkvertragsleistung bezeichnet, so trifft sie damit für die Regel schon das Richtige, ohne daß dies stets für die Beurteilung des Vertragsverhältnisses ausschlaggebend sein müßte. Wenn z. B. eine Siedlungsgesellschaft sich mit der Aufschließung eines Wohngebietes befaßt und einen Architekten

damit betraut, nach dem jeweiligen Bedarf dabei die erforderlichen Architektenarbeiten zu leisten, ohne daß diese bereits konkreter bezeichnet werden könnten, wenn also der Architekt nicht zur Herbeiführung eines bestimmten Einzelerfolges, sondern zur Beratung und Hilfeleistung nach Maßgabe des auftauchenden Bedürfnisses in Anspruch genommen wird, wird eine Dienstvertragsleistung anzunehmen sein, besonders wenn die Inanspruchnahme des Architekten von vornherein entweder auf bestimmte Zeit begrenzt ist oder auf unbestimmte Zeit berechnet ist ohne Rücksicht auf den Umfang der Durchführung des Siedlungsvorhabens.

Die vorliegende Entsch. hätte gerade aus den von ihr festgestellten Tatsachen das Vorliegen eines Werkvertrages annehmen müssen. Wenn dies nicht geschehen ist, so lag dies ebenso wie in anderen ähnlichen Entscheidungen daran, daß die Annahme eines Werkvertrages in ihrer weiteren Auswirkung zu einem unbefriedigenden Ergebnis geführt hätte. Vorliegend wäre bei der Annahme eines Werkvertrages die 5jährige Verjährungsfrist des § 638 BGB. anzuwenden gewesen, ohne daß dieses Ergebnis befriedigt hätte. Hierin lag in Wirklichkeit die Schwierigkeit des Falles, in welchem erbaute Getreidelos angeblich durch einen schweren Konstruktionsfehler des beklagten Architekten 10 Jahre nach erfolgter Abnahme einfüzten. Das hier auftauchende Problem gilt für das Gebiet des Bau- sowie des Architektenvertrages allgemein. Die in § 638 BGB. statuierte 5jährige Verjährungsfrist beginnt mit der Abnahme. Tritt nach Ablauf der Verjährungsfrist ein Mangel auf, der zur Zerstörung des Bauwerks führt, so widerspricht es unserem Rechtsempfinden, daß der Schuldige sich seiner Verantwortung durch den Einwand der Verjährung soll entziehen können. Das in der vorliegenden Entsch. ergriffene Hilfsmittel zur Erreichung der 30jährigen Verjährungsfrist, nämlich die Annahme eines Dienstvertrages an Stelle des offensichtlichen Werkvertrages, ist ebensovienig befriedigend. Denkbar und besser erscheint es, eine mit dem Bau- oder Architektenvertrage auf Grund von Treu und Glauben als zustande gekommen anzusehende Vereinbarung anzunehmen, nach welcher die Verjährung wegen derartiger heimlicher und schuldhafter Mängel, die den Bestand des gesamten Bauwerks gefährden, erst mit der Erlangung der Kenntnis von dem Mangel und nicht mit der Abnahme der Leistung beginnt. Eine ähnliche Hinausschiebung des Verjährungsbeginns soll nach Note 4 zu § 638 BGB. RGRKomm. auch im Falle einer Garantiefristvereinbarung als vereinbart angesehen werden.

RA. Dr. Eplinius, Berlin.

*

6. §§ 638, 242 BGB.

1. Es würde eine unmögliche Zumutung für eine Bankleitung sein, aus den ungezählten Wechsellagen, die bei einer Großbank in einer bestimmten Abteilung (Wechselabteilung) eingehen, oder aus der Masse von Zahlungen, die bei ihrer Kasse geleistet werden, sich ein Bild über die zugrunde liegenden Rechtsgeschäfte und ihnen anhaftende Bedenken hinsichtlich ihrer Ordnungsmäßigkeit oder Zweckmäßigkeit zu machen. Die Bank übt wohl regelmäßig in ihrem Interesse eine Prüfung in der Richtung aus, ob ihre Kunden, insbes. ihre Wechsellunden, nicht die ihnen gesetzte Kreditgrenze überschreiten, aber in fremdem Interesse braucht sie nicht zu prüfen und kann sie im geschäftlichen Verkehr, ohne ihren Kunden lästig zu fallen und sie dadurch abzusprechen, nicht prüfen, warum ein Wechsel ihr zum Diskont angeboten oder warum eine Zahlung auf ein Konto geleistet wird.

2. Mit den Nebenpflichten der Verwahrung, die sich aus den §§ 638 ff. BGB. ergeben, wäre es nach Treu und Glauben im Verkehr, § 242 BGB., unvereinbar, wenn der Verwahrer in Fällen, in denen er einen Gefahr oder

Verlust androhenden Zustand hinsichtlich des inneren Wertes des Wertpapiers selbst mit herbeigeführt hat und ihn kennt oder vielmehr auch zufolge grober Fahrlässigkeit leichtfertig nicht kennt, dem ersichtlich auf Vollwertigkeit vertrauenden Hinterleger gegenüber schweigen und ihn so in Verlust geraten lassen dürfte. Niemand möchte wohl auch annehmen, daß eine Bank vertragsmäßig handle, wenn sie, ohne zu reden, ein „Wertpapier“ in Verwahrung nimmt und verwahrt und sich Verwahrungsgebühren dafür bezahlen läßt, wiewohl sie die völlige Wertlosigkeit der Papiere kennt. Dabei muß die Bank, wenn sie auch zu verschiedenen Zeiten und durch verschiedene „Abteilungen“ handelt, als Einheit betrachtet und gewertet werden (siehe hierzu R G B. 111, 345).

(U. v. 28. Juli 1936; II 48/36. — Berlin.) [R.]

*

7. § 155 HGB. Der Geschäftswert bei Auseinandersetzung einer OHG. †)

Die Rev. rügt die Verletzung sachlichen Rechts. Ausgeführt wird nur das eine: Unter allen Umständen sei der „Geschäftswert“ der OHG. rechtsirrig behandelt. Es werde festgestellt, daß das Geschäft durchschnittlich im Jahr 17 000 *R.M.* Gewinn abgeworfen habe. Das Gericht habe sich mit dem Sachverständigen in Rechenkunststücke versangen und das Rächstliegende übersehen. Es sei ganz verfehlt, vom Gewinn die Bezüge der beiden Gesellschafter mit 12 000 *R.M.* abzuziehen. Der Wert des Geschäfts bleibe gleich, ob nun seine Nutznießer sich 3000 oder 6000 *R.M.* für den Kopf abzögen. Das Gericht und der Sachverständige hätten sich die Frage vorlegen müssen, welchen Wert ein Geschäft darstelle, das einen durchschnittlichen Jahresgewinn von 17 000 *R.M.* abwerfe, und dann hätte man auf einen ganz anderen Wert kommen müssen. Das Geschäft gehöre offensichtlich zu den Goldgruben, bei denen der geringe Wert der Betriebsmittel in einem auffallenden Mißverhältnis zu dem großen Ertrag stehe.

Dazu ist zunächst zu bemerken, daß der Abzug der vertragsmäßigen Vergütungen der beiden Gesellschafter vom Jahresgewinn bei der Berechnung des „Geschäftswertes“ vor den Instanzgerichten überhaupt nie einen Streitpunkt gebildet hat. Die beiden Kl. haben vielmehr von Anfang an selbst diese Vergütungen von dem von ihnen für die Jahre 1924 bis 1928 zusammen auf 82 602,28 *R.M.* berechneten Gewinn abgesetzt und dadurch 28 102,28 *R.M.* Restgewinn gewonnen, aus dem sie den Durchschnitt mit 5620,45 *R.M.* errechnet haben. Hierbei war auch das Jahr 1928 mitberücksichtigt; daß dies in der Rechnung des Gerichts nicht geschehen ist, gereicht den Kl. nicht zum Nachteil, denn sie führen selbst den Gewinn dieses Jahres mit nur 10 782,86 *R.M.*, also erheblich niedriger als die bilanzmäßigen Gewinne der früheren Jahre mit 15—22 000 *R.M.* auf. Dieser Abzug der Vergütung der Tätigkeit der beiden Gesellschafter geht zurück auf das von ihnen vorgelegte Privatgutachten N., dem sie ihre Rechnung entnommen haben; er ist sofort auch von der Handelskammer in ihrem Gutachten für richtig erachtet worden mit dem Hinzufügen, daß auch die Zinsen des Geschäftskapitals noch abgezogen werden müßten. Auch die Sachverständigen S. und B. verfahren demgemäß. Der Abzug der Vergütungen für die Tätigkeit der Gesellschafter, wenn sie sich in der Arbeitsleistung angemessenen Grenzen hält, ist auch sachlich durchaus gerechtfertigt. Denn das Geschäft und das darin steckende Kapital werfen Gewinn nur ab, wenn das Geschäft, durch wen auch immer, betrieben wird. Der Wert, der dafür als sog. ideeller Wert neben den Realwerten gezahlt werden kann, setzt die Beschaffung der erforderlichen Arbeitskräfte voraus, deren Entlohnung im übrigen unter den Geschäftsunkosten in der Gewinn- und Verlustrechnung erscheint. Die Richtigkeit des Abzugs zeigt sich sofort, wenn man sich den Fall so vorstellt, daß beide Gesellschafter gestorben wären und die Gesellschaft von den beiderseitigen Erben mit fremden Kräften fortgesetzt

worden wäre. Die Höhe der abgezogenen Vergütungen begegnet keinem rechtlichen Anstand. Die Kl. haben sie vor den Instanzgerichten nicht bemängelt. Dieselbe Berechnungsweise des „inneren Geschäftswertes“ ist auch in dem durch Urteil dieses Senats v. 5. Juni 1934, II 67/34 höchststrichterlich durch Zurückweisung der Rev. entschiedenen Falle vom Sachverständigen und ihm folgend vom BG. angewendet worden, der gleichfalls die Absichtung der Erben eines im Anfang des Jahres 1928 verstorbenen Gesellschafters, und zwar auf 31. Dez. 1928, betraf. Auch hier ist — bei erheblich größeren Verhältnissen des Unternehmens — der durchschnittliche Reingewinn des Unternehmens in den Jahren 1924 bis 1928 festgestellt, hiervon eine Vergütung des im Betrieb arbeitenden Eigenkapitals (von 10 %) und ein Betrag für die persönliche Tätigkeit der drei Geschäftsinhaber (für jeden 20 000 *R.M.* jährlich) als „Unternehmerlohn“ abgezogen und der sich dann ergebende Rest zum Betrag des inneren Geschäftswertes kapitalisiert, jedoch nicht, wie hier verzehnfacht, sondern nur verdoppelt worden (110 000 *R.M.* restlicher Durchschnittsreingewinn, zu verteilender Geschäftswert 220 000 *R.M.*). Hierbei war Rücksicht genommen auf die im Dez. 1928 bereits erkennbare wesentliche Verschlechterung der Wirtschaftslage und das erhebliche Risiko, das der Geschäftsübernehmer mit der Bezahlung des inneren „Geschäftswertes“ gegenüber solchen Verschlechterungen der allgemeinen Wirtschaftslage zu tragen hat. Dieses Risiko bestand und verdiente Berücksichtigung auch im vorl. Fall. Der bei der Berechnung des Durchschnittsjahresertrags beiseite gelassene Ertrag des letzten Jahres 1928 war auf 10 782,86 *R.M.* zurückgegangen, und aus den weiter vorgelegten Bilanzen ergibt sich, daß der Reingewinn weiter für das erste Halbjahr 1929 auf 3073,73 *R.M.*, für das ganze Jahr 1929 auf 10 462 *R.M.*, für 1930 aber auf 1616,31 *R.M.* gesunken ist. Angesichts solcher Wandlungen der Verhältnisse und Gefahren für den Übernehmer kann die von der Rev. in ihren mündlichen Ausführungen besonders betonte Erscheinung, daß der vom Vorderrichter festgestellte Geschäftswert von 11 786 *R.M.* nicht einmal den festgestellten Durchschnittsreinertrag eines Jahres erreiche, nicht als zwingend dafür angesehen werden, daß das Ergebnis des Vorderrichters nicht zu Recht bestehen könne. Bindende Rechtsregeln für die Bestimmung des inneren Geschäftswertes, die verletzt wären, gibt es nicht.

Auch im übrigen ist ein den Kl. zum Nachteil gereichender Rechtsirrtum des Vorderrichters nicht ersichtlich. Die Beteiligung der Kl. an den Mehrwerten der Abschichtungs Bilanz nach ihrer Gewinnquote ist richtig, auch hinsichtlich des „Geschäftswertes“. Dieses Anteilsrecht ist Ausfluß ihres Kapitalanteils, auf den vertraglich 40 % des Gewinns entfallen sollen, nicht ein besonderer Anspruch neben dem Kapitalanteil, der im Verhältnis dieses Anteils zum Gesamtvermögen der Gesellschaft zum Kapitalanteil hinzutritt. Es gelten §§ 138, 142, 105 Abs. 2 HGB., §§ 738, 734 BGB. (ZB. 1926, 2894 [2896] = R G B. 114, 131 [135]).

(U. v. 12. Juni 1936; II 7/36. — Braunschweig.) [R.]

Anmerkung: Die Entsch. erweckt Bedenken.

1. Wie die Auseinandersetzung einer OHG. zu erfolgen hat, hängt in erster Linie von der Vereinbarung der Beteiligten ab, da die gesetzliche Regelung hier — wie auch sonst — für die Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses der Gesellschafter untereinander nachgiebiger Natur ist. Da der Anteil des Ausschließenden am Gesellschaftsvermögen den übrigen Gesellschaftern kraft Gesamtrechtsnachfolge, Folge der Gesamthand, anwächst, hat er (bzw. seine Erben) einen gesellschaftsrechtlichen Anspruch auf sein Abfindungsguthaben nach dem Tode seines Ausschließenden. Die Berechnung des Abfindungsguthabens bietet stets Schwierigkeiten, da mit vielfach schwer schätzbaren und unsicheren Faktoren zu rechnen ist. Zwei Wege ergeben sich praktisch als Grenzwege für eine Abfindungsregelung, zwischen denen häufig Übergänge vorkommen. Jede Auseinandersetzungsregelung, wie sie auch immer aussehen mag, beeinflusst — was praktisch nicht übersehen werden darf — bereits die Finanz- und Gewinnpolitik der bestehenden Gesellschaft.

Der eine Weg ist nun der, das Abfindungsguthaben auf den künftigen Kapitalanteil so, wie er sich unter Zugrundelegung der letzten, bei Bestehen der Gesellschaft er-

richteten Bilanz ergibt, zu beschränken. Dann ist die betreffende Jahresbilanz für den Betrag des gesamten Gesellschaftsvermögens maßgebend, der in ihr angeführte Stand des Kapitalkontos des Abzufindenden gibt den Betrag seines Abfindungsguthabens an. Deshalb stellt bei einer solchen Vereinbarung der Kapitalanteil dasjenige dar, was der ausscheidende Gesellschafter aus der Auseinandersetzung als seinen Anteil an der Vermögenssubstanz zu fordern hat (vgl. RGZ. 117, 238 = JW. 1928, 2610), während der Kapitalanteil sonst nicht den Betrag, sondern den Maßstab für die Beteiligung des einzelnen Gesellschafters am Gesellschaftskapital angibt.

Dieser Weg der Beschränkung auf den buchmäßigen Kapitalanteil hat den Vorteil der Einfachheit für sich, führt aber darum u. U. zu großen Härten für den einen oder anderen Teil, bei gutgehenden Unternehmungen gerade für den Ausscheidenden. Denn hier hat dieser keinen Anspruch darauf, daß die in einer Jahresbilanz gerade nicht zum Ausdruck gelangenden Posten, stille Reserven und Geschäftswert, bei der Errechnung seines Guthabens berücksichtigt werden. Vielmehr verbleiben diese dem oder den fortführenden Gesellschaftern (vgl. RGZ.: JW. 1930, 3743). Da gerade diese Art der Abfindungsregelung für den Fall des Todes eines der Gesellschafter häufig vorgesehen wird, sei nebenbei auf die fortschreitende steuerrechtliche Beurteilung einer solchen Vereinbarung für den Todesfall, wie sie den Ausführungen RFG.: JW. 1935, 3245 = RFG. 38, 81 gegenüber RFG.: JW. 1930, 1448 = RFG. 24, 142 zu entnehmen ist, aufmerksam gemacht.

Der andere Grenzweg ist der, daß der Ausscheidende nach Maßgabe des vollen und wahren Wertes des Unternehmens abgefunden werden soll. Dann muß eine Bewertung des Unternehmens im ganzen stattfinden. Auf Grund ihrer bestimmt sich der Anteil des Ausscheidenden, und zwar nach Maßgabe der Kapitalkonten. Der Kapitalanteil hat also hier Quotientenfunktion. Diese Art der Abfindung entspricht dem Wesen der OHG. als persönlicher Unternehmerverbindung. Denn der wirkliche Wert eines Unternehmens geht in der Regel ebenso auf Tätigkeit und Erfolg des Ausscheidenden wie des oder der Verbleibenden zurück. Hat diese Abfindungsart die größere innere Gerechtigkeit für sich, so ist sie die kompliziertere. Denn sie verlangt die zutreffende Erfassung der stillen Reserven, wie insbes. auch des Geschäftswertes. Dabei richtet sich der Wert eines Unternehmens nach der zukünftigen Rentabilität, die zukünftige Rentabilität wiederum läßt sich ohne gute Kenntnis der vergangenen nicht messen (vgl. Schmalenbach, Finanzierungen, Bd. 1, 5. Aufl., S. 92).

2. Der letztgenannte Weg liegt auch der gesetzlichen Regelung der Auseinandersetzung zugrunde. Auch bei ihr hat der Kapitalanteil die Funktion des Maßstabes für die Beteiligung am Gesellschaftskapital. Er ist auch Verteilungsmaßstab im Liquidationsfall (vgl. § 155 HGB., RG.: JW. 1928, 2610). Für den Übernahme fall will jedoch das RG. die Rechte des ausscheidenden Gesellschafters anders bestimmen. Hier soll nicht der Kapitalanteil den Verteilungsschlüssel abgeben, sondern es soll, wie aus dem Schluß der obigen Entsch. i. Verb. m. RGZ. 114, 131 = JW. 1926, 2894 hervorgeht, § 734 BGB. zur Anwendung gelangen. Das bedeutet also, daß nicht das Verhältnis der Kapitalanteile, sondern das Verhältnis der Anteile am Gewinn für die Verteilung, die damit als Überschussverteilung behandelt wird, maßgebend sein soll. Wenn auch das RG. diesen Verteilungsschlüssel in der obigen Entsch. als Ausfluß des Kapitalanteiles bezeichnet, so sind doch beide Schlüssel ihrer gesetzlichen Verwendung nach als Gegensätze zu betrachten und können sich ganz verschieden auswirken. Es erscheint rechtsirrig, im Übernahme fall den Gewinnanteil als Verteilungsschlüssel gem. § 734 BGB. auf eine OHG. anzuwenden. Denn § 734 BGB. zielt seiner Stellung nach (vgl. §§ 730 ff. BGB.) gleichfalls auf die Liquidation, und wird deshalb handelsrechtlich gerade durch § 155 HGB., der den Kapitalanteil als Verteilungsmaßstab hat, ersetzt. Der vom RG. bei seiner Konstruktionsbrücke mit verwandte § 738 BGB. beweist nur, daß der Verteilungsmaßstab im Liquidationsfall wie im Übernahme fall derselbe sein soll. Auch die Lehrbücher des Handelsrechts (vgl. z. B. Wieland, Handelsrecht I, 721) tragen kein Bedenken, daß auch im Über-

nahmefall sich die Auseinandersetzung nach Maßgabe des Kapitalanteiles vollzieht (was auch Fischer im Schlußabsatz seiner Besprechung zu RG.: JW. 1926, 2894 auf S. 2897 nicht verneint).

Offensichtlich hat für die Stellungnahme des RG. die Vorstellung eine Rolle gespielt, daß stille Reserven durch nicht verteilten Gewinn entstehen, und daß der Geschäftswert auch mit dem erzielbaren Gewinn in Beziehung steht. Entscheidend ist aber, daß beide Posten Vermögensposten sind, darum auch in der Absichtungsbilanz als Vermögensbilanz erscheinen und durch diese ergriffen werden sollen. Gerade wenn der Anspruch auf das Absichtungsguthaben ein einheitlicher ist, kann zur Ergreifung dieser Posten nicht der Maßstab gewechselt werden und statt des Vermögensverteilungsmaßstabes der Maßstab für die Verteilung des jährlichen Gewinnes verwandt werden. Denn der Gewinnsschlüssel ist bei der OHG. nur Schlüssel zur Verteilung des Jahresgewinnes, also für den Gewinn der abgegrenzten Rechnungsperiode. Die jährliche Gewinnrechnung bedeutet darum eine Zäsur, durch die der nichtverteilte Gewinn zum Vermögen wird.

Daß das BGB. für seine Gesellschaftsform den Gewinnverteilungsschlüssel bei der Auseinandersetzung verwendet, beruht darauf, daß es nur diesen einen Maßstab hat. Dies beruht seinerseits wiederum darauf, daß seine Bestimmungen auf die sog. Gelegenheitsgesellschaft abzielen, sei es auch auf diese als Prototyp wirtschaftlicher Vereinigungen, bei denen gerade nicht die ganze Unternehmung vergemeinschaftet ist, sondern nur bestimmte Interessen oder bestimmte Teile (vgl. Staudinger, Vorbem. I vor § 705 BGB.). Hierauf beruht es sodann, daß das BGB. grundsätzlich (vgl. §§ 721 Abs. 1, 734) nur von einer einmaligen Gewinnverteilung ausgeht, die wegen ihrer Einmaligkeit nur bei der Auseinandersetzung erfolgen kann. Da aber die OHG. Dauergesellschaft ist, während dies das BGB. hinsichtlich seiner Gesellschaft nur als Ausnahme ansieht, unterscheidet das BGB. zwei verschiedene Verteilungsschlüssel, einen für den Gewinn der jährlichen Geschäftsperioden, einen anderen für das Vermögen, weil die OHG. als Dauergesellschaft einerseits jährliche Rechnungsabschlüsse und darum auch jährliche Gewinnverteilungen, wie andererseits dauerndes Gesellschaftsvermögen hat.

Es wäre daher vorliegendenfalls auch der Anteil am Geschäftswert nicht nach dem Gewinnanteil sondern nach dem Kapitalanteil als Maßstab zu bestimmen gewesen.

3. Mit Geschäfts- oder Firmenwert ist der Wert des Unternehmens als solchen gemeint, der über den Wert der einzelnen Aktiven hinausgeht. Besteht man unter Unternehmen die durch gewerbliche Tätigkeit geschaffene Organisation des Betriebes und gesicherte Absatzgelegenheit, so ist klar, daß es sich um einen selbständigen Posten der Absichtungsbilanz handelt (RGZ. 94, 106; 106, 132). Baumbach, HGB., § 138 Anm. 3 c hebt treffend hervor, daß gerade diese scheinbar ideellen Werte praktisch oft den größten Vermögenswert darstellen. Sie sind es, die ein Unternehmen zu einer sog. Goldgrube machen.

Der Geschäftswert ist durch Schätzung zu ermitteln, die heikel ist, weil mancherlei Umstände zu berücksichtigen sind, die den zukünftigen Ertrag, die Grundlage des Geschäftswertes beeinflussen. Für die Errechnung des Geschäftswertes gibt es verschiedene Methoden (vgl. Schmalenbach a. a. D. S. 33—68; Schubert: JW. 1928, 595 ff., beide mit weiteren Nachweisen). Da aber alle diese Methoden nicht ohne Annahmen auskommen können, und da sie damit in mehr oder minder großem Umfang Fehlerquellen in Kauf nehmen müssen, ist es nicht verwunderlich, daß die mit ihrer Hilfe gewonnenen Resultate stark voneinander abweichen können. Häufig wird so gerechnet, daß Reproduktionswert und Ertragswert jeder für sich ermittelt, dann einander gegenübergestellt werden und aus beiden ein Zwischenwert gebildet wird. Da für den Geschäftswert, wenn und soweit seine Errechnung über den Gewinn erfolgt, der zukünftige Reinertrag maßgebend ist, muß aus dem Gewinn der Zinsanteil des Unternehmungskapitals wie ein sog. Unternehmerlohn für die Arbeitsleistung der tätigen Gesellschafter ausgeschlossen werden.

Im vorl. Falle ist der Geschäftswert nur auf einem Weg berechnet, und zwar schematisch über den Durchschnittsgewinn,

vervielfältigt mit einem Kapitalisierungsfaktor, der aber an sich keine feste Ziffer darstellt, vielmehr in sich selbst stark komplex ist. Ebenso wirkt die Gleichsetzung von Unternehmerlohn mit der zwischen den Gesellschaftern vereinbarten Vergütung etwas schematisch. Der Unternehmerlohn, der zwecks Errechnung des reinen Erfolges als Rechenposten angelegt wird, kann sich mit solch einer vereinbarten Vergütung decken, muß es aber nicht. Denn er leitet sich aus den Größen- und Branchenverhältnissen vergleichbarer Betriebe her. Nicht aber ergibt er sich aus der Vergütungsvereinbarung als solcher. Denn die DStG. ist Personalgesellschaft. Die Gesellschafter sind — darum sind sie als solche auch Kaufleute im Rechtsinne — freie Unternehmer. Darin unterscheiden sie sich selbst von den Leitern einer Kapitalgesellschaft. Darum finden sie den Lohn für ihre Tätigkeit wie für ihr Risiko in ihrem Anteil am Geschäftsgewinn. Dieser Gedanke wird nicht nur von der gesetzlichen — wenn auch dispositiven — Regelung klar durchgeführt (vgl. §§ 121, 122, 110 HGB.), sondern entspricht auch den kaufmännischen Anschauungen. Darum haben auch Vereinbarungen der Gesellschafter untereinander über Vergütungen nicht den Sinn, wirkliche Gehälter oder einen Dienstvertrag als deren Grundlage zu schaffen, sondern bleiben immanent Teilstück der Vereinbarung über Gewinnverteilung und Verlusttragung, mag nun bezweckt sein, auf diese Weise den Gewinnanteil eines oder einzelner Gesellschafter zu erhöhen oder zu begrenzen oder zu garantieren oder auch nur die für den Lebensunterhalt als erforderlich angesehenen Entnahmen zu regeln. Deshalb stehen die etwa vereinbarten festen Vergütungen nicht auf gleicher Stufe mit Geschäftsunkosten, mögen sie auch im Einzelfalle über diese verbucht werden. Folge von alledem ist es schließlich, daß vereinbarte Vergütungen der Gesellschafter einkommensteuerrechtlich nicht lohnsteuerpflichtiges Gehalt darstellen, sondern zu den Einkünften aus Gewerbebetrieb gehören (vgl. § 15 Ziff. 2 EinkStG. 1934).

4. Auch wenn für die Schätzung bzw. Errechnung des Geschäftswertes keine bindenden gesetzlichen Vorschr. bestehen, worauf das RG. mit Recht hinweist, muß gefordert werden, daß er möglichst sachentsprechend errechnet wird. Denn der zu ermittelnde Geschäftswert ist Teil der für die Abfindung aufgestellten Vermögensbilanz und beeinflusst dadurch die Höhe des Abfindungsanspruches. Darum verlangt doch auch das RG. (vgl. RGZ. 94, 106; 106, 132) Einstellung der gesamten Vermögensgegenstände zu ihrem wahren Werte. Da in dem Geschäftswert alle die wertbestimmenden Faktoren erfasst werden sollen, die das Vermögen der DStG. darstellen und gegenständlich nicht in anderen Posten der Abfindungsbilanz erfasst werden, ist die Frage, was zu ihm gehört, Frage der Zugehörigkeit zum Gesellschaftsvermögen und damit Rechtsfrage. Der Ermessensspielraum, der bei Aufstellung einer Bilanz besteht, bezieht sich also nicht auf die Zugehörigkeitsfrage, sondern allein auf die Bewertungsfrage, und auf diese nur deshalb, weil eine Bewertung kein glattes Rechenexempel ist, sondern das Ergebnis eines angemessen sein sollen, aus der Vergangenheit in die Zukunft schauenden Werturteiles. Umgekehrt kann deshalb von ihm auch nicht mehr als ein annähernd zutreffendes Ergebnis erwartet werden.

RA. Dr. P. Bach, Freiburg (Br.).

*

8. I. §§ 132 ff., 159 RFGG.; §§ 59, 67, 71, 74, 76 BGB. Aufgabe des Registerrichters ist es, das Vereinsregister in bezug auf die anmeldungsbedürftigen Tatsachen mit den durch die Organe des Vereins beschlossenen Veränderungen seiner Verfassung und seiner Rechtsverhältnisse in Übereinstimmung zu halten. Er hat daher, wenn er von einem Verstoß gegen die Anmeldepflicht Kenntnis erhält, auf die Anmeldung hinzuwirken und verleiht diese Pflicht, wenn er sich untätig verhält.

II. § 839 BGB. Jeder Staatsbürger und ebenso jeder rechtsfähige Verein hat einen öffentlich-rechtlichen Anspruch darauf, daß der Registerbeamte seine rechtlichen Interessen nicht durch ungesetzliche oder sonst pflichtwidrige

Eintragungshandlungen verleihe. Eine solche Amtspflichtverletzung liegt aber dem Verein gegenüber nicht schon dann vor, wenn der Registerrichter es verabsäumt, den Vorstand eines Vereins zu der diesem gesetzlich obliegenden Anmeldung einer eintragungsbefürftigen Tatsache anzuhalten, obwohl er von dieser glaubhafte Kenntnis erhalten hat.

Der i. J. 1926 gegründete Kr.-Verband e. V. Sitz Wiesbaden (im folgenden kurz Verein genannt) hatte durch einen Vertrag die Führung seiner Geschäfte der Kr.-GmbH. in W. übertragen. Diese hatte sich dabei verpflichtet, alle zur Erfüllung der Verbandszwecke des Vereins erforderlichen Aufwendungen zu übernehmen, wogegen der Verein sich verpflichtet hatte, seine gesamten Einnahmen einschließlich der Mitgliederbeiträge an die Kr.-GmbH. abzuführen. Da der Aufbau des Vereins größere Mittel erforderte, reichten die ursprünglich in der Satzung nur vorgesehenen Mitgliederbeiträge nicht aus, um die Aufwendungen der Kr.-GmbH. zu decken. Es war daher bereits in einer Mitgliederversammlung des Vereins v. 21. Mai 1929 die Erhebung einer vierteljährlichen Umlage von den Mitgliedern des Vereins in Höhe von je 10% ihrer Jahresbeiträge zur Amortisierung der von der Kr.-GmbH. für den Verein gemachten Vorlagen und in einer späteren Versammlung vom 9. Mai 1930 ein dementsprechender Zusatz in der Vereinsatzung beschlossen worden, ohne daß die Beschlüsse zur Eintragung angemeldet wurden. In einer Mitgliederversammlung vom 6. Febr. 1931 wurde neben der Neugestaltung des Vorstandes die Neufassung der Satzung und ferner beschlossen, unter Berücksichtigung der inzwischen auf 181 098,05 RM angewachsenen Auslagenforderung der Kr.-GmbH. für Aufbautkosten die Umlage für jedes alte Mitglied des Vereins anteilmäßig auf den Betrag von je 266 RM festzusetzen, der in der bereits früher beschlossenen Weise getilgt werden sollte. Unter dem 6. März, eingegangen am 7. März 1931, überreichte der neugewählte Vorstand des Vereins dem Registergericht zwei Auszüge aus der Sitzungsniederschrift dieser Versammlung, die zwar von der Tagesordnung der Versammlung die Punkte 2 (Neufassung der Satzungen und Satzungsänderungen) und 3 (Neugestaltung des Vorstandes und Anpassung der Zahl der Vorstandsmitglieder an die bestehende Satzung) erwähnten, zu 2 aber nur den Beschluß der Versammlung zu C der Satzung (Organe des Vereins) und die damit zusammenhängenden Änderungen der Satzung wiedergaben, dagegen nicht den Umlagebeschluß und die hierauf bezügliche Satzungsänderung. Beantragt wurde, in das Vereinsregister die Wiederwahl des ersten Vorsitzenden und die Wahl des zweiten Vorsitzenden einzutragen; zugleich wurde gebeten, von dem Inhalt der Protokollauszüge betreffend 1) Umgestaltung des Vorstandes, 2) Satzungsänderungen unter C (Organe des Vereins) Kenntnis zu nehmen. Das RG. forderte das Originalprotokoll v. 6. Febr. 1931 vom Verein ein, teilte die Anmeldung nebst Anlage der Polizeiverwaltung mit, die keinen Einspruch erhob, und trug darauf am 16. Juni 1931 neben einer Namensänderung des Vereins und der Vorstandsänderung in Spalte 3 des Vereinsregisters ein: „Durch Beschluß der Mitgliederversammlung vom 6. Febr. 1931 sind die Satzungen neu gefaßt.“ Das Originalprotokoll wurde mit der Bescheinigung versehen „Die Satzungsneufassung ist unter Nr. 298 in das Vereinsregister eingetragen“ und sodann dem Vereinsvorstand mit der Eintragungsnachricht und der Aufforderung zurückgegeben, ein Exemplar der neuen Satzung einzureichen. Am 8. Okt. 1931 wurde über das Vermögen des Vereins das Konkursverfahren eröffnet und der Kl. zum Konkursverwalter bestellt. Dieser forderte durch ein Rundschreiben die Vereinsmitglieder auf, den Umlagebeitrag von 266 RM abzüglich darauf etwa geleisteter Zahlungen zu begleichen. Ein Teil der Mitglieder verweigerte die Zahlung und klagte gegen den Konkursverwalter auf Feststellung, daß die klagenden Mitglieder nicht verpflichtet seien, die Umlage von 266 RM zu bezahlen. Während im ersten Rechtszuge die Klage abgewiesen wurde, gab ihr das OLG. Frankfurt a. M. statt, indem es annahm, daß der Umlagebeschluß mangels Eintragung in das Vereinsregister nicht rechtswirksam geworden sei.

Die Rev. des Konkursverwalters wurde durch Urteil des RG. v. 10. April 1933 (IV 427/32) zurückgewiesen.

Mit der vorl. Klage nimmt der Kl. den beklagten Reichsjustizfiskus auf Schadenersatz in Anspruch, weil die Unterlassung der Eintragung des Umlagebeschlusses in das Vereinsregister auf fahrlässige Amtspflichtverletzung des Registerrichters zurückzuführen sei.

Das O. hat die Klage abgewiesen. Die Berufung und die Rev. des Kl. blieben erfolglos.

I. Der Umlagebeschluss der Mitgliederversammlung vom 6. Febr. 1931 enthielt eine Änderung der Satzung, da diese nur Jahresbeiträge der Vereinsmitglieder vorsah, dagegen eine Verpflichtung zur Deckung der Vorlagen der mit der Geschäftsführung des Vereins beauftragten Kr.-GmbH. durch besondere Umlagen nicht festsetzte. Die Änderung der Satzung bedurfte nach § 71 BGB. zu ihrer Wirksamkeit der Eintragung in das Vereinsregister und war von dem Vorstand des Vereins zur Eintragung anzumelden. Der Antrag der Vorstandsmitglieder vom 6. März 1931 enthielt eine solche Anmeldung nicht, sondern erstreckte sich nur auf die Eintragung der Wahl des neuen Vorstandes; auch die beiden beigelegten Auszüge aus dem Versammlungsprotokoll vom 6. Febr. 1931 gaben nur die Erledigung der Punkte 2 und 3 der Tagesordnung insoweit wieder, als sie die Neugestaltung des Vorstandes und die damit zusammenhängende Neufassung der Satzung betrafen. Das Vereinsregister hat den Zweck, gewisse tatsächliche und rechtliche Verhältnisse, die im Staatsinteresse und für den Rechtsverkehr von besonderer Bedeutung sind, in einer zuverlässigen und vollständigen Weise durch Eintragung in das Register festzulegen und der Öffentlichkeit zugänglich zu machen (Brand-Meyer zum Gottesberge: Registerachen, 2. Aufl., S. 13). Zur Durchführung dieses Zweckes besteht in gewissem Umfange eine Anmeldepflicht des Vereinsvorstandes (§§ 59, 67, 71, Abs. 1, 74 Abs. 2, 76 BGB.). Dem Registergericht liegt die Überwachung dieser Anmeldung ob (Brand-Meyer zum Gottesberge a. a. O. S. 14). Es kann nach § 78 BGB. in den bezeichneten Anmeldefällen (ausgenommen ist nur § 59), mithin auch bei Satzungsänderungen (§ 71 BGB.), die Mitglieder des Vorstandes des Vereins zur Befolgung der Anmeldepflicht durch Ordnungsstrafen anhalten. Auf dieses Verfahren findet nach § 159 FGG. die Vorschr. des § 132 FGG. entsprechende Anwendung, wonach das Registergericht, sobald es von einem sein Einschreiten rechtfertigenden Sachverhalt glaubhafte Kenntnis erhält, dem Beteiligten unter Androhung einer Ordnungsstrafe aufzugeben hat, seiner gesetzlichen Verpflichtung innerhalb einer bestimmten Frist nachzukommen, oder die Unterlassung mittels Einspruchs gegen die Verfügung zu rechtfertigen. Das O. glaubt aus der von § 14 BGB. abweichenden Fassung des § 78 BGB. entnehmen zu dürfen, daß das Registergericht in Vereinsachen nicht wie in Handelsachen verpflichtet sei, den Anmeldepflichtigen durch Ordnungsstrafen zur Bornahme der Anmeldung anzuhalten, sondern daß es in seinem pflichtmäßigen Ermessen stehe, ob es zur Erzwingung der Anmeldung von seiner Strafbefugnis Gebrauch machen wolle. Für diese Gesetzesauslegung könnte die Abweichung der sonst gleichlautenden Fassung der beiden genannten Gesetzesvorschriften („kann anhalten“ — „ist anzuhalten“) sprechen (so auch Vertmann, 3. Aufl., § 78 Bem. 1 BGB.). Darans würde aber nicht folgen, daß der Registerrichter in Vereinsachen gegenüber einer Anmeldeunterlassung untätig bleiben dürfe. Seine Aufgabe ist es vielmehr, das Vereinsregister in bezug auf die anmeldungsbedürftigen Tatsachen mit den durch die Organe des Vereins beschlossenen Veränderungen seiner Verfassung und seiner Rechtsverhältnisse tunlichst in Übereinstimmung zu halten. Er hat daher, wenn er von einem Verstoß gegen die Anmeldepflicht Kenntnis erhält, auf die Anmeldung hinzuwirken und verletzt diese Pflicht, wenn er sich untätig verhält. Er wird auch dann, wenn die Sachlage dazu angetan ist, insbes. in Fällen hartnäckiger Weigerung des Vorstandes, von seiner Befugnis zur Verhängung von Ordnungsstrafen Gebrauch zu machen haben; denn es ist nicht in seinem Belieben gestellt, von der Herbeiführung der gesetzlich vor-

geschriebenen Anmeldung überhaupt abzusehen. Um seiner gegenzeichneten Aufsichtspflicht zu genügen, muß der Registerrichter die ihm mit einem Antrag auf Eintragung vorgelegten Urkunden auch auf ihre Vollständigkeit prüfen. Es genügte daher nicht die Vorlegung unbeglaubigter Auszüge aus dem Versammlungsprotokoll, weil diese nicht die Gewähr gaben, das die mitgeteilten Teile des Protokolls den zur Eintragung angemeldeten Beschluß der Versammlung richtig und erschöpfend wiedergaben und nicht in anderen nicht mitgeteilten Teilen des Protokolls eine Änderung oder Ergänzung erfahren haben. Mit Recht hat daher der Registerrichter entsprechend der Vorschrift des § 71 Abs. 1 Satz 3 BGB. auch die Vorlegung der Urkunde des Versammlungsprotokolls verlangt. Aus dieser konnte er aber bei der gebotenen pflichtmäßigen Prüfung ersehen, daß in der Versammlung neben dem zur Eintragung angemeldeten Beschluß über die Neugestaltung des Vorstandes und die damit zusammenhängende Neufassung von Satzungsbestimmungen noch ein ebenfalls der Anmeldung bedürftiger, weil eine Änderung der Satzung enthaltender Beschluß über die Erhebung von Umlagen gefaßt worden war. Die Durchsicht des übersichtlich gegliederten Protokolls, das nur wenige Beschlüsse, im übrigen nur die gemachten Vorschläge, die dazu gegebenen Begründungen und die Äußerungen einiger Vereinsmitglieder dazu enthält, ist keine unbillige Zumutung an den Registerrichter. Es ist allerdings nicht Aufgabe des Registergerichts, aus einem umfangreichen und unübersichtlichen Protokoll die eintragungsbefürftigen Beschlüsse herauszufinden (RG.: RZM. 9, 173), und es darf auch nur eintragen, was Gegenstand einer Anmeldung gewesen ist. Dies entbindet es aber nicht von der Verpflichtung, auf Ergänzung ersichtlich unvollständiger Anmeldungen hinzuwirken, wenn sich aus den eingereichten Unterlagen bei einer Prüfung zumutbaren Maßes die Unvollständigkeit der Anmeldungen ergibt. Das zeigte hier aber schon ein Blick auf die erste Seite des vollständigen Protokolls, die die Tagesordnung enthielt. Daß der Registerrichter aber auch von dem Inhalt dieses Protokolls Kenntnis genommen haben muß, ergibt die von ihm verfügte Eintragung der Namen und der Umlage des Vereins, die aus der Anmeldung in den zunächst überreichten Auszügen nicht ersichtlich war. Der Vorwurf schuldhafter Amtspflichtverletzung entbehrt daher insoweit nicht der Berechtigung, als es der Registerrichter unterlassen hat, den Vereinsvorstand zur Anmeldung des Umlagebeschlusses anzuhalten. Daß durch die Eintragung: „Durch Beschluß der Mitgliederversammlung vom 6. Febr. 1931 sind die Satzungen neu gefaßt“ der Umlagebeschluss nicht gedeckt wird, hat bereits das RG. in seinem Urteil IV 427/32 ausgesprochen. Nach der Feststellung des O. in jenem Rechtsstreit entsprach auch die Eintragung des Umlagebeschlusses nicht der Absicht des Registerrichters, der nach seiner in den Registerakten enthaltenen dienstlichen Äußerung sich mit Recht auf den auch vom O. gebilligten Standpunkt gestellt hat, daß er weder berechtigt noch verpflichtet gewesen sei, eine nicht angemeldete Satzungsänderung einzutragen. Bereits in jenem Urteil des RG. ist aber die Frage aufgeworfen, ob für den Richter Veranlassung bestanden haben könnte, die Anmeldung auch dieser Satzungsänderung gemäß § 78 BGB. durch Ordnungsstrafe zu erzwingen. Es ist rechtsirrig, wenn das O. diese Frage schon deshalb verneinen zu müssen glaubt, weil nicht dargetan sei, daß das Verhalten des Registerrichters auf Willkür oder Mißbrauch des ihm eingeräumten pflichtmäßigen Ermessens beruht habe. Zwar kann da, wo das Ermessen der Behörde zu entscheiden hat, die Frage des Verschuldens nur bei besonderer Sachlage entstehen. Sie ist aber nicht nur beim Vorliegen von Willkür oder Mißbrauch des Ermessens gegeben, vielmehr begründet das Verhalten des Beamten auch schon dann die Verschuldenshaftung, wenn er in so hohem Maße bei Ausübung des Ermessens sachwidrig gehandelt hat, daß sein Verhalten mit den an eine ordnungsmäßige Amtstätigkeit zu stellenden Anforderungen schlechterdings unvereinbar ist (RGZ. 99, 254; 121, 232 = JW. 1928, 2019; JW. 1925, 1875). Es kann hier auf sich beruhen, ob unter Berücksichtigung der von dem Kl. dargelegten Unbeholfenheit und Rechtsunkunde des Vereinsvorstandes zur Erzwingung der Anmeldung des Umlagebeschlusses die Einleitung eines

Ordnungsstraßverfahren am Plage gewesen wäre. Keinesfalls durfte der Registerrichter davon absehen, durch Aufforderungen an den Vereinsvorstand auf die Anmeldung des Umlagebeschlusses hinzuwirken, falls er von diesem Kenntnis erhalten hatte. Ihn würde aber auch der Vorwurf fahrlässiger Amtspflichtverletzung treffen, wenn seine Unkenntnis auf pflichtwidrig unterlassener Prüfung des eingereichten Originalprotokolls beruht hätte.

II. Eine Haftung nach § 839 BGB. tritt jedoch nur ein, wenn im Streitfall die verletzte Amtspflicht den Registerrichter auch gegenüber dem Verein obgelegen hätte. Diese Frage ist aber mit dem BG. zu verneinen. Das Registergericht übt seine Aufsichtstätigkeit im öffentlichen Interesse und nicht im Privatinteresse einzelner Personen aus; insbes. ist das Ordnungsstraßverfahren ein wesentlich im öffentlichen Interesse verordnetes, den Gerichten überwiesenes Verwaltungsverfahren zu dem Zweck der Erfüllung von Verbindlichkeiten öffentlich-rechtlicher Natur (RG.: RGZ. 31, A 201; Schlegelberger, 4. Aufl., Vorbem. 3 zu §§ 132 ff. FGG.). Die Tätigkeit des Registergerichts dient zunächst dem Interesse, das der Staat und die Allgemeinheit an der Kundbarmachung bestimmter Rechtsverhältnisse des Vereins zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und der Sicherheit des Rechtsverkehrs hat. Bei Ausübung dieser Tätigkeit kann das Registergericht allerdings auch in den Rechtskreis einzelner Personen eingreifen und insoweit liegt ihm die amtliche Pflicht zur ordnungsmäßigen Erfüllung seiner Amtsgeschäfte dann auch gegenüber diesen Personen ob. So besteht kein Zweifel darüber, daß das Registergericht eine Amtspflicht gegenüber dem Verein verletzt, wenn es bei Erledigung von Anmeldungen, die der Verein durch seinen Vorstand bewirkt, fehlerhaft verfährt, sei es dadurch, daß es den Inhalt der Anmeldung unzureichend prüft und infolgedessen eine unrichtige oder gar ungültige Eintragung vornimmt, sei es dadurch, daß es trotz erfolgter Anmeldung die Eintragung überhaupt unterläßt. Jeder Staatsbürger und ebenso der rechtsfähige Verein hat insoweit einen öffentlich-rechtlichen Anspruch darauf, daß der Registerbeamte seine rechtlichen Interessen nicht durch ungesetliche oder sonst pflichtwidrige Eintragungshandlungen verleihe (vgl. die Entsch. RGZ. 127, 154 = JW. 1930, 1382^o; RGZ. 140, 184 = JW. 1933, 1826^o, welche Eintragungen in das Handels- und das Genossenschaftsregister betreffen). Eine solche Amtspflichtverletzung liegt aber dem Verein gegenüber nicht schon dann vor, wenn der Registerrichter es verabsäumt, den Vorstand eines Vereins zu der diesem gesetzlich obliegenden Anmeldung einer eintragungsbefürdigten Tatsache, insbes. einer Satzungsänderung, anzuhaltend, obwohl er von dieser glaubhafte Kenntnis erhalten hat. Die Verantwortung dafür, daß Satzungsänderungen enthaltende Beschlüsse der Mitgliederversammlung mangels Anmeldung und Eintragung nicht rechtswirksam werden (§ 71 Abs. 1 BGB.), trifft den Vorstand des Vereins. Es ist dessen Sache, das Interesse des Vereins an der Eintragung der Satzungsänderung zwecks Herbeiführung ihrer Wirksamkeit für die Rechtsbeziehungen seiner Mitglieder zum Verein und zu Dritten wahrzunehmen. Aus diesem Grunde sind auch Satzungsänderungen der Gesellschaften des Handels- und Wirtschaftsrechts nicht unter Ordnungsstrafzwang gestellt, weil bei diesen das Interesse der Beteiligten an der Anmeldung und der rechtsbegründenden Eintragung das der Allgemeinheit an der Vollständigkeit der Eintragung überwiegt (§§ 277 Abs. 1, 319 Abs. 2 BGB.; §§ 16, 11 Abs. 3 GenG.; § 54 GmbHG.). In Vereinskassen sorgt dagegen das Registergericht nur im allgemeinen Interesse dafür, daß solche Beschlüsse — wenn sie zu seiner Kenntnis gelangen — die vom Gesetz geforderte Publizität erhalten. Auf dem öffentlichen Interesse beruht auch die vorgeschriebene Mitteilung der Satzungsänderung an die Verwaltungsbehörde (§§ 71 Abs. 2, 61 Abs. 2 BGB.).

Erst dann erwächst dem Registergericht eine Amtspflicht auch gegenüber dem Verein, wenn solche Beschlüsse bei ihm zur Eintragung angemeldet werden. Eine Anmeldung des Umlagebeschlusses ist wie dargelegt nicht erfolgt. Als solche kann auch die vom Kl. behauptete und unter Beweis ge-

stellte mündliche Erklärung eines Angestellten B. nicht gewertet werden. (Wird ausgeführt.)

Die Verneinung einer schuldhaften Amtspflichtverletzung des Registergerichts gegenüber dem Verein mußte zur Zurückweisung der Rev. führen.

(U. v. 19. Juni 1936; V 309/35. — Frankfurt a. M.)

[v. B.]

*

** 9. §§ 65, 63 Abs. 2 Nr. 1 AufwG.

1. Zum Begriff des Beteiligungsverhältnisses in den §§ 65, 63 Abs. 2 Nr. 1 AufwG.

2. Beim Fehlen gegenseitiger Anhaltspunkte ist anzunehmen, daß zwei deutsche Reichsangehörige, die in deutschem oder unter deutscher Herrschaft stehendem Gebiete ein Schuldverhältnis in deutscher Mark begründen, sich für die Abwicklung ihres Schuldverhältnisses dem am Erfüllungsort geltenden deutschen Rechte und nicht einer etwaigen künftigen fremden Rechtsordnung unterwerfen wollen.

1. Der Vorderrichter wendet die Vorschr. des § 65 AufwG. an, weil es sich um eine Kontokorrentforderung handle. Es sei — so führt er aus — nicht dargetan, daß die geschäftlichen Beziehungen sich enger gestaltet hätten, daß etwa die Kl. durch eine Einlage an dem Betriebe des Bekl. beteiligt gewesen sei, oder daß sie sonst an seinem geschäftlichen Gewinn oder Verlust teilgenommen habe. Auch wenn der Bekl. seinen Betrieb nur durch die von der Kl. gewährten Kredite oder Darlehen habe begründen oder aufrechterhalten können, so sei dies doch nicht gleichbedeutend mit einem Beteiligungsverhältnis (§ 63 Abs. 2 Nr. 1 AufwG.). Diese Auffassung des VerR. ist zu billigen. Nach der Rspr. des RG. setzt der Begriff des Beteiligungsverhältnisses in den §§ 65, 63 Abs. 2 Nr. 1 AufwG. das Bestehen einer auf Erfüllung eines bestimmten Zwecks wirtschaftlicher Art gerichteten Interessengemeinschaft voraus, die über das einseitige Interesse des Kreditgebers an Verzinsung und Tilgung des Darlehens weit hinausgeht (RGZ. 141, 143 [149]). Es muß sich dabei, auch wenn keine förmliche Gewinnbeteiligung des Geldgebers an dem Unternehmen des Vertragsgegners zu erfordern ist, um eine zum gemeinschaftlichen Vertragszweck gemachte wirtschaftliche Interessenerknüpfung zwischen Gläubiger und Schuldner handeln (vgl. RGUrt. v. 18. Mai 1928, II 500/27; JW. 1928, 2830²⁰ = AufwRspr. 3, 439). Nach dieser Rspr., welcher der erf. Sen. beiträgt, genügt es für die Annahme eines Beteiligungsverhältnisses keineswegs, daß der Geldgeber einseitig das Interesse verfolgt, durch Geldhergabe das geschäftliche Unternehmen des Empfängers zu fördern und hierdurch dessen Kaufkraft und Absatzfähigkeit zu stärken, in der Erwartung, der Kreditnehmer werde infolgedessen seinerseits durch erhöhten und dauernden Bezug von Waren die geschäftliche Beziehung auch zu seinem (des Kreditgebers) Vorteil günstiger gestalten und, abgesehen von der Kapitalnutzung, seine Gewinnaussichten aus Warenlieferung verbessern. Vielmehr mußte, um eine zum gemeinsamen Vertragszweck gemachte wirtschaftliche Interessenerknüpfung zwischen Gläubiger und Schuldner und damit das Bestehen eines Beteiligungsverhältnisses i. S. des § 63 Abs. 2 Nr. 1 (§ 65) AufwG. annehmen zu können, die durch das Kreditverhältnis begründete Möglichkeit der Gewinnziehung über die Verzinsung des Kapitals hinaus auf einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Vertragsgestaltung beruhen, derzufolge der Kreditnehmer verpflichtet wäre, während der Dauer des Kreditverhältnisses seinen Warenbedarf ausschließlich oder in einem wesentlichen Umfang beim Kreditgeber zu decken (vgl. RGZ. V 468/28 vom 18. Dez. 1929; AufwRspr. 5, 178). Im vorl. Fall ist entsprechend dem Vorbringen der Kl. nichts weiter festgestellt, als daß sie dem Bekl. Waren lieferte und Kredite einwäumte, und nach der weiteren Begründung des BU. auch zu unterstellen, daß der Bekl. seinen Betrieb nur durch die von der Kl. gewährten Kredite oder Darlehen hatte begründen und aufrechterhalten können. Daraus allein ergab sich aber nach dem Gesagten noch kein

Beteiligungsverhältnis i. S. des § 63 Abs. 2 Nr. 1 AufwG. Auch wenn nach den Umständen des Falles angenommen werden kann, daß es der Kl. bei der Kreditgewährung darauf ankam, den Geschäftsbetrieb des Bekl. zu stärken und dadurch die tatsächliche Abnahme größerer und regelmäßiger Warenmengen für diesen Geschäftsbetrieb, mithin auch größere Gewinnaussichten für sich selbst, aus der gegenseitigen Geschäftsbeziehung zu ermöglichen, so fehlt es doch an der erforderlichen als Vertragszweck begründeten Interessenverknüpfung zwischen den Beteiligten insofern, als der Kl. weder irgendwelche Überwachungsrechte hinsichtlich des Geschäftsbetriebs des Bekl. eingeräumt noch diesem mit Bezug auf Warenabnahme oder Warenumsatz irgendwelche Vertragspflichten auferlegt waren. Der Bekl. war in diesen Beziehungen offenbar vollkommen freigestellt und an irgendwelche Einflußnahme der Kl. nicht gebunden. Wenigstens hatte die Kl. — auch in der von der Rev. bezogenen BerBegr. — in dieser wesentlichen Hinsicht nichts Schlüssiges vorgetragen, obwohl sie — abgesehen von der sie nach § 65 AufwG. treffenden Darlegungs- und Beweispflicht für das Vorliegen eines Beteiligungsverhältnisses (RG. v. 18. Dez. 1929, V 468/29; AufwRspr. 5, 178) — dazu besonders veranlaßt gewesen wäre. Der Bekl. hatte nämlich nicht nur bestritten, daß er sein ganzes wirtschaftliches Bestehen nur dem von der Kl. eingeräumten Kredit verdankt habe, sondern es war von ihm auch behauptet worden, die Kl. habe ihm ihren Kredit und ihre Waren aufgebrängt, um ihre Lager zu räumen, sie habe ihre Konturrenten bei ihm verdrängt, um ihrerseits mit ihm Geschäfte zu machen, dies zu einer Zeit, da er sein Unternehmen schon fertig aufgebaut gehabt habe; auch sei er auf die geldliche Unterstützung der Kl. nicht angewiesen gewesen.

Nach alledem ist die Meinung des BerR., daß die auf einer laufenden Rechnung beruhenden Ansprüche der Kl. nicht aufzuwerten seien, rechtlich nicht zu beanstanden.

2. Es ist beim Mangel gegenteiliger Anhaltspunkte anzunehmen, daß zwei deutsche Reichsangehörige, die in deutschem oder unter deutscher Herrschaft stehenden Gebiete ein Schuldverhältnis in deutscher Mark begründeten, sich für die Abwicklung ihres Schuldverhältnisses dem am Erfüllungsorte geltenden deutschen Rechte und nicht einer (etwaigen künftigen) fremden Rechtsordnung unterwerfen wollten. Wenn dann eine dergestalt begründete Schuldforderung durch Bestellung von Hypotheken an in Gebiete des Erfüllungsortes liegenden Grundstücken gesichert wird, so wird hierdurch allein an der Beurteilung des persönlichen Schuldverhältnisses nach dem deutschen Rechte, unter dessen Herrschaft es begründet war, nichts geändert. Wird später das am Erfüllungsorte geltende Währungsrecht durch Einführung einer Umrechnungsnorm geändert, so bleibt dieser Wechsel doch für die persönlichen Schuldbeziehungen der Beteiligten untereinander ohne Einfluß, auch wenn die dingliche Haftung des Pfandgrundstückes, das dem neuen Währungsrechte unmittelbar unterworfen ist, nunmehr nach diesem zu bemessen sein wird. Dies muß mindestens in dem hier vorl. Falle angenommen werden, wo der Schuldner schon vor der Währungsänderung durch die eigenen Maßnahmen des neuen Gewalthabers dessen Herrschaftsbereich entzogen war und sich in Ansehung seiner persönlichen Schuld auch nicht freiwillig dem neuen Rechte unterworfen hat. Unter den hier gegebenen Umständen vermochte der neue Gewalthaber die nach dem deutschen internationalen Privatrechte vorgehende Norm nicht kraft eigenen Hoheitsrechtes zu beseitigen. Mangels Unterwerfung des Bekl. unter die Umrechnungsnorm von 1920 — Proklamation der englischen Verwaltung v. 15. Dez. 1920 — blieb — unbeschadet ihrer etwaigen Wirksamkeit hinsichtlich seiner dinglichen Haftung mit dem verpfändeten Grundbesitz — das persönliche Schuldverhältnis der Beteiligten, soweit es nach der Zwangsversteigerung der Pfandgrundstücke und dem damit verbundenen Erlöschen seiner dinglichen Haftung noch fortbestanden haben sollte, dem bisherigen (deutschen) Rechte unterworfen, unter dessen Herrschaft es begründet worden war. Eine hiervon abweichende Beurteilung zugunsten der Kl. wäre nur dann möglich, wenn der Bekl. beim Inkrafttreten der Schuldenregelungsproklamation noch seinen Wohnsitz im ehemals deutschen Schutzgebiete gehabt hätte, somit mit Bezug auf seine persönliche Zahlungspflicht nach dem ört-

lichen Herrschaftsbereich des neuen Souveräns unterworfen gewesen wäre. Das war aber, wie schon ausgeführt, nicht der Fall.

(U. v. 31. Juli 1936; VII 7/36. — Darnstadt.)

[R.]

*

10. 1. Art. 7 Abs. 1 deutsch-polnisches Aufwertungsabkommen v. 5. Juli 1928 (RGBl. 1929 II, 577). Durch die gerichtliche Geltendmachung allein tritt noch keine endgültige Festlegung des nach Art. 7 Abs. 1 anzuwendenden Rechts ein.

2. § 416 BGB. Die Verweigerung der Genehmigung zur Hypothekenübernahme muß klar zum Ausdruck bringen, daß der Gläubiger es ablehnt, aus der vereinbarten Schuldübernahme für sich Rechtsfolgen herzuleiten.

3. Es ist kein Verstoß gegen die guten Sitten oder gegen Treu und Glauben, wenn sich der Gläubiger die Grundlagen für ein Vorgehen auf Grund des Art. 7 Abs. 1 Aufwertungsabkommen schafft und davon Gebrauch macht.

4. Im Falle der sogenannten gebundenen Aufwertung ist für den Verwirkungseinwand kein Raum.

Auf einem Grundstück des Grundbuchs von Königshütte lastete für die Rechtsvorgängerin der Kl. (Hypothekenbank) eine Hypothek von 85 000 M. Eigentümer des Grundstücks war D. in Königshütte. Er verkaufte es am 9. Dez. 1911 an den Bekl., der im Kaufvertrage die Hypothek übernahm. Eine Mitteilung von dieser Übernahme an die Gläubigerin erfolgte damals nicht. Der Bekl. entrichtete in der Folgezeit die Zinsen der Hypothek und zahlte am 2. Jan. 1923 das Kapital zum Nennbetrage zurück, nachdem die Gläubigerin die Hypothek gekündigt hatte. Die Hypothek wurde darauf im Grundbuche gelöscht. Am 29. und 31. Dez. 1925 meldete die Rechtsvorgängerin der Kl. die Hypothek auf Grund des Art. 118 Abs. 2 Satz 2 DurchfW. zum AufwG. bei dem AG. Berlin-Mitte als der für ihren Sitz zuständigen Aufwertungsstelle an. In einer Eingabe vom 21. April 1926 bezeichnete sie als Eigentümer des Bekl. und als persönlichen Schuldner den früheren Eigentümer D. Dieser erhob Einspruch, weil nach polnischem Recht eine Aufwertung nicht stattfindet. Als die Kl. i. F. 1934 erfuhr, daß der Bekl. seinen Wohnsitz nach Gleiwitz verlegt habe, veranlaßte sie D., ihr gem. § 416 BGB. Mitteilung von der Schuldübernahme zu machen. Dies tat D., und die Kl. erklärte ihm darauf, daß sie die Schuldübernahme genehmige. Sie bezeichnete der Aufwertungsstelle als persönlichen Schuldner nunmehr den Bekl. Die Aufwertungsstelle teilte ihm dies am 2. Juli 1934 mit. Der Bekl. hatte vor seiner Übersiedlung nach Deutschland sein Grundstück in Königshütte verkauft und ist jetzt in Deutschland eingebürgert. Da er seine Aufwertungsverpflichtung der Kl. und der Aufwertungsstelle gegenüber bestritt, hat die Kl. Klage erhoben mit dem Antrage, festzustellen, daß ihr gegen den Bekl. ein nach den Vorschriften des AufwG. aufwertbarer persönlicher Anspruch aus derjenigen Darlehensforderung von 85 000 M. zuzufolge, für die zugunsten der Kl. im Grundbuche von Königshütte eine gleichhohe Hypothek eingetragen gewesen sei. Der Bekl. hat Klageabweisung beantragt.

Das AG. hat nach dem Klageantrag erkannt. Berufung und Rev. blieben erfolglos.

1. Das BG. geht zutreffend davon aus, daß die Rechtsbeziehungen der sämtlichen Beteiligten hinsichtlich der in Rede stehenden Hypothek nach deutschem Recht zu beurteilen waren, weil D. und der Bekl. Deutsche waren und in Deutschland wohnten, die Rechtsvorgängerin der Kl. ihren Sitz in Deutschland hatte und das belastete Grundstück in Deutschland lag. In der Rspr. des RG. steht fest, daß sich in einem solchen Falle die Aufwertung der der Hypothek zugrunde liegenden persön-

lichen Forderung nach den Vorschriften des AufwG. v. 16. Juli 1925 richtet, auch wenn das Grundstück, das mit der Hypothek belastet ist oder im Zeitpunkt der Zahlung belastet war (RGZ. 133, 185 = JW. 1932, 940^o m. Anm.), an Polen gefallen ist und der Erfüllungsort nunmehr im Ausland liegt, sowie ohne Rücksicht darauf, ob der persönliche Schuldner noch deutscher Reichsangehöriger ist oder nicht (RGZ. 120, 279 = JW. 1928, 1208^o; RGZ. 121, 344 = JW. 1928, 3115^o; RGZ. 131, 260 = JW. 1931, 2690^o m. Anm.; RGZ. 139, 81; RG.: JW. 1928, 1447^o, 1790^o). Zu der Frage, ob das deutsch-polnische Aufwertungsabkommen v. 5. Juli 1928 (RGBl. 1929 II, 577) auch für Polnisch-Oberschlesien Anwendung zu finden hat oder ob insoweit lediglich das deutsch-polnische Abkommen über Oberschlesien v. 15. Mai 1922 (RGBl. II, 237), insbes. dessen Art. 307, als Sondergesetz für Oberschlesien gilt, braucht im vorl. Falle nicht Stellung genommen zu werden. Auch wenn mit dem BG. angenommen wird, daß das deutsch-polnische Aufwertungsabkommen an sich auch für Polnisch-Oberschlesien gilt, so ist doch die allein in Betracht kommende Vorschrift des Art. 7 Abs. 1 im vorl. Falle unanwendbar. Dort ist bestimmt, daß hypothekarisch gesicherte Forderungen ohne Rücksicht auf eine zwischen Gläubiger und Schuldner getroffene Vereinbarung über den Erfüllungsort der Aufwertungsgesetzgebung desjenigen vertragschließenden Staates unterliegen, in dem das belastete Grundstück liegt, sofern der persönliche Schuldner z. Z. der gerichtlichen Geltendmachung der Forderung dort seinen Wohnsitz (Sitz) hat. Art. 7 Abs. 1 regelt mithin nur den hier nicht gegebenen Fall, daß der Schuldner z. Z. der gerichtlichen Geltendmachung der Forderung seinen Wohnsitz in dem Staate hat, in dem das Grundstück liegt. In der Entsch. RGZ. 133, 184 ff. = JW. 1932, 940^o ist bereits ausgeführt, daß Art. 7 Abs. 1 eine Sonderbestimmung darstellt, und daß die darin nicht geregelten Fälle gemäß der allgemeinen Vorschrift des Art. 10 nach innerstaatlichen Rechtsgrundsätzen zu beurteilen sind. Hiernach bleibt es dabei, daß sich die Aufwertung der Forderung der Kl. nach deutschem Recht richtet.

Die Rev. ist der Meinung, daß eine gerichtliche Geltendmachung der Forderung durch die Kl. bereits in der Anmeldung bei der Aufwertungsstelle zu erblicken sei; damals — 1925/26 — sei aber der Befl. polnischer Staatsangehöriger (und wie zu ergänzen ist, auch in Polen wohnhaft) gewesen. Die vorl. Klage sei lediglich ein weiterer Schritt auf dem damals beschrittenen Wege. Hieraus sei zu folgern, daß gemäß Art. 7 Abs. 1 des deutsch-polnischen Aufwertungsabkommens v. 5. Juli 1928 das Rechtsverhältnis der Parteien dem polnischen Aufwertungsrecht unterliege. Diese Ansicht der Rev. muß schon daran scheitern, daß der Aufwertungsstelle gegenüber im Jahre 1926 nicht der Befl., sondern D. als persönlicher Schuldner bezeichnet worden war. Eine gerichtliche Geltendmachung der Forderung gegen den Befl. kann daher in der damaligen Anmeldung nicht gefunden werden. Unstreitig ist gegen ihn das Aufwertungsverfahren hinsichtlich der persönlichen Forderung erst i. J. 1934, nach seiner Übersiedlung von Polen nach Deutschland, eingeleitet worden.

Unzutreffend ist auch die Ansicht der Rev., daß die Forderung gegen D., da das polnische Recht keine Aufwertung kraft Rückwirkung kenne, am 2. Jan. 1923 endgültig erloschen gewesen sei, und daß es mithin, da D. i. J. 1934 nicht mehr Schuldner gewesen sei, an der Mitteilung einer nach den §§ 415, 416 BGB. hierzu befugten Person fehle, die unerlässliche Grundlage für die Genehmigung der Schuldübernahme durch den Gläubiger sei. Diese Ansicht ließe sich nur in der Weise begründen, daß D. z. Z. der Anmeldung der Forderung bei der Aufwertungsstelle — 1925/1926 — seinen Wohnsitz in Polen gehabt habe, und daß durch die als gerichtliche Geltendmachung anzusehende Anmeldung die Aufwertung der Forderung gem. Art. 7 Abs. 1 des Aufwertungsabkommens endgültig und unabänderlich dem polnischen Recht unterstellt worden sei. Dem kann jedoch nicht gefolgt werden. Es kann dahingestellt bleiben, ob in der Anmeldung einer Forderung bei der Aufwertungsstelle gem. § 16 AufwG. bereits eine gerichtliche Geltendmachung i. S. des Art. 7 Abs. 1 des Aufwertungsabkom-

mens erblickt werden kann. Denn jedenfalls tritt durch die gerichtliche Geltendmachung allein noch keine endgültige Festlegung des anzuwendenden Rechts ein. Die zu einer Zeit, als der Schuldner seinen Wohnsitz in Polen hatte, erfolgte gerichtliche Geltendmachung steht, solange es nicht zu einer rechtskräftigen gerichtlichen Entsch. gekommen ist, nicht im Wege, die Forderung erneut gerichtlich geltend zu machen, nachdem der Schuldner seinen Wohnsitz nach Deutschland verlegt hat. Dann aber ist nach Art. 7 Abs. 1 des Aufwertungsabkommens das deutsche Aufwertungsrecht anwendbar, das einer in der Rückwirkungszeit erfolgten Zahlung keine schuldtilgende Wirkung beimißt (vgl. Quajowski: JW. 1928, 1998, rechte Spalte Abs. 1; Ullmann: DstRZ. 1930, 349/350). Die Frage der Aufwertbarkeit oder Nichtaufwertbarkeit bleibt also in der Schwebe, bis über sie rechtskräftig entschieden wird. Die Kl. hätte hiernach für den Fall, daß D. seinen Wohnsitz nach Deutschland verlegt hätte, die Möglichkeit gehabt, die Aufwertung ihm gegenüber zu betreiben. Seine Schuld war zwar nicht aufwertbar, solange er in Polen wohnte. Es bestand aber die Möglichkeit, daß sie sich durch eine Wohnsitzverlegung D.s wieder zu einer aufwertungsfähigen Schuld entwickelte. Von einem endgültigen Erlöschen der Schuld und damit von dem Hinfälligwerden der i. J. 1911 vereinbarten Schuldübernahme kann daher nicht gesprochen werden.

2. Weiter rügt die Rev., daß das BG. in der Bezeichnung D.s als persönlichen Schuldner in der Anmeldung nicht den erkennbaren Willen der Kl. erblickt habe, die Genehmigung der Schuldübernahme ein für allemal abzulehnen. Sie bezeichne die Annahme des BG. als aktenwidrig, daß weder D. noch der Befl. wegen Genehmigung der Schuldübernahme an die Kl. herangetreten sei, und verweise auf die schriftsätzlichen Darlegungen des Befl., daß er selbst i. J. 1911 wegen Belassung der Hypothek mit der Kl. verhandelt habe, daß sie fortgesetzt die Zinszahlungen von ihm erhalten und schließlich auch wegen der Rückzahlung der Hypothek mit ihm verhandelt, von ihm nicht nur das Hypothekenskapital, sondern auch weitere Zinsen gefordert habe. Es ist richtig, daß in dem dargelegten Verhalten des Befl. u. U. eine Mitteilung von der Schuldübernahme erblickt werden kann (RG.: RGWarn. 1928 Nr. 121; JW. 1928, 2126^o; 1932, 1043^o). Der Rev. kann aber nicht darin beigetreten werden, daß die Bezeichnung D.s als persönlichen Schuldners in der Anmeldung als eine Verweigerung der Genehmigung aufzufassen sei. Die Verweigerung muß klar zum Ausdruck bringen, daß der Gläubiger es ablehnt, aus der zwischen dem Schuldner und einem Dritten vereinbarten Schuldübernahme für sich Rechtsfolgen herzuleiten (RG.: BayZ. 1928, 170; HöchstRspr. 1928 Nr. 2269). Eine endgültige Stellungnahme i. S. einer Verweigerung der Genehmigung kann aber in der bloßen Bezeichnung des früheren Eigentümers als persönlichen Schuldners in der Aufwertungsanmeldung, die zunächst nur dazu bestimmt war, dem Gläubiger den Aufwertungsanspruch zu erhalten, um so weniger erblickt werden, als eine solche Stellungnahme mit dem vom Befl. dargelegten früheren Verhalten der Kl. in Widerspruch gestanden hätte. Nach dem damaligen Stande der Rspr. war es auch noch ungeklärt, ob in der Bewirkung der Zinszahlungen und in der Rückzahlung des Kapitals durch den Befl. eine stillschweigende Mitteilung der Schuldübernahme erblickt werden konnte (ablehnend z. B. noch RG.: JW. 1928, 1654^o) und ob daher die Kl. sich überhaupt veranlaßt sehen konnte, zur Frage der Genehmigung der Schuldübernahme nach irgendeiner Richtung bindend Stellung zu nehmen.

3. Auch mit dem Vorbringen, daß der Geltendmachung des Aufwertungsanspruchs durch die Kl. unter den Umständen des vorl. Falles die Einrede der Arglist entgegenstehe, kann die Rev. keinen Erfolg haben. Sie meint, daß die Kl. D. nicht dazu hätte verleiten dürfen, ihr durch nachträgliche Mitteilung der längst inhaltlos gewordenen Schuldübernahme deren Genehmigung zu ermöglichen, und daß sie ihn insbes. nicht dadurch hätte beeinflussen dürfen, daß sie ihm Ansprüche, von denen er sich durch Mitteilung der Schuldübernahme befreien könne, als noch bestehend hinstellte, obwohl solche Ansprüche,

wie sie genau gewußt habe, längst erloschen gewesen seien. Die Rev. geht hiernach von der oben als unrichtig dargelegten Auffassung aus, daß die Verfassung einer rückwirkenden Aufwertung durch das polnische Recht und die Vorschrift des Art. 7 Abs. 1 des deutsch-polnischen Aufwertungsabkommens ein endgültiges Erlöschen der persönlichen Schuld auch i. S. des deutschen Rechts zur Folge gehabt habe. Allerdings konnte die Kl., solange sowohl D. als auch der Bekl. ihren Wohnsitz in Polen hatten, weder in Polen noch — und zwar schon wegen des Fehlens eines Gerichtsstandes — in Deutschland die persönliche Forderung mit Aussicht auf Erfolg gerichtlich geltend machen. Daher wäre es auch zwecklos gewesen, während dieser Zeit die Mitteilung von der Schuldübernahme herbeizuführen und ihre Genehmigung auszusprechen. Es kann aber weder ein Verstoß gegen die guten Sitten noch ein solcher gegen Treu und Glauben darin gefunden werden, daß die Kl. nach der Übersiedlung des Bekl. nach Deutschland und der damit verfolgten Beseitigung des der gerichtlichen Geltendmachung der persönlichen Forderung entgegenstehenden Hindernisses von der ihr nach Art. 7 Abs. 1 des Aufwertungsabkommens gesetzlich gegebenen Möglichkeit eines Vorgehens gegen den Bekl. Gebrauch machte und sich die Grundlage für dieses Vorgehen schuf, indem sie D. zu einer Mitteilung von der Schuldübernahme veranlaßte (vgl. RG.: AufwRspr. 1928, 670, sowie RGZ. 75, 342 = JW. 1911, 442). Den Weg, auf dem eine sich für den Bekl. aus der späten Geltendmachung der persönlichen Forderung ergebende Unbilligkeit beseitigt werden kann, bieten, wie das BG. mit Recht angenommen hat, die Vorschr. des § 15 Satz 2 Nr. 1 und 2 AufwG.

4. Ohne Rechtsirrtum hat das BG. schließlich auch den vom Bekl. erhobenen Einwand der Verwirkung deshalb zurückgewiesen, weil es sich hier um einen Fall der sogenannten gebundenen Aufwertung handelt und auf diesem Gebiete für die Anwendung des Rechtsgebankens der Verwirkung kein Raum ist (RGZ. 129, 222; 139, 82; 141, 384 = JW. 1933, 2830^o m. Anm.). Im übrigen könnte, wie das BG. ebenfalls zutreffend hervorgehoben hat, von einer Verwirkung des Anspruchs schon aus dem Grunde nicht die Rede sein, weil der Bekl. erst durch die Genehmigung der Schuldübernahme der persönliche Schuldner der Kl. geworden war und diese den ihr hierdurch erwachsenen Anspruch unverzüglich geltend gemacht hat.

(U. v. 9. Juli 1936; IV 71/36. — Breslau.) [Tr.]

*

11. § 1 UnlWG. Der Verstoß gegen Preisvereinbarungen zwischen Wettbewerbern ist dann unlauter, wenn er in der Absicht geschieht, unter Ausnutzung der Vertragstreue der Vertragspartner einen geschäftlichen Vorsprung zu erlangen. †)

An sich hat nur der Hersteller einer Ware selbst darüber zu entscheiden, zu welchem Preise er sie verkaufen will. Es kann dahingestellt bleiben, ob es mit den Grundsätzen der Lauterkeit und Sauberkeit des Wettbewerbs vereinbar ist, den Verkauf der besseren Ware zu einem billigeren Preise dadurch zu verschleiern, daß die Ware als eine weniger gute und preiswerte angeboten wird, als sie in Wirklichkeit ist. Denn der Hersteller einer Ware hat jedenfalls dann in der Bestimmung des Verkaufspreises keine Freiheit mehr, wenn er sich durch einen gültigen Vertrag mit den Wettbewerbern verpflichtet hat, festbestimmte Verkaufspreise einzuhalten.

Die Rev. rügt, daß das BG. unberücksichtigt gelassen hat, daß die Kl. und die Bekl. dem Kartell Deutscher Dachpappenfabrikanten angehören, und daß dieses Kartell Verkaufspreise für die verschiedenen Dachpappsorten festgesetzt und die Herstellung der verschiedenen Sorten „normiert“ hat. Die Kl. hatte den Unterlassungsanspruch aus § 1 UnlWG. darauf gestützt, daß die Bekl. ihre Asphaltbitumenpappe deshalb als Teerbitumenpappe bezeichnet und verkauft habe, um die vom Reichskartell festgesetzten höheren Preise für Asphaltbitumenpappe umgehen und dadurch ihren Umsatz steigern zu können. Die Kl. hatte geltend gemacht, durch diese offensichtlich unrichtige Qualitätsbezeich-

nung würden die sämtlichen Mitglieder des Reichsverbandes Deutscher Dachpappenfabrikanten, darunter die Kl. geschädigt.

Das BG. ist auf diese Frage nicht eingegangen. Die Unterlassung der Würdigung des Vorbringens der Kl. führt zur Aufhebung des Urteils. Der Verstoß gegen Preisvereinbarungen von Wettbewerbern ist in erster Linie eine Verfehlung gegen den abgeschlossenen Vertrag. Er begründet aber zugleich den Tatbestand einer wettbewerbsfremden unlauteren Handlung, wenn der Vertragsbrüchige weiß, daß der Kartellvertrag gerade das Wettbewerbsgebiet regeln sollte, auf dem sich seine Verfehlung bewegt. Der Kartellvertrag begründet ein weitgehendes Vertrauensverhältnis zwischen den durch ihn Verbundenen. Jeder von ihnen ist auf den Gemeinschaftssinn und die Treue der anderen angewiesen. Wer unter bewußter Ausnutzung der Vertragstreue der andern am Vertrage beteiligten Wettbewerber gegen die getroffenen Preisvereinbarungen seine Waren billiger anbietet, um sich so einen geschäftlichen Vorsprung vor den Wettbewerbern zu verschaffen, verletzt nicht nur den Vertrag, sondern handelt zugleich sittenwidrig i. S. des § 1 UnlWG.; denn ein solches Verfahren ist mit den Anschauungen der anständig denkenden Geschäftswelt nicht in Einklang zu bringen.

(U. v. 16. Juni 1936; II 295/35. — Hamburg.) [R.]

Anmerkung: Die Entsch. erblickt in dem vorsätzlichen Bruch der auf einem Kartellvertrag beruhenden Preisregelung, den sich ein Kartellmitglied zu Wettbewerbszwecken zuschulden kommen läßt, den Tatbestand einer unerlaubten Handlung i. S. des § 1 UnlWG. Sie hält es für erforderlich, hervorzuheben, daß der Kartellvertrag ein besonderes Vertrauensverhältnis der durch ihn Verbundenen begründet, so, daß jeder auf den Gemeinschaftssinn und die Treue der am Vertrage Beteiligten angewiesen sei. Einerseits folgt hieraus, daß der Senat im vorsätzlichen Bruch vertraglicher Verpflichtungen eine sittenwidrige Handlung nicht ohne weiteres erblickt, sondern nur dann, wenn der Vertrag auf einem besonderen Vertrauensverhältnis beruht, zum anderen, daß er glaubt, dieses besondere Vertrauensverhältnis im Gemeinschaftssinn erblicken zu sollen, auf dem sich der Kartellvertrag aufbaue. Demgegenüber glaube ich, bei aller Billigung der Entsch. im Ergebnis, doch auf folgendes hinweisen zu müssen:

1. Aus der Einheit von Recht und volksgemeinschaftlicher Moral gesehen, ist die vorsätzliche Vertragsverletzung immer dann eine unerlaubte Handlung, wenn sie im Widerspruch mit dem Rechtsempfinden der Volksgemeinschaft steht. Jeder Vertrag begründet eine Treuepflicht, soweit er und seine Handhabung im Rahmen des sittlichen Empfindens der Volksgemeinschaft sich halten. Es paßt nicht in das neue, nationalsozialistische Rechtsdenken, daß die Innehaltung vertraglicher Beziehungen nur die Vertragsparteien und nicht auch die Volksgemeinschaft angehe. Grundsätzlich ist jede vorsätzliche eigensüchtigen Beweggründen entspringende Vertragsverletzung sittenwidrig. Wie die Vertragsparteien in der Begründung der vertraglichen Beziehungen volksgemeinschaftlich pflichtgebunden sind, sind sie es auch in deren Innehaltung. Es bedarf daher zur Begründung der Sittenwidrigkeit eines vorsätzlichen Vertragsbruches nicht der Hervorhebung oder Konstruktion einer besonderen Treuepflicht. Wo volksgemeinschaftliche Belange die Abkehr von einer vertraglichen Verpflichtung nicht unerlaubt erscheinen lassen, besteht auch keine vertragliche Verpflichtung mehr. Daß die aus Unvermögen erfolgende Verletzung einer vertraglichen Zahlungsverpflicht, trotz daraus sich ergebender vertraglicher Folgen, nicht sittenwidrig ist, das näher zu begründen, überschreitet den Rahmen dieser Anmerkung.

2. Die Vertragstreue entspringt volksgemeinschaftlicher Pflichtgebundenheit. Der Gemeinschaftssinn der Volksgemeinschaft steht hinter ihr. Wo dieser das Festhalten an einer vertraglichen Verpflichtung nicht erfordern würde, kann die Treuepflicht auch nicht aus dem Gemeinschaftssinn eines besonderen Kreises, etwa der in einem Kartell vereinigten Angehörigen einer bestimmten Branche, begründet sein. Der Hinweis auf den im Kartellverhältnis sich befindenden Gemein-

schaftsinn ist teils überflüssig, teils bedenklich. Die nationalsozialistische Denkweise hat den Gegensatz Erzeuger (Händler) — Verbraucher überwunden. So wenig der, der die Preisbindung des Kartells, dem er angehört, zu Wettbewerbszwecken bricht, sich grundsätzlich damit rechtfertigen kann, daß er damit auch im Interesse der Verbraucher handle, kann der Gemeinschaftsinn der Kartellmitglieder die ausschlaggebende Grundlage für ihre gegenseitige Treuepflicht sein. Es kann nur darauf ankommen, ob die kartellmäßige Preisbindung innerhalb der volksgemeinschaftlichen Treuepflicht zu Recht besteht.

Schade ist, daß der Senat sich der Stellungnahme zu der Frage, ob das verschleierte Preisunterbieten, auch ohne vertragmäßige Preisbindung, sittenwidrig ist, entzogen hat. Ich möchte die Sittenwidrigkeit unbedingt bejahen. Der Wettbewerbskampf muß offen und ehrlich geführt werden. Getarntes Preisunterbieten kann nur den Zweck haben, sich vor anderen Mitwettbewerbern nicht durch bessere Leistung, sondern durch deren Täuschung einen Vorsprung zu sichern. Daß der Verbraucher daraus Vorteile haben mag, ist aus dem oben Ziff. 2 hervorgehobenen Gesichtspunkt nicht geeignet, solchem Verhalten die Sittenwidrigkeit zu nehmen.

RA. Dr. Alfons Roth, Berlin.

*

12. § 54 Abs. 1 R. D. Als aufschiebend bedingte Forderung i. S. der R. D. (§ 54 Abs. 1 R. D.) sind nicht nur solche anzusehen, die zufolge rechtsgeschäftlicher Bestimmung von einem künftigen Ereignisse abhängig sein sollen, sondern auch die gesetzlich bedingten Ansprüche, insbes. die Rückgriffsansprüche von Bürgen des Gemeinschuldners, wenn auch der Eintritt der Bedingung, die Befriedigung des Gläubigers durch den Bürgen, erst nach der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Gemeinschuldners erfolgt (siehe hierzu R. G. Z. 58, 11). Die Aufrechnungsbefugnis des Bürgen wird nicht dadurch beeinträchtigt, daß der Hauptgläubiger seine Forderung zum Konkurse angemeldet hat. †)

Der Vekl. war Kommanditist und Prokurist der zum Betriebe eines Bankgeschäftes gegründeten Kommandit-Ges. M. und hat mit ihr in laufender Geschäftsverbindung gestanden. Durch einen Vergleich v. 5. Dez. 1929 hatte der persönlich haftende Gesellschafter M. mit dem Vekl. dessen Verbindlichkeiten gegenüber der Gesellschaft auf insgesamt 45 000 RM festgestellt. Die Gesellschaft hat im April 1930 ihre Zahlungen eingestellt, im Juli 1930 ist über ihr Vermögen das Konkursverfahren eröffnet worden.

Der Konkursverwalter verlangt mit der im Juli 1930 erhobenen Klage von dem Vekl. die Zahlung von 28 175,38 RM, indem er bei der Berechnung dieser Schuld in erster Reihe von dem geschlossenen Vergleich ausgeht. In zweiter Reihe macht er geltend, der Vekl. habe seine sich auf insgesamt 150 000 RM belaufende Kommanditeinlage nicht voll eingezahlt; da der Vergleich auch diesen Streitpunkt habe erledigen sollen, sei er nach § 172 Abs. 3 HGB. unwirksam. (Darauf soll hier nicht näher eingegangen werden.)

Der Vekl. bestreitet, der Konkursmasse irgend etwas zu schulden, behauptet, große Gegenansprüche zu haben, und verlangt widerklagend die Feststellung, daß ihm im Konkurse über das Vermögen des Bankhauses M. eine Forderung von 10 000 RM zustehe.

Die Angriffe der Rev. des Vekl. richten sich gegen die Zurückweisung einer Reihe von Beanstandungen der Abrechnung des Kl. und gegen die Nichtberücksichtigung von geltend gemachten Gegenforderungen.

Ihre Angriffe sind begründet, soweit sie sich gegen die Ablehnung von Ansprüchen des Vekl. aus der der Firma W. gegenüber übernommenen Bürgschaft richten. Der Vekl. hatte unter

Bezugnahme auf das Zeugnis seines Bruders, Inhaber der Firma W., behauptet, er habe in dieser Angelegenheit inzwischen durch Verrechnung 10 000 RM gezahlt. Diese Annahme ist tatsachenswidrig. Der Vekl. hatte in verschiedenen Schriftsätzen behauptet und unter Beweis gestellt, die Gemeinschuldnerin habe an die Firma W. zwei Hypothekenbriefe ihres Schuldners L. veräußert; „für die Verität und Bonität“ habe die Gemeinschuldnerin sich gegenüber der Firma W. verpflichtet, ebenso für den pünktlichen Eingang des Geldes; der Firma W. gegenüber habe sich der Vekl. persönlich für die Eingänge aus dem Geschäft mit der Gemeinschuldnerin verbürgt. Der Vekl. hatte weiter unter Beweis gestellt, daß die Firma W. von der Gemeinschuldnerin noch mindestens 40 000 RM (nach Befriedigung durch ihn in Höhe von 10 000 RM, siehe oben, noch 30 000 RM) zu fordern habe. Auch diese Behauptung war von Bedeutung, da der Vekl., falls er die Bürgschaft für die Gemeinschuldnerin übernommen hatte, nach § 54 Abs. 3 R. D., soweit er aus ihr noch in Anspruch genommen werden konnte, zum Zwecke der Aufrechnung insoweit Sicherstellung verlangen konnte, als die etwaige Ersatzforderung seiner Schuld gleichkam.

Ob der Vekl. an die Firma W. erst nach der Konkursöffnung gezahlt hat, ist ohne Belang. Denn durch § 54 Abs. 1 R. D. ist eine aufschiebend bedingte Forderung, wenn im übrigen die Voraussetzungen der Aufrechenbarkeit nach bürgerlichem Recht vorliegen, für den Konkurs für aufrechenbar erklärt. Als aufschiebend bedingte Forderung i. S. der R. D. sind nicht nur solche anzusehen, die zufolge rechtsgeschäftlicher Bestimmung von einem künftigen Ereignisse abhängig sein sollen, sondern auch die gesetzlich bedingten Ansprüche, insbes. die Rückgriffsansprüche von Bürgen des Gemeinschuldners, wenn auch der Eintritt der Bedingung, die Befriedigung des Gläubigers durch den Bürgen, erst nach der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Gemeinschuldners erfolgt (R. G. Z. 58, 11). Tritt die Bedingung während des Konkursverfahrens ein, wird also während des Konkurses die Forderung des Bürgen eine unbedingte, so kann er die Aufrechnung selbst erklären, darf sich also unter Ausschluß der übrigen Konkursgläubiger aus seiner eigenen Schuld zur Masse vollständig befriedigen. Hat der Bürge den Gläubiger noch nicht befriedigt, so muß er zwar seine Schuld an die Konkursmasse zahlen, ihm ist aber zur Sicherung der ihm in § 54 Abs. 1 R. D. gewährten Aufrechnungsbefugnis, die erst nach Eintritt der Bedingung voll zur Geltung kommen kann, im Abs. 3 des § 54 das Recht gegeben, Sicherstellung für die ihm mit Eintritt der Bedingung entstehende Forderung auf Rückzahlung des Betrages zu verlangen.

Der Konkursgläubiger, welcher zur Aufrechnung befugt ist, hat demgemäß das Recht, soweit seine Aufrechnungsbefugnis reicht, alle übrigen Konkursgläubiger von der Befriedigung aus der zur Konkursmasse gehörigen Forderung des Gemeinschuldners auszuschließen, gegen welche er aufrechnen darf. Er hat das Recht, sich insoweit aus der zur Konkursmasse gehörigen Forderung ebenso zu befriedigen, wie der absonderungsberechtigte Pfandgläubiger, der zugleich Konkursgläubiger ist, aus der zur Konkursmasse gehörigen Pfandsache. Die Ausübung dieses Rechts erfolgt außerhalb des Konkursverfahrens, dessen Aufgabe es ist, die gleichmäßige Befriedigung aller Konkursgläubiger herbeizuführen. Die Befugnis zur Aufrechnung und die Ausübung dieser Befugnis sind der Einwirkung des Konkursverfahrens entzogen. Soweit der Konkursgläubiger zur Aufrechnung berechtigt ist, soll er von allen Nachteilen, die das Konkursverfahren für andere Konkursgläubiger herbeiführt, freibleiben und für den Bereich der bereits zur Zeit der Konkursöffnung begründeten Aufrechnungsbefugnis nicht als Konkursgläubiger gelten. Aus diesen bereits in R. G. Z. 80, 407 ff. = JW. 1913, 215 ausgesprochenen Grundsätzen folgt, daß die Aufrechnungsbefugnis des Bürgen auch nicht dadurch beeinträchtigt wird, daß der Hauptgläubiger seine Forderung zum Konkurse angemeldet hat. Zwar kann der nicht zur Aufrechnung befugte Bürge seinen etwaigen Rückgriffsanspruch gegen den Gemeinschuldner im Konkurse nicht geltend machen, soweit der Hauptgläubiger sich am Konkurse beteiligt, weil andernfalls dieselbe Forderung im Konkurse doppelt berücksichtigt werden müßte (Verz. d. Sen.: R. G. Z. 14, 272 und spätere Urteile). Aber für die

Geltendmachung der Aufrechnung durch den aufrechnungsbefugten Bürgen gilt dies nicht. Seine zur Aufrechnung gestellte Rückgriffsforderung wird durch die Beteiligung des Hauptgläubigers am Konkurs nur insoweit beeinflusst, als dieser im Konkurs Befriedigung findet und die Schuld des Bürgen sich dadurch verringert.

(U. v. 17. Juli 1936; VII 327/35.)

Anmerkung: Der in der obigen Entsch. berührte Fragenkomplex betrifft die Rechtsstellung des rückgriffsberechtigten Bürgen im Konkurs des Hauptschuldners. Hat der Bürge vor Konkursöffnung den Gläubiger befriedigt, so kann freilich an seiner Berechtigung, die auf ihn übergegangene oder ihm aus anderen Gründen erwachsene Regressforderung konkursmäßig geltend zu machen, nicht gezwweifelt werden. Probleme tauchen hingegen auf, wenn bei Konkursöffnung eine Befriedigung des Gläubigers durch den Bürgen noch nicht stattgefunden hat. Drei Fragen sind hier auseinanderzuhalten. Die erste geht dahin: ist der im Falle der Gläubigerbefriedigung sich für den Bürgen ergebende Erstattungsanspruch ein bei Konkursöffnung vorhandener bedingter Anspruch, der nach § 3 R.D. zur Teilnahme am Konkurs und, wenn auch vorläufig nicht zum Empfang, so doch nach § 67 zur Sicherstellung einer Dividende berechtigt? Die Frage wurde von § 86 Abs. 2 Pr.R.D. verneint, von der der Reichstagsvorlage des Jahres 1875 beigegebenen Begründung zum Entwurf unserer R.D. (S. 282 f.) bejaht; den bejahenden Standpunkt teilt die heutige Lehre (vgl. Jäger, R.D., § 3 Anm. 24, § 67 Anm. 1 und 5) und auch das RG. betrachtet es in den obigen Urteilsgründen gewissermaßen als selbstverständlich, daß als bedingte Ansprüche i. S. der §§ 3, 67 R.D. auch die von einer Rechtsbedingung abhängigen Ansprüche zu gelten haben. — Die andere Frage lautet: kann der Bürge seinen künftigen Rückgriffsanspruch unter allen Umständen im Konkurs des Hauptschuldners anmelden, oder nur dann, wenn der Gläubiger selbst seinen Anspruch gegen letzteren (etwa gerade wegen der Sicherheit, die ihm die Bürgschaft gewährt) im Konkurs nicht geltend macht? Auch hier schließt sich das obige Erkenntnis der herrschenden Lehre an, die sich mit Recht für die zweite Alternative entscheidet: denn andernfalls würden für ein und dieselbe Schuldenlast verschiedene Gläubiger Ansprüche an die Konkursmasse erheben (vgl. wegen der Einzelheiten wieder Jäger, R.D., § 3 Anm. 24 a. E. und § 67 Anm. 5). — Und drittens handelt es sich darum: hat es bei dem Grundsatz, daß der möglicherweise rückgriffsberechtigte Bürge im Konkurs des Hauptschuldners nicht neben dem Gläubiger auftreten kann, auch dann sein Bewenden, wenn das Vermögen des Hauptschuldners eine Gegenforderung gegen den Bürgen aufweist, oder steht alsdann dem Bürgen die beschränkte Kompensationsbefugnis des § 54 Abs. 3 R.D. offen, einerlei ob der Gläubiger selbst mit seiner Forderung am Konkurs teilnimmt? Das RG. spricht sich oben im letzteren Sinne aus und führt als zutreffende Begründung an, daß ebenso wie § 67, so auch § 54 Abs. 3 unter den ausschließenden Bedingungen nicht nur die rechtsgeschäftlichen Bedingungen, sondern auch die bloßen *condiciones juris* begreife und daß der bedingte Regressanspruch des kompensationsberechtigten Bürgen die Konkurrenz mit dem Forderungsrecht des Gläubigers deshalb vertrage, weil das Recht auf Sicherstellung, das der § 54 Abs. 3 gewähre, nicht eine Befriedigung aus der Konkursmasse anstrebe, wie sie den Konkursgläubigern zuteil werde, sondern auf eine außerkonkursmäßige Abfindung gerichtet sei, ähnlich derjenigen, deren sich die absonderungsberechtigten Pfandgläubiger erfreuen. Soweit freilich im Konkursverfahren der Hauptgläubiger seine Befriedigung findet, beeinflusst dessen Teilnahme am Konkurs die zur Aufrechnung gestellte Rückgriffsforderung des Bürgen indirekt dadurch, daß sich durch die Verringerung der Hauptschuld naturgemäß auch die Regressforderung des Bürgen verringert.

Prof. Dr. T i e e, Berlin.

Oberlandesgerichte: Zivilsachen

13. §§ 1 Abs. 2 Ziff. 1, 4 SGB.

1. Abgrenzung zwischen Handwerk und Fabrik.

2. Handwerker, die in Ausübung des Handwerks Waren anschaffen und veräußern, sind niemals in das Handelsregister einzutragen. Auf den Umfang des Betriebes kommt es nicht an. †)

Der Tischlermeister M. B. betreibt ein als Möbelfabrik bezeichnetes Unternehmen, in dem er in der Hauptsache serienweise Schlafzimmer herstellt. Auf Antrag der Industrie- und Handelskammer gab das Registergericht ihm unter Androhung einer Ordnungsstrafe auf, die Firma des Geschäfts und den Ort der Niederlassung zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Auf den rechtzeitig eingelegten Einspruch hob das Registergericht die Verfügung auf, weil das Geschäft handwerksmäßig betrieben werde. Beschw. und weitere Beschw. hatten keinen Erfolg.

Das LG. hat folgendes tatsächlich festgestellt: Der Betrieb diene in der Hauptsache der Herstellung von Schlafzimmern, die nach verschiedenen Modellen serienweise hergestellt würden. Die Möbel würden durch Provisionsvertreter in zahlreichen größeren Städten Deutschlands vertrieben. Der Umsatz betrage etwa 240 000 RM jährlich. Die Arbeiten würden in einem Gebäude von 30 m Länge und 13 m Breite ausgeführt, das auch mehrere im einzelnen aufgeführte Maschinen enthalte. Es würden etwa 42 Arbeiter beschäftigt, von denen weitaus die meisten gelernte Tischler seien. Außerdem würden fünf Tischlerlehrlinge ausgebildet. Die kaufmännischen Arbeiten führe eine in einem Buchhaltungskursus ausgebildete Angestellte, die zeitweise von dem jüngsten Sohn des Inhabers unterstützt würde. Die technische Leitung des Geschäftes liege in den Händen des Inhabers und seiner drei Söhne. Bei den technischen Arbeiten sei eine weitgehende Arbeitsteilung festzustellen. Der Inhaber und seine drei Söhne, alle gelernte Tischler, arbeiteten dauernd im Betriebe als Handwerker mit. Die Tätigkeit der Tischler bestehe neben der Arbeit an den Maschinen in erster Linie im Zusammenbau, im Anschlagen der Schloßer und Hänge und im Beizen und Polieren. Dabei würden die Arbeitsplätze je nach Bedürfnis ausgewechselt und vertauscht. Mit dem Zusammensetzen, Beizen und Polieren seien etwa 24 Mann beschäftigt. Von Kunden hereinkommende Wechsel würden zur Bezahlung von Rohmaterialien weitergegeben; im übrigen bestände ein Wechselverkehr nicht.

Diese tatsächlichen Feststellungen beruhen auf rechtlich einwandfreien Ermittlungen und sind für das Gericht der weiteren Beschw. bindend.

Das LG. sieht das Unternehmen als Großhandwerksbetrieb an, während die Beschw. es zu den Fabrikbetrieben rechnet. Die Beschw. beruft sich für ihre Ansicht darauf, daß der Betrieb serienweise Schlafzimmereinrichtungen herstelle, und daß bei weitgehender Arbeitsteilung zahlreiche Maschinen verwendet würden; ferner, daß der Betrieb kaufmännische Einrichtungen aufweise, mit Bank- und Wechselkrediten arbeite und eine Verkaufsorganisation nach allgemeinen kaufmännischen Grundsätzen bestehe; schließlich, daß der Betriebsinhaber seine Ware nur an Wiederverkäufer absetze und sich dabei nicht auf die nähere Umgebung beschränke, daß er auch selbst sein Geschäft als Fabrik bezeichne. Alle diese Merkmale sind allerdings Anzeichen, die sich bei Fabriken finden oder finden können. Sie sind aber nicht entscheidend. Sie zeigen nur, daß es sich hier um einen Großbetrieb handelt, aber sie schließen die Zugehörigkeit zum Handwerk nicht aus. Als wesentliche Unterschiede zwischen Fabrik und Handwerk sind folgende beiden Merkmale anzusehen: Bei einem Handwerksbetrieb muß der Betriebsleiter Handwerker sein und als solcher im Betriebe mitarbeiten. Dabei braucht der Betrieb nicht unbedingt von dem Betriebsinhaber geleitet zu werden (vgl. § 6 Abs. 3 der 3. W.D. über den vorläufigen Aufbau des deutschen Handwerks v. 18. Jan. 1935

[R.G.B. I, 15]); der Betrieb muß aber (von Ausnahmefällen abgesehen; vgl. § 6 Abs. 1 und 2 a. a. O.) von einem Handwerker geleitet werden. Ferner müssen bei einem Handwerksbetriebe die meisten Arbeiter gelernte Facharbeiter (Gesellen) sein. Nicht schon die Arbeitsteilung als solche unterscheidet die Fabrik vom Handwerksbetriebe, sondern der Umstand, daß in einer Fabrik der größte Teil der Arbeit von ungelernten oder angelernten Arbeitern verrichtet wird (vgl. Groshuff: ZW. 1934, 3030; Hartmann, Neues Handwerksrecht, 2. Aufl., Teil II, S. 43). Daß diese beiden Voraussetzungen vorliegen, hat das RG. in rechtsbedenkensfreier Weise tatsächlich festgestellt.

Die BeschwF. beruft sich demgegenüber auf die Richtlinien, die der RWiM. für die Abgrenzung zwischen Handwerk und Industrie auf dem Gebiet der serienmäßigen Möbelherstellung für allgemein verbindlich erklärt hat (Amtl. Mitteilungsblatt der Industrie- und Handelskammer zu Osnabrück 1936, 35). Diese Richtlinien, die nach der Entsch. des RG. erlassen sind, beziehen sich nur auf die Eintragung in die Handwerksrolle, in der der Betriebsinhaber aber noch eingetragen ist. Ob er in der Handwerksrolle gelöscht werden wird, steht noch dahin. Es ist dies auch nicht ohne weiteres aus den Richtlinien zu entnehmen, weil diese für einen Fabrikbetrieb die „weitestgehende“ Aufteilung des gesamten Produktionsvorganges in einzelne Arbeitsgänge verlangen. Diese Voraussetzung muß im Einklang mit den vorstehenden Ausführungen dahin verstanden werden, daß die Aufteilung so weit geht, daß die Arbeit größtenteils von ungelernten oder angelernten Arbeitern geleistet werden kann, Facharbeiter (Gesellen) aber nicht oder nur in geringem Umfange erfordert. Schließlich hat der Senat bisher die Ansicht vertreten, daß die Eintragung in die Handwerksrolle (und demgemäß auch die Löschung darin) den Registerrichter nicht bindet (ebenso Hartmann a. a. O. S. 39), wenn diese Tatsache auch ein wichtiges Beweiszeichen für ihn abgeben wird (vgl. Hildebrandt, Deutsche Freiwillige Gerichtsbarkeit 1936, S. 143).

Hiernach hat das RG. ohne Rechtsverstöß den in Rede stehenden Betrieb als Handwerksbetrieb angesehen. Der Inhaber ist danach nach § 4 HGB. von der Verpflichtung zur Eintragung in das Handelsregister befreit. Groshuff (ZW. 1934, 3031, auch 1936, 1683) scheint allerdings der Ansicht zu sein, daß Handwerker, die Waren anschaffen und (nach Be- oder Verarbeitung) weiter veräußern, und die deshalb ein Grundhandelsgewerbe nach § 1 Abs. 2 Ziff. 1 HGB. betreiben, dann in das Handelsregister eingetragen werden müßten, wenn ihr (Handels-) Betrieb über den Umfang eines Kleingewerbes hinausgeht. Dieser Ansicht ist nicht beizupflichten. Ihr widerspricht sowohl der Wortlaut wie der durch die Entstehungsgeschichte (vgl. Hahn, Materialien, Bd. VI, S. 201, insbes. S. 539) belegte Zweck der Vorschrift. § 4 HGB. schränkt danach den § 1 Abs. 2 Ziff. 1 nicht nur quantitativ (Kleingewerbebetreibende), sondern auch qualitativ ein: Handwerker, die in Ausübung des Handwerks Waren anschaffen und veräußern, sind zwar Kaufleute nach § 1 Abs. 2 Ziff. 1; aber die Vorschr. über das Firmenrecht sind auf sie niemals anzuwenden; es kommt deshalb nicht darauf an, ob ihr Gewerbebetrieb über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht.

(RG., 1. ZivSen., Beschl. v. 27. Aug. 1936, 1 Wx 353/36.)

[5.]

Anmerkung: Die Entsch. liegt im Zuge der bisherigen Rspr., wie sie sich besonders aus Joh. 27, A 61; 35, A 142; 49, 97; ZFG. 6, 173; 9, 101 ergibt. Danach betrachtet das RG. den Gesamtcharakter eines Betriebes wirtschaftlich als eine Einheit und stellt — je nach Ergebnis — den gesamten Betrieb auch rechtlich entweder als nur handwerklich oder als nur kaufmännisch fest. Ist der Gesamtbetrieb als Handwerk anzusehen, so kann es allerdings nach § 4 HGB., der unbestritten auch den Großhandwerker vom Firmenrecht ausschließt, registerrechtlich auf die Kaufmannseigenschaft und damit auf die Vollkaufmannseigenschaft nicht mehr ankommen.

Die Frage ist aber, ob es richtig ist, den Betrieb, weil er wirtschaftlich eine Einheit bildet, auch rechtlich als Einheit zu behandeln.

Man denke an den lehrreichen Fall des Großschlächters, der sich noch heute sowohl in der Form des reinen Lohnhandwerkers (insbes. auf dem Berliner Zentralviehhof) als in der Form des sogenannten Warenhandwerkers (§ 1 Ziff. 1 HGB.) findet. Die Facharbeit kunstgerechten Zerlegens des Fleisches insbes. kann nicht anders als handwerklich erfolgen. Nach den Grundsätzen obiger Entsch. wäre es also völlig ausgeschlossen, den Großschlächter jemals als Kaufmann ins Handelsregister einzutragen, obwohl Joh. 27, A 61, gerade bei diesem Schulfall die Eintragungsmöglichkeit erörtert. Da muß also irgend etwas nicht stimmen.

Tatsächlich handelt es sich beim sogenannten Warenhandwerker um einen Mischbetrieb: die Verbindung des Handwerks mit dem Handel. Ein Großschlächter, der wöchentlich etwa 100 Stück Rindvieh lebend aufkauft, schlachtet und dann an Wiederverkäufer (Vadenschlächter) veräußert, vereinigt in sich zwei entgegengesetzte Wirtschaftstypen: die des Fleischers und die des Viehhändlers. Die letztere darf man nicht ignorieren, weil der Handel „in Ausübung des Handwerks“ erfolge. „Arbeit“ und „Handel“ sind zwei verschiedene Betriebsarten.

Der Unterzeichnete hält es daher, um rechtlich das Wesen des Gesamtbetriebes lückenlos zu erfassen, für geboten, den Gesamtbetrieb in seine Betriebsarten zu zergliedern. Das „Handwerk“ ist seiner inneren Struktur nach ein lediglich formgebendes Gewerbe, wie auch das in § 1 Ziff. 2 HGB. als Handelsgewerbe fingierte Be- und Verarbeitungsgewerbe, das in der Hauptsache (wenn auch nicht ausschließlich) den Fabrikbetrieb umfaßt. Daher ist es notwendig, mit dem RG. zunächst einmal das „Handwerk“ abzugrenzen vom Be- und Verarbeitungsgewerbe des § 1 Ziff. 2 HGB. Diese Bestimmung fordert es ja auch ausdrücklich durch die Einschränkung „sofern der Betrieb über den Umfang eines Handwerks hinausgeht“, wobei „Umfang“ nicht „Größe“, sondern „Grenze“ und „Umfang des Handwerks“ somit „handwerkliche Betriebsart“ im Gegensatz zur „kaufmännischen Betriebsart“ bedeutet (Joh. 27, A 63; 49, 98). Sodann ist es notwendig, von dem formgebenden Handwerk den nichtformgebenden Teil des Betriebes abzugrenzen und zu untersuchen, ob dieser einen Handel i. S. des § 1 Ziff. 1 HGB. enthält. Ausgehend also davon, daß nach dem vom Gesetz nicht ausgeschalteten Sprachgebrauch unter „Handwerker“ i. S. des § 4 HGB. der Lohnhandwerker zu verstehen ist, gelangt der Unterzeichnete — insoweit übrigens in Übereinstimmung mit dem RG. — dahin, den Handwerker, der „in Ausübung des Handwerks“ Waren selbst anschafft und veräußert, auch unter § 1 Ziff. 1 HGB. zu subsumieren und seine Doppelseigenschaft als Handwerker und Kaufmann rechtlich zu würdigen. Aus dieser Doppelseigenschaft folgt aber für ihn — hier im Gegensatz zum RG. — die Notwendigkeit, im Einzelfalle zu prüfen, ob der Gewerbebetrieb der Anschaffungs- und Veräußerungsgeschäfte für sich allein nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, also über ein Kleingewerbe hinausgeht (§ 4 HGB.).

Zu Unrecht führt das RG. Wortlaut und Entstehungsgeschichte des Gesetzes gegen die hier vertretene Untersuchungsmethode ins Feld. Der Wortlaut des § 4 HGB. ergibt nicht, daß „Handwerker“ etwas anderes bedeutet, als ihm nach dem Sprachgebrauch zukommt: die völlige Ausschließung nur des Lohnhandwerkers vom Handelsrecht entspricht vielmehr der Logik. Nach Hahn (Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, Bd. 6 S. 201) ist es demgemäß abgelehnt worden, die „Geschäfte der Handwerker, selbst wenn die Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 Nr. 1 des Entwurfs vorlägen, nicht mehr als Handelsgeschäfte anzusehen“. Nach Hahn (a. a. O. S. 535) sollte deshalb „nur der ganz geringfügige, wesentlich auf Ausbesserungsarbeiten (!) beschränkte Handwerksbetrieb nicht unter das HGB. fallen“ (Fließschuster, Fließschneider u. dgl.). „Dagegen sei“ — so heißt es a. a. O. weiter — „die Grenze zwischen dem gesamten (!) Handwerk und dem Kaufmannsgeschäft schwer zu ziehen, ohnehin kämen in den meisten größeren Handwerksbetrieben auch kaufmännische Geschäfte vor, ihre Inhaber (!) würden

also unter allen Umständen (!) unter das HGB. fallen. Damit vermischt sich aber die Abgrenzung... Eine wirtschaftlich so unklare und tatsächlich so schwer zu bestimmende Grenzlinie könne nicht zur Unterlage einer gesetzlichen Grenzbestimmung gemacht werden.“ Aus diesen Erwägungen sind dann zwei Anträge abgelehnt worden:

1. dem § 1 Ziff. 1 HGB. die der Ziff. 2 und 9 entsprechende Einschränkung „sofern der Betrieb über den Umfang eines Handwerks hinausgeht“ beizufügen,
2. diese Einschränkung durchweg zu streichen und in Ziff. 1, 2 und 9 stattdessen beizufügen: „sofern der Betrieb über den Umfang eines Kleingewerbes hinausgeht“.

Was folgt daraus?

Nichts, was gegen die hier vertretene Ansicht verwendet werden könnte! Denn mit keinem Wort ist hier oder anderswo in den Materialien gesagt, ob „Eintragung“ ins Handelsregister erfolgen solle oder nicht. Die Unterstellung der „Geschäfte“ der Handwerker unter das Handelsrecht spricht eher für die Zulassung der Eintragung des kaufmännischen Teils des Betriebes eines Handwerkers: Die Doppelseigenschaft des Gewerbetreibenden als Handwerker und Kaufmann wird gerade unterstrichen und aus diesem Grund die Notwendigkeit einer Abgrenzung verneint („ohnehin...“). Im übrigen geht aus den Materialien unzweideutig lediglich hervor, daß der Gesetzgeber jede generelle Abgrenzung unterließ und daß deshalb zwei Anträge, die dahin abzielten, abgelehnt sind.

Obwohl diese Anträge abgelehnt sind, hat das RG. in Joh. 27, A 62 (unten), den Antrag zu 1 in Ziff. 1 des § 1 HGB. wieder hineininterpretiert: „Ist der Gewerbetrieb, der die Anschaffung und Weiterveräußerung zum Gegenstande hat (!), nur ein handwerksmäßiger (?), so ist der Inhaber allerdings nicht, wie die Unternehmer der sich aus § 1 Nr. 2 und 9 ergebenden Handwerksbetriebe (?), der Anwendung der handelsrechtlichen Normen gänzlich entzogen; diese sind vielmehr mit einzelnen Ausnahmen (§§ 4, 351) auf ihn anzuwenden, so daß er zwar nicht Vollkaufmann, wohl aber Minderkaufmann ist. Geht jedoch sein Betrieb über den Umfang des Handwerks (!) hinaus, so muß er ebenso Vollkaufmann sein, wie die in § 1 Nr. 2 und 9 bezeichneten Gewerbetreibenden.“ Diese Interpretation entspricht, wie man sieht, nicht gerade der Entstehungsgeschichte. Die Fehlerquelle liegt in der Auffassung des wirtschaftlichen Gesamtbetriebes als einer rechtlichen Einheit. Anschaffungs- und Veräußerungsgeschäfte sind „Handel“, und dieser ist wesensverschieden vom formgebenden Handwerk: der Antrag zu 1 mußte folgerichtig daher seinerzeit, wie gesehen, abgelehnt werden. Zudem auch der Antrag zu 2 abgelehnt wurde (Kleingewerbe), ist klargestellt, daß für die Anwendung handelsrechtlicher Vorschriften auf Handwerker nicht der wirtschaftliche Gesamtbetrieb rechtlich entscheidet, sondern stets (auch im Falle der Ziff. 2 und 9) der Handel allein und hierfür § 4 HGB. genügt.

Es bleibt übrig, nunmehr die Rußanwendung zu ziehen auf den vorl. Fall. Ein Tischlermeister ist unstreitig Handwerker (vgl. DRWz. v. 8. Dez. 1934 Nr. 287). Der Betrieb der Tischlerei wird hier auch handwerksmäßig, d. h. individuell mit vorwiegend gelernten Handwerkern, nicht schablonenmäßig mit vorwiegend ungelernten oder angelernten Arbeitern ausgeübt. Alles, was die obige Entsch. in dieser Hinsicht ausführt, ist klar und überzeugend. Damit ist der Betrieb abgegrenzt als Handwerk von dem Be- und Verarbeitungsgewerbe der Ziff. 2 des § 1 HGB., insbes. von der Fabrik. Zutreffend erstmalig vom RG. ist hier gewürdigt die nur sekundäre Bedeutung der Arbeitsteilung, die auch unter Fachhandwerkern möglich ist, und der Maschinenverwendung, die auch das Großhandwerk kennt. Ob auch die Betriebsleitung von einem Handwerker (Inhaber oder Vertreter) ausgeübt wird, möchte der Unterzeichnete nicht für ein Begriffsmerkmal, sondern nur für ein Indiz halten: denn es handelt sich insoweit bei der W. v. 18. Jan. 1935 (RW. I, 15) nur um eine Frage

der Organisation, über die die Handwerkskammer zu wachen hat, wenn sie ein Handwerk für gegeben hält; das RG. nimmt ja selbst (zutreffend) an, daß die Eintragung oder Löschung in der Handwerksrolle das Registergericht nicht bindet (vgl. auch RG.: JW. 1936, 1683). Es ist aber noch nicht das Handwerk abgegrenzt vom Handel und der Handel des Tischlermeisters gewürdigt nach § 1 Ziff. 1 HGB.

In dieser Hinsicht unterscheidet sich unser Tischlermeister wesentlich von seinen Berufskollegen: er wartet nicht ab, ob ihm ein Kunde einen Arbeitsauftrag gibt, sondern er beschafft das Material, „verordnet“ sich selbst Tischlerarbeit ohne Nachfrage, legt das fertige Produkt auf Vorrat und wirft es durch Angebot auf den Markt; er betätigt sich dadurch nicht nur kaufmännisch i. S. des § 1 Ziff. 1 HGB., sondern entwickelt darüber hinaus in hervorragendem Maße auch kaufmännische Initiative mit kaufmännischem Absatzrisiko. Das hätte m. E. das RG. stutzig machen sollen. Wenn dieser Handel stattfindet durch serienweise Vorratsherstellung und Vertrieb „in zahlreichen größeren Städten“ mittels einer Verkaufszugorganisation von Provisionsvertretern, so dürfte er nicht nur der „Art“ nach (Anschaffung und Weiterveräußerung), sondern auch dem „Umfange“ nach einen „in kaufmännischer Weise“ eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordern. Denn ein Großbetrieb mit 42 Hilfskräften, Verkaufsorganisation, Jahresumsatz von 240 000 RM und Wechselverkehr geht über kleingewerbliche Betriebsart hinaus, die sich primitiv, insbes. im einfachen Barverkehr gegenüber Laufkunden, abwickelt. Unser Tischlermeister ist also Handwerker und Vollkaufmann und gehört — genau wie der Viehhandel treibende Großschlächter — sowohl in die Handwerksrolle als ins Handelsregister. Registerrechtlich interessiert allerdings nur die Eintragungsfähigkeit ins Handelsregister: Das RG. hätte von seinem Standpunkt aus, der den Gesamtbetrieb als Einheit würdigt, ihn — unerachtet der handwerklichen Arbeitsweise — positiv als Vollkaufmann qualifizieren müssen, weil nach § 1 Ziff. 1 HGB. es keinen Unterschied macht, ob die Waren „nach einer Bearbeitung oder Verarbeitung“ weiterveräußert werden; es sah sich aber durch seinen engen wirtschaftlichen Standpunkt veranlaßt, sich negativ auf die Feststellung der Handwerkseigenschaft des Gesamtbetriebes zu beschränken, obwohl es registerrechtlich die Konsequenzen der Handwerkseigenschaft der Handwerkskammer überlassen durfte.

Im Endergebnis ist daher obiger Entsch. nicht zuzustimmen. Bemerkte sei, daß auch der Satz der Entsch. „§ 4 HGB. schränkt danach den § 1 Abs. 2 Ziff. 1 nicht nur quantitativ (Kleingewerbetreibende)... ein“ in Widerspruch steht mit Joh. 49, 98, wo es heißt: Umfang „bedeutet in diesem Zusammenhange nicht ‚Größe‘, sondern ‚Grenze‘“ bzw.: „der § 4 spricht von dem Umfange des Kleingewerbes, d. h. einer ganzen Klasse von Unternehmungen“. Damit ist — ähnlich wie beim formgebenden Handwerk (§ 1 Ziff. 2 und 9 HGB.) die handwerkliche Betriebsart — die kleingewerbliche Betriebsart der großgewerblichen Betriebsart mit Recht qualitativ gegenübergestellt. Auch dieser Irrtum dürfte nicht ohne Einfluß auf das Endergebnis der Entsch. gewesen sein.

UGA. Groschuff, Berlin.

*

14. §§ 22, 105, 131, 145, 156 HGB. Verpachtete eine DSG. ihr Geschäft mit der Befugnis zur Fortführung der Firma, ohne die DSG. aufzulösen, so liegt darin der Beschluß, die DSG. in eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts umzuwandeln; sie darf deshalb keine neue Firma annehmen. †)

Nach § 105 HGB. ist eine Gesellschaft nur dann eine DSG., wenn ihr Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet ist. Diese Erfordernisse erfüllt eine Gesellschaft nach der Veräußerung oder Verpachtung ihres Handelsgeschäftes nicht mehr, gleichgültig, ob sie dem Übernehmer die Fortführung der Firma gestattet oder nicht. Sie betreibt dann kein Handelsgewerbe mehr. Die Verwaltung

der ihr etwa verbliebenen Grundstücke und sonstigen Vermögensgegenstände, deren Eigentum sie trotz der Veräußerung oder Verpachtung des Handelsgeschäftes etwa behalten hat, sowie die Verwaltung der aus ihrem Vermögen fließenden Einkünfte, insbes. des Pachtzinses, stellen kein Handelsgewerbe i. S. des § 1 HGB. dar. Die Voraussetzungen des § 2 HGB. werden in einem solchen Falle kaum jemals vorliegen.

Beschließen die Gesellschafter einer OHG. bei der Veräußerung oder Verpachtung des Handelsgeschäftes die Auflösung der OHG. (§ 131 Nr. 2 HGB.), ohne gleichzeitig eine andere Art der Auseinanderlegung zu vereinbaren (§ 145 Abs. 1 HGB.), so bleibt die OHG. kraft ausdrücklicher Vorschr. (§ 156 HGB.) als Abwicklungsgesellschaft bestehen, obwohl ihr Zweck nun nicht mehr auf den Betrieb eines Handelsgewerbes gerichtet ist, wie es § 105 HGB. erfordert. Das Gesetz sieht in diesem Falle die Vermögensverwaltung und Vermögensverteilung als Abwicklung und Fortwirkung des früheren Handelsgewerbes an. In solchem Falle müßte die OHG., wenn sie das Recht zur Fortführung der Firma auf den Erwerber des Handelsgeschäftes übertragen hat und dieser die übernommene Firma fortführt, für die Dauer der Liquidation eine neue Firma annehmen und zur Eintragung in das Handelsregister anmelden.

Wenn dagegen die Gesellschafter die Auflösung der OHG. nicht beschließen (und auch sonst kein Auflösungsgrund des § 131 HGB. vorliegt), sondern wenn sie im Gegenteil die Gesellschaft zur Verwaltung des ihnen zur gesamten Hand verbleibenden Vermögens aufrecht erhalten wollen, dann besteht zwischen den Gesellschaftern allerdings eine Gesellschaft fort. Diese Gesellschaft genügt aber nicht mehr der Begriffsbestimmung des § 105 HGB. und ist mangels einer dem § 156 HGB. entsprechenden Bestimmung deshalb keine OHG. mehr. Sie erfüllt vielmehr die Voraussetzungen, die für eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts aufgestellt sind, deren Gesellschafter sich zu jedem rechtlich erlaubten Zweck zusammenschließen können (§ 705 BGB.). Dadurch, daß die Gesellschafter von der Auflösung der OHG. absehen und wenn auch nur stillschweigend übereinkommen, das zwischen ihnen bestehende gesamthänderische Gesellschaftsverhältnis zum Zwecke der Verwaltung des verbleibenden Vermögens fortzusetzen, setzen sie an Stelle des bisherigen Gesellschaftszweckes einen neuen Gesellschaftszweck und beschließen damit die Umwandlung der bisherigen OHG. in eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Dabei kommt es nicht darauf an, ob die Gesellschafter sich dieser Umwandlung bewußt werden, oder ob sie aus Rechtsirrtum glauben, die OHG. bestehe trotz der Einführung eines neuen ihrem Wesen nicht mehr entsprechenden Gesellschaftszweckes fort. In der von den Gesellschaftern gewollten Zweckänderung liegt die Umwandlung in die Gesellschaft bürgerlichen Rechts, die einer Form nicht bedarf. An dieser schon in der Entsch. JZG. 12, 279 ff. = JWB. 1935, 1792³⁰ vertretenen Auffassung hält der Senat auch gegenüber den Bedenken von Großhuff (JWB. 1935, 3265) fest.

Hiernach hat sich die bisherige OHG. in eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts umgewandelt. Sie darf als solche keine Firma führen und kann daher auch nicht zur Annahme einer Firma angehalten werden.

(RG., 1. Zivilsen., Beschl. v. 17. Sept. 1936, 1 Wx 402/36.)

[5.]

Anmerkung: Das RG. hat nunmehr aus der in einer Grundbuchsache ergangenen Entsch. JZG. 12, 279 ff. = JWB. 1935, 1792³⁰ die registerrrechtlichen Folgerungen gezogen und im Grundsatz anerkannt, daß eine handelsrechtliche Personalgesellschaft durch Aufgabe des Handelsgewerbes ihr Firmenrecht verlieren kann und sich dadurch in eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts verwandelt (vgl. schon für Gesellschaftsrumpfung: JWB. 1936, 1686²²). Bedingt in der Begründung weicht das RG. von den mehrfachen Ausführungen des Unterzeichneten ab (JurRdch. 1933, 90 ff.; JWB. 1934, 943—946 zu 1 b und c; 1934, 950 zu 4; 1935, 1738 ff. zu I und II; 1935, 3265 zu V). Dadurch beschränkt es leider seine registerrrechtlichen Folgerungen auf ein Teilgebiet handelslos gewordener Personalgesellschaften.

Nach der eingangs zitierten Grundbuchentscheidung war das Geschäft einer OHG. mit Firma als Ganzes unter Ausschluss eines Vermögensstücks (Grundstück) in eine neu gegründete GmbH. eingebracht worden. Das RG. hatte hier bzgl. dieses Vermögensrestes ausgesprochen, daß die Verwandlung des bisher den Gesellschaftern der OHG. gesamthänderisch gehörenden Geschäfts Eigentums in das gesamthänderische Eigentum einer aus den gleichen Personen bestehenden Gesellschaft bürgerlichen Rechts nicht „ipso jure“ eintrete, sondern die Gründung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts — wenn auch formlos — erforderlich mache. Gegen dieses Erfordernis hatte der Unterzeichnete (JWB. 1935, 3265 r. Sp.) drei „Bedenken“ erhoben:

1. Der Gründungsakt einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts erübrige sich, wenn — wie das RG. zutreffend selbst ausführe — diese nur die handelslose „Unterart“ der OHG. sei.

2. Auch § 158 HGB. rechne damit, daß die Gesellschaft keine „Firma“ mehr habe; das Gesetz bestätige also trotz Erlöschens der Firma die Möglichkeit der Fortdauer der Gesellschaft als Gesellschaft bürgerlichen Rechts.

3. Formlose Beschlüsse könnten auch stillschweigend gefaßt werden. Die Veräußerung des Handelsgeschäftes als Ganzes mit Firma unter Rückbehaltung eines Restvermögensstücks enthalte einen solchen stillschweigenden Beschluß der Fortdauer der Gesellschaft als Gesellschaft bürgerlichen Rechts.

Während damals das RG. die „Gründung“ einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts hinsichtlich des Grundstücks — an sich zutreffend — in den ausdrücklich dahin abzielenden tatsächlichen Erklärungen festgestellt hatte, erklärt es in obiger Entsch. nunmehr: schon in der Veräußerung (oder Verpachtung: § 22 Abs. 2 HGB.) des Geschäfts als Ganzes mit Firma (ohne Auflösungsbeschluß) liege die Umgründung der OHG. in eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts zur Verwaltung eines zurückbehaltenen Vermögensrestes.

Damit hat es sämtlichen drei „Bedenken“ Rechnung getragen und — soweit das Ergebnis der Entsch. in Frage steht — den Unterzeichneten zu Unrecht als Gegner angeführt: die Streitfrage, ob im genannten Falle de facto ein „stillschweigender Umgründungsbeschluß“ vorliegt oder „ipso jure“ die Beschränkung der bisherigen OHG. auf eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts eintritt, ist praktisch bedeutungslos geworden; denn in beiden Fällen ist das Ergebnis das gleiche.

Nur in einem Punkte, der aber in obigem Beschluß die Entsch. nicht beeinflusste, ist die verschiedene Begründung von registerrrechtlicher Bedeutung: nämlich dann, wenn die Beteiligten ausdrücklich die „Auflösung der OHG.“ beschließen und anmelden (§ 131 Ziff. 2 HGB.) oder ein sonstiger Fall des § 131 HGB. vorliegt. Das RG. sieht sich hier im Hinblick auf die grundsätzliche Liquidationsfolge (§ 145 Abs. 1 HGB.) an der Feststellung eines „stillschweigenden Umgründungsbeschlusses“ gehindert und sieht offenbar in der gesetzlichen Zulassung einer „anderweitigen Vereinbarung“ das Erfordernis eines ausdrücklichen Umgründungsbeschlusses. Wenigstens deutet darauf im Abs. 2 obiger Entsch. der Satz hin: „Beschließen die Gesellschafter ... bei der Veräußerung oder Verpachtung des Handelsgeschäftes (?) die Auflösung der OHG. (§ 131 Nr. 2 HGB.), ohne gleichzeitig eine andere Art der Auseinanderlegung zu vereinbaren ...“ (vgl. auch S. 1 des Abs. 3 der Entsch.).

Indes, bei schärferem Zusehen erweist sich dieser Satz als die Fehlerquelle: Die „anderweitige Vereinbarung“ steht in §§ 145 Abs. 1, 158 HGB. ja nicht im Gegensatz zur Vereinbarung einer OHG. dergestalt, daß — wenn die OHG. „aufgelöst“ wird — anderweit eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts „vereinbart“ werden müßte, um die Liquidation der OHG. auszuschließen.

Vielmehr steht — wie die §§ 145 Abs. 1, 158 HGB. mit nicht mißzuverstehender Deutlichkeit erkennen lassen — die „anderweitige Vereinbarung“ im Gegensatz zur geschlich eintretenden „Liquidation“.

Die Vereinbarung der „Veräußerung des Geschäfts als Ganzes“ mit Firma ist nun das gerade Gegenteil einer „Liquidation“, wie sie § 149 HGB. regelt. Jene bildet den Hauptfall des § 158 HGB., der lediglich nach außen hin die Liquidationsvorschriften entsprechend anwendet (vgl. Reichmann-Röhler in Koenige, HGB., § 158 Anm., 4. Aufl., S. II 124). Der oben zitierte Satz 1 des Abs. 2 der Entsch. ist richtig, wenn die Worte „bei der Veräußerung oder Verpachtung des Handelsgeschäfts“ ausgemerzt werden: an Stelle der „Liquidation“ der HGB. wird etwas anderes vereinbart, wenn z. B. das Geschäft im Ganzen an einen Dritten veräußert oder verpachtet oder einem der Gesellschafter übertragen wird (vgl. auch RG.: JW. 1936, 2932²⁶).

Demgemäß muß zunächst S. 1 des Abs. 2 der Entsch. lauten: „Beschließen die Gesellschafter einer OHG. die Auflösung der OHG. (§ 131 Nr. 2 HGB.) oder — dieser Passus fehlt an dieser Stelle der Entsch. — liegt ein sonstiger Auflösungsgrund des § 131 HGB. vor, so bleibt die OHG. als Abwicklungsgesellschaft bestehen.“ Dann kommt aber weder die Annahme einer neuen Firma noch die Löschung der bisherigen Firma in Frage, weil ja das Handelsgeschäft — wenn auch allmählich zerfallend — die Grundlage der „Liquidation“ bildet. Der letzte Satz des Abs. 2 („In solchem Falle ... anmelden“) wäre also als erste Auswirkung jener Fehlerquelle zu streichen. Die „Auflösung der OHG.“ nach § 131 HGB. bedeutet lediglich: Aufgabe des Erwerbzzweckes.

Als zweite Auswirkung der Fehlerquelle erweist sich Satz 1 des Abs. 3 der Entsch. („Wenn dagegen ... fort.“) Da nicht das formale Vorliegen oder Nichtvorliegen eines Auflösungsbeschlusses, sondern einer von der gesetzlichen Liquidationsfolge „abweichenden Vereinbarung“ der Ausgangspunkt ist, muß es hier heißen: „Wenn dagegen die Gesellschafter an Stelle der Liquidation eine andere Art der Auseinandersetzung vereinbaren, insbes. das Geschäft als Ganzes veräußern oder verpachten, und nur das ihnen zur gesamten Hand verbleibende Vermögen verwalten, dann besteht zwischen den Gesellschaftern allerdings eine Gesellschaft fort. Diese ... (u. s. w.)“ wird in dem folgenden zutreffend als Gesellschaft bürgerlichen Rechts charakterisiert. Hieraus ergibt sich: im Falle der Mitveräußerung der „Firma“ an einen Dritten ist an der bisherigen Stelle des Handelsregisters A bei der OHG. die Firma lediglich wegen Überganges der Firma technisch zu löschen gem. §§ 31, 35 AB. v. 7. Nov. 1899 (JWBl. 313), die eine Rechtsverordnung von Gesetzesgleicher Bedeutung ist (Joh. 29, 213). Die Anmeldung einer neuen Firma wäre wegen Fehlens eines zu versilbernden Handelsgeschäfts zurückzuweisen (ebenso: Schulke-Görlich in Anm. Co zu DRotW. 1909, 650). Im Falle der Nichtveräußerung der Firma erlischt die Firma (§ 31 Abs. 2 HGB.), was anzumelden wäre.

Zusammenfassend läßt sich sagen: Der obigen Entsch. ist im Endergebnis zuzustimmen. Sie eröffnet Notaren und Publikum die oft ersehnte Möglichkeit, das Handelsregister in Verbindung mit einer bloßen Grundbuchberichtigung zu bereinigen. Registerrechtlich vermag sie infolge ihrer Begründung, selbst wenn diese richtig wäre, nicht zu befriedigen, weil sie die Handelsregisterbereinigung gegen den Willen der Beteiligten abschließt und damit eine Hauptaufgabe des Registergerichts unmöglich macht: das Registergericht müßte tatenlos zusehen, daß gesamthänderische Grundstücks- und andere Vermögensverwaltungsgesellschaften im Liquidationsstadium unter neuer „Firma“ oder bei Verlust des Handelsgeschäfts gar als Erwerbsgesellschaften unter bisheriger Firma jahrzehntelang sich durch das Handelsregister A durchschleppen. Darum ist m. E. daran festzuhalten, daß ipso jure die nackte Gesellschaft bürgerlichen Rechts dasteht, wenn infolge Aufgabe oder Veräußerung (bzw. Verpfändung) des Handelsgeschäfts der Mantel der Firma fällt (JW. 1935, 3266 zu V). Die Personalgesellschaft ist firmenrechtlich nicht anders zu behandeln als ein Einzelkaufmann, von den Fällen des § 131 HGB. abgesehen, die ein zu versilberndes Handelsgewerbe zur Voraussetzung haben.

AGN. Groschuff, Berlin.

*

15. §§ 1113, 873, 181 BGB.; § 39 B.D. n. F. Für den Grundstückseigentümer selbst kann eine Hypothek zur Sicherung einer Kaufgeldforderung desselben vor Umschreibung des Eigentums auf den Käufer weder auf Grund seiner eigenen Bewilligung noch auf Grund einer Bewilligung des Käufers eingetragen werden.

In notarieller Verhandlung v. 29. Jan. 1936 verkaufte der eingetragene Grundstückseigentümer Paul S. das Grundstück an den Kaufmann Max H. und dessen Ehefrau und erklärte zugleich die Auflassung an diese. Verkäufer und Käufer bewilligten und beantragten, daß für den Verkäufer eine Restkaufgeldhypothek von 16000 G.M. mindestens RM eingetragene werde, und zwar schon vor der Eigentumsumschreibung auf die Käufer. Der von dem Urkundsnotar dem G.M. übermittelte Antrag auf Eintragung der Kaufgeldhypothek wurde abgelehnt. Ebenso wurde die hiergegen eingelegte Beschw. zurückgewiesen. Auch die weitere Beschw. hatte keinen Erfolg.

Der Standpunkt der Vorinstanzen, der im Einklang mit der Entsch. des Senats RGZ. 26, A 130 steht und auch im Schrifttum wohl allgemein vertreten wird, ist zu billigen.

Die Bestellung einer Hypothek ist Verpfändung des Grundstücks zur Sicherung für eine Forderung, also die Begründung eines Pfandrechts am Grundstück. Das Wesen des Pfandrechts wird durch seinen Zweck bestimmt. Der Zweck ist, dem Gläubiger einer Forderung die Erfüllung der persönlichen Schuld dadurch zu sichern, daß er sich wegen der Forderung unter bestimmten gesetzlichen Voraussetzungen aus dem verpfändeten Grundstück befriedigen kann. Der Gläubiger erhält also ein außerhalb seines eigenen Vermögens bestehendes beschränktes dingliches Recht, das neben das Eigentum an seinem eigenen Vermögen tritt und die Befriedigung wegen der Forderung, für die es bestellt wird, sichert. Mit diesem Wesen des Pfandrechts ist es nicht vereinbar, eigene Vermögensbestandteile des Gläubigers zu seinen eigenen Gunsten pfandrechtlich zu belasten; denn das Eigentum gewährt ihm bereits die uneingeschränkte Verfügungsmacht, die durch Begründung eines Pfandrechts nicht verstärkt werden könnte. Das Eigentum des Gläubigers kann hiernach begrifflich nicht Gegenstand und Mittel zur Sicherstellung eines Anspruchs gegen Dritte sein. Das Gegenteil kann auch nicht etwa daraus hergeleitet werden, daß das Gesetz die Bestellung einer Eigentümergrundschuld zuläßt (§ 1196 BGB.), und die nachträgliche Entstehung von Eigentümerhypotheken, also Vereinigung von Forderung und dinglichem Recht, in einer Person mehrfach ermöglicht (§§ 1177 Abs. 2, Abs. 1, 1173 Abs. 1 BGB.), ferner bei Beerbung des Gläubigers durch den nicht persönlich haftenden Eigentümer, bei Erwerb des Eigentums durch den Gläubiger, wenn der Eigentümer nicht persönlicher Schuldner war, RGKRomm.⁸ Anm. 5, Staadinger¹², Anm. II a f zu § 1177 BGB.).

Bei der Eigentümergrundschuld handelt es sich aber nicht um die Sicherung einer persönlichen Forderung, sondern um ein von einer solchen unabhängiges, selbständiges dingliches Recht am Grundstück, das geschaffen ist, um dem Eigentümer die Möglichkeit zu gewähren, sich die Verschaffung von Grundstückskredit durch Verwertung einer ihm unberührt durch spätere Grundstücksbelastungen an günstiger Stelle zustehenden Rangplatzes zu sichern; dieser Zweck ist in den Mot. III, 538 und insbes. 791 ff. eingehend erörtert.

In den oben erwähnten Fällen der nachträglichen Vereinigung von Forderung, Hypothek und Eigentum in derselben Person handelt es sich um gesetzliche Folgen gewisser nachträglicher Rechtsvorgänge, die es notwendig machen, die Forderung und das dingliche Recht in der Person des Eigentums fortbestehen zu lassen, ohne daß jedoch für die Dauer dieser Vereinigung die Rechtsstellung des Berechtigten ihrer Wirkung nach sich von derjenigen des Eigentümers als Gläubigers einer bloßen Eigentümergrundschuld unterscheidet (§ 1177 Abs. 2 BGB.).

Da diese begrifflichen Gesichtspunkte die Bestellung einer Hypothek am eigenen Grundstück des Gläubigers ausschließen,

kann unerörtert bleiben, ob gegen die Bestellung der Hypothek auch daraus ein Bedenken hergeleitet werden könnte, daß dem für die Entstehung einer Hypothek nach § 873 BGB. grundsätzlich bestehenden Erfordernis der Einigung (§ 873 BGB.) mit Rücksicht auf § 181 BGB. nicht genügt werden kann (vgl. hierzu RGZ. 40, 241 und RGZ. 142, 231 = JW. 1934, 282³).

Der Umstand, daß im vorliegenden Falle auch der Grundstückskäufer die Eintragung bewilligt, und dadurch gleichzeitig seine Einigung mit dem Gläubiger (Verkäufer) über die Hypothekenbestellung bekundet hat, kann hier die Eintragung um deswillen nicht rechtfertigen, weil der Käufer mangels Eintragung noch nicht Eigentümer ist, also bisher als Nichtberechtigter über das zu belastende Grundstück verfügt hat, so daß seine Erklärung gem. § 185 Abs. 2 BGB. erst nach seiner Eintragung als Eigentümer wirksam werden könnte, die auch verfahrensrechtlich nach § 39 GBO. Voraussetzung für die Eintragung der Hypothek auf Grund seiner Bewilligung wäre.

(RG., 1. ZivSen., Beschl. v. 25. Juni 1936, 1 Wx 292/36.)

[Sch.]

*

16. § 1124 BGB.; § 12 B.D. v. 26. Mai 1933. Mietvorauszahlungen für einen längeren Zeitraum als einen Monat sind gegenüber dem Zwangsverwalter unwirksam. Auf den Zeitpunkt der vertraglichen Fälligkeit der Miete kommt es nicht an. Den Mieter trifft das Risiko der Doppelzahlung im Falle der Grundstücksbeschlagnahme, wenn Mietvorauszahlungen für eine längere Zeit als einen Monat im Mietvertrage vereinbart sind. †)

Die Kl. hat mit der Eigentümerin des Hauses R.-Str. 10 einen Mietvertrag geschlossen, nach dem sie für die Benutzung des Hauses zur Lichtreklame halbjährlich am 1. April und 1. Okt. jedes Jahres 3500 RM im voraus als Mietzins zu zahlen hatte. Am 30. Aug. 1935 hat die Kl. an die Bfll., der am 15. Juni 1935 von der Hauseigentümerin die am 1. Okt. 1935 fällige Mietzinsforderung abgetreten war, den Mietzins für die Zeit v. 1. Okt. 1935 bis 31. März 1936 mit 3430 RM gezahlt. Durch Beschluß v. 30. Sept. 1935 wurde auf Betreiben eines Hypothekengläubigers über das Grundstück die Zwangsverwaltung angeordnet. Von dieser erhielt die Kl. am 17. Okt. 1935 oder nach Angabe der Bfll. am 16. Okt. 1935 Kenntnis. Die Kl. hat darauf an den Zwangsverwalter auf dessen Verlangen nach der nichtbestrittenen Angabe der Klageschrift als Miete von Nov. 1935 bis März 1936 2333,30 RM nochmal gezahlt.

Mit der Klage verlangt die Kl. diesen Betrag von der Bfll. aus ungerechtfertigter Bereicherung zurück. Sie macht geltend, die Verfügung über den Mietzins sei infolge der Beschlagnahme des Grundstücks für die angegebene Zeit den Hypothekengläubigern, also auch dem Zwangsverwalter, gegenüber unwirksam.

Die Bfll. bestreitet die Unwirksamkeit der Verfügung. Das RG. hat die Bfll. nach dem Klageantrag verurteilt.

Die Ber. der Bfll. wurde zurückgewiesen.

Der Kl. ist darin beizutreten, daß infolge der Einleitung der Zwangsverwaltung der rechtliche Grund zur Zahlung des Mietzinses an die Bfll. insoweit weggefallen ist, als es sich um den Mietzins für eine spätere Zeit als den Monat Nov. 1935 handelte und sie den Mietzins für diese Zeit an den Zwangsverwalter nochmal hat zahlen müssen.

Nach § 1124 BGB. i. Verb. m. § 12 B.D. v. 26. Mai 1933 (RGBl. I, 302 ff.) war die Verfügung über die Mietzinsen den Hypothekengläubigern, insbes. also auch dem Zwangsverwalter, gegenüber nur wirksam, soweit sie sich auf die Zeit bis zu dem zur Zeit der Beschlagnahme laufenden Kalendermonat und, falls die Beschlagnahme nach dem 15. Tage eines Monats erfolgte, soweit sie sich auf die Zeit bis zu dem auf die Beschlagnahme folgenden Kalendermonat einschließlich bezog. Dabei ist als Zeitpunkt der Beschlagnahme der Zeitpunkt anzusehen, an dem die Beschlagnahme nach den Bestimmungen des Zw-

VerstG. wirksam wurde. Mithin ist gegenüber der Kl. als Mieterin nach §§ 22 Abs. 2, 146 ZwVerstG. der Zeitpunkt maßgebend, an dem die Beschlagnahme ihr bekannt oder ihr ein Zahlungsverbot zugestellt wurde. Unstreitig geschah dies erst am 17. oder 16. Okt. 1935. Da somit der Kl. gegenüber eine Beschlagnahme des Grundstücks im Oktober 1935, und zwar nach dem 15. Tage dieses Monats, wirksam geworden ist, war die von ihr vorgenommene Mietzahlung dem Zwangsverwalter gegenüber insoweit unwirksam, als sie sich auf eine spätere Zeit als den Monat November 1935 bezog. Ebenso ist nach § 1124 BGB. und § 12 B.D. v. 26. Mai 1933 auch die von der Grundstückseigentümerin an die Bfll. vorgenommene Abtretung der Mietforderung infolge der Beschlagnahme dem Zwangsverwalter gegenüber insoweit unwirksam geworden, als sie sich auf eine spätere Zeit als den zur Zeit des Wirksamwerdens der Beschlagnahme laufenden, bzw., falls der Bfll. gegenüber die Beschlagnahme erst nach dem 15. eines Monats wirksam geworden ist, soweit sie sich auf eine spätere Zeit als den dem Wirksamwerden der Beschlagnahme folgenden Kalendermonat bezogen hat. Da die Bfll. als Zessionarin nicht im Gegensatz zu der Kl. zu den „Drittschuldnern“ i. S. des § 22 Abs. 2 Satz 2 ZwVerstG. gehört, ist ihr gegenüber die Beschlagnahme in dem in §§ 22 Abs. 1, Satz 1, 22 Abs. 1 Satz 2, 151 ZwVerstG. angegebenen Zeitpunkt wirksam geworden; sie würde daher, soweit dieser Zeitpunkt etwa noch in die Zeit v. 1. bis 15. Okt. fällt, auch schon für die Novembermiete sich dem Zwangsverwalter gegenüber auf die Abtretung nicht berufen können.

Die Kl. war hiernach gezwungen, an den Zwangsverwalter den Mietzins für die vier Monate vom Dez. 1935 bis zum März 1936 nochmals zu zahlen. Sie hat seinerzeit die Zahlung an die Bfll. nur unter der selbstverständlichen Voraussetzung geleistet, daß sie dadurch eine endgültige Befreiung von ihrer Mietschuld herbeiführe. Nachdem infolge der Anordnung der Zwangsverwaltung sich herausgestellt hat, daß dieser nach dem Inhalt des Erfüllungsgehalts von der Kl. mit der Zahlung bezweckte Erfolg nicht eingetreten ist, kann sie den Mietzinsbetrag für die erwähnten vier Monate von der Bfll. zurückverlangen, die ihrerseits ohne rechtlichen Grund auf Kosten der Kl. bereichert sein würde, wenn sie den Mietzinsbetrag für diese Zeit behalten würde, obwohl auch sie für diese Zeit nach § 1124 BGB., § 12 B.D. v. 26. Mai 1933 sich der Zwangsverwaltungsmasse gegenüber auf die Mietsabtretung nicht berufen kann.

Der Bfll. kann nicht darin beigetreten werden, daß aus den Entsch. des RG. in RGZ. 144, 194 ff. = JW. 1934, 1561¹ (m. Anm.) und RGZ. 136, 407 ff. = JW. 1932, 2984¹² (m. Anm.) entnommen werden muß, daß das RG. in dem hier vorl. Fall anders entscheiden würde.

In RGZ. 144, 194 ff. unterscheidet das RG. auf S. 197 und S. 198 deutlich zwischen

a) dem gewöhnlichen Fall, in dem der Mietzins nach dem Vertrag in regelmäßigen, auf die gesamte Mietzeit verteilten Zeitabschnitten zu entrichten ist, in dem also der Mietzins in Teilbeträgen zu entrichten ist, die nach dem Ablauf einzelner auf die Mietzeit verteilter Zeitabschnitte (teils vor, teils nach dem auf Grund des § 152 Abs. 2 ZwVerstG. eingetretenen Wechsel der Person der Vermieterrechte) fällig werden,

b) dem nur vereinzelt vorkommenden Fall, daß der Mietzins „nach dem Mietvertrag in seinem vollen Betrag zu einer Zeit zu zahlen ist, die noch vor der Veräußerung des Grundstücks (im Falle des § 573 BGB. bzw. noch vor der Beschlagnahme, im Falle des § 1124 BGB.) liegt“, d. h. dem Fall, „in dem die Fälligkeit des Mietzinses für eine über den Wechsel des Vermieterrechts hinausreichende Zeit kraft des Mietvertrags vor dem Zeitpunkt dieses Wechsels eingetreten und demgemäß die Zahlung bewilligt worden war.“

In dem ersten Fall findet nach Ansicht des RG. § 1124 BGB. voll Anwendung, während im letzteren Fall allerdings die Hypothekengläubiger die Vorauszahlung nach Ansicht des RG. gegen sich gelten lassen müssen. Denselben Unterschied hat das RG. auch schon in der Entsch. RGZ. 94, 279 ff. (siehe dort S. 281 = JW. 1919, 674) für den ähnlich liegenden Fall des

§ 573 BGB. gemacht. Auch in RGZ. 127, 117 will das RG. offenbar die gleiche Unterscheidung machen. In RGZ. 144, 194 ff. sagt das RG. auf S. 198 ferner, daß in dem erwähnten „gewöhnlichen“ Fall es auch keinen Unterschied mache, ob eine Vorausverfügung bereits in und mit dem Miet- bzw. Pachtvertrag selbst oder erst später getroffen worden ist. Dasselbe ist auch schon in der Entsch. des jetzt wieder erf. 23. Zivilsen. des RG. v. 29. März 1917 (RZ. 1917, 1103 Nr. 11) angenommen worden.

Der Grund, weshalb das RG. die oben unter a und b erörterten Fälle verschieden behandelt sehen will, mag darin liegen, daß in dem Fall b die Mietvertragsparteien schon von vornherein bei Vertragschluß gewollt haben, daß dem ursprünglichen Vermieter der Mietzins für die ganze Zeit (d. h. auch für eine „über einen etwaigen Wechsel des Vermieterrechts hinausreichende Zeit“ [siehe RGZ. 144, 197 unten]) zustehen soll, während in dem gewöhnlichen Fall, dem Fall a, nach Ansicht der Vertragsparteien der Mietzins, da er in einzelne, auf die gesamte Mietzeit entfallenden, in regelmäßigen Abschnitten zu entrichtende Teilbeträge zerlegt ist, grundsätzlich demjenigen zufallen soll, der zu dem einzelnen Zeitabschnitt der Berechtigte ist.

Auch die Entsch. des RG. in RGZ. 136, 407 ff. steht mit diesen Entsch. nicht in Widerspruch; sie erklärte damals (siehe S. 414, 415) eine Abmachung nur deshalb als dem Hypothekengläubiger gegenüber wirksam, weil es sich um eine nicht zur Begleichung („Verrechnung“), sondern im wesentlichen zur „Bemessung“ des Mietzinses getroffene Abmachung handelte.

Hier liegt nun der vom RG. als der gewöhnliche bezeichnete Fall vor, denn es war hier der Mietzins nach dem Mietvertrag in regelmäßigen auf die gesamte Mietzeit verteilten Zeitabschnitten zu entrichten. In einem solchen Fall findet aber nach Ansicht des RG. § 1124 BGB. voll Anwendung. Der Gesetzgeber erachtet eben die Interessen der Hypothekengläubiger als so schutzbedürftig, daß, wenn ein Mieter über die nach § 1124 Abs. 2 BGB. und § 12 W.D. v. 26. Mai 1933 maßgebende Zeit hinaus eine Mietzahlung an den Grundstückseigentümer oder seinenessionar leistet, sowie wenn jemand von dem Grundstückseigentümer sich Mieten über diese Zeit hinaus abtreten läßt, sie dies auf eigene Gefahr tun mit der Wirkung, daß dann im Falle der Einleitung einer Zwangsverwaltung u. U. der Mieter einen Teil der Miete nochmals zahlen muß und der Mietsessionar aus seiner Session hinsichtlich eines Teiles der Mieten keine Rechte mehr herleiten kann. Wenn ein Mieter sich gegen eine solche ihm u. U. drohende nochmalige Zahlung der Miete sichern will, so kann er das dadurch tun, daß er seit Geltung der W.D. v. 26. Mai 1933 grundsätzlich nur Mietverträge mit höchstens einmonatigen Mietvorauszahlungen abschließt und den Mietzins frühestens am 16. Tage des der Fälligkeit vorausgehenden Kalendermonate entrichtet.

Der Bekl. kann nicht darin beigetretet werden, daß, wie sie meint, entscheidendes Gewicht darauf zu legen sei, ob der Mietzins vor der Beschlagnahme fällig geworden ist, und daß der Vermieter über die vor der Beschlagnahme fällig gewordenen Mietzinsen, gleichgültig, auf einen wie langen Zeitraum sie sich beziehen, stets wirksam verfügen und der Mieter die vor der Beschlagnahme schon fällig gewordenen Mietzinsen stets ohne Furcht vor Nachzahlungen an den Vermieter bzw. dessenessionar zahlen könne. Eine solche Auslegung würde dem klaren Wortlaut des § 1124 Abs. 2 BGB. widersprechen. Wenn dies etwa die Absicht des Gesetzgebers wäre, so hätten entweder in dem § 1124 Abs. 2 1. Halbsatz hinter dem Worte „bezieht“ die Worte angefügt sein müssen „und die Verfügung bereits vor Fälligkeit des Miet- oder Pachtzinses erfolgt ist“, oder es hätte gesagt werden müssen „soweit sie (die Verfügung) sich auf den nach der Beschlagnahme fälligen Miet- oder Pachtzins für eine spätere Zeit als ... bezieht“ oder es hätte am Anfang dieses Halbsatzes statt schlechtweg „die Verfügung“ heißen müssen „eine vor Fälligkeit des Miet- oder Pachtzinses erfolgte Verfügung“. Anlaß zu dem Mißverständnis der Bekl. bildete offenbar der Umstand, daß das RG. in seiner Entsch.: RGZ. 144, 194 ff. auf S. 198 Zeile 7—11 die Wortfassung gewählt hat: „Hier tritt vielmehr die allgemeine Regel des § 1124

(§ 573) BGB. ein, nach der eine Vorausverfügung über die nach der Beschlagnahme (dem Eigentumsübergang) liegenden Pachtzinsfälligkeiten nur für das zur Zeit der Beschlagnahme laufende Kalendervierteljahr wirkt“, während in dem Wortlaut des § 1124 Abs. 2 1. Halbs. BGB. das Wort „Fälligkeit“ nicht vorkommt, vielmehr aus § 1124 Abs. 2 1. Halbs. BGB. i. Verb. m. der W.D. v. 26. Mai 1933 nur herausgelesen werden kann, daß eine (vor der Beschlagnahme getroffene) Verfügung wirksam ist, soweit sie sich „auf den Miet- oder Pachtzins für das laufende Kalendervierteljahr (bzw. den laufenden Kalendermonat) bezieht“, d. h. soweit sie den Miet- oder Pachtzins betrifft, der auf die Zeit bis zum laufenden Kalendervierteljahr (Kalendermonat) einschließlich entfällt. Offenbar hat das RG. mit dem Wort „Pachtzinsfälligkeiten“ in RGZ. 144, 198 Zeile 3 und Zeile 10 in Wahrheit auch nur die auf die Zeit nach der Beschlagnahme entfallenden Pachtzinsen gemeint. Wenn es dennoch etwas anderes gemeint haben sollte, so könnte der Entsch., da sie in dem § 1124 Abs. 2 BGB. dann keine Stütze findet, nicht gefolgt werden. Ferner ist das Mißverständnis der Bekl. wohl infolge des Wortes „Vorausverfügung“ entstanden, das das RG. in RGZ. 144 auf S. 198 und in RGZ. 136 auf S. 418 gewählt hat, während das Gesetz in § 1124 Abs. 2 nur von „Verfügung“ schlechtweg spricht. Mit dieser „Verfügung“ meint § 1124 Abs. 2 BGB., wie der Zusammenhang ergibt, eine Vorausverfügung in so fern, als der § 1124 Abs. 2 von Verfügungen handeln will, die schon vor der Beschlagnahme getroffen sind, aber sich auf einen erst auf die Zeit nach der Beschlagnahme entfallenden Miet- oder Pachtzins beziehen, nicht dagegen ist für den Begriff „Verfügung“ i. S. des § 1124 Abs. 2 BGB. wesentlich, daß es sich etwa, um Unwirksamkeit i. S. des § 1124 Abs. 2 1. Halbs. annehmen zu müssen, auch um eine Verfügung handeln müßte, die über den erst nach der Beschlagnahme fälligen Miet- oder Pachtzins getroffen ist. Offenbar hat auch das RG. mit dem von ihm gewählten Ausdruck „Vorausverfügung“ keineswegs unbedingt diesen letzteren Sinn verbinden wollen.

Zuzugeben ist der Bekl., daß es sich in den vom RG. in RGZ. 144, 194 ff. und RGZ. 136, 407 ff. erörterten Rechtsfällen allerdings um Fälle gehandelt hat, in denen nach Ansicht einer Partei vor der Beschlagnahme eine Verfügung über einen erst nach der Beschlagnahme fällig werden den Miet- oder Pachtzins getroffen war. Daraus folgt aber noch nicht notwendig, daß das RG. gerade diese Tatsache, daß es sich damals um erst nach der Beschlagnahme auch fällig werdende Mietzinsen handelte, als wesentlich hat erachten wollen.

Die von der Bekl. auf S. 3 ihres Schriftsatzes v. 27. Juli 1936 erwähnte Stelle in der Anm. 2 des RGR-Komm. zum BGB. § 1124 soll sich offenbar nicht auch auf den Fall beziehen, daß der Mieter vor Kenntnis von der Beschlagnahme einen Mietzins entrichtet, der sich auf eine so weit liegende Zeit erstreckt, daß der § 1124 Abs. 2 BGB. eingreifen würde. Andernfalls würde der RGR-Komm. sich mit der allgemeinen Rechtsmeinung in Widerspruch setzen, wie sie namentlich in Staubinger, BGB., 10. Aufl. 1936, § 1124 Anm. 16 Abs. 2 klar zum Ausdruck gebracht ist, wo es heißt: „Der Mieter oder Pächter ist daher gegenüber dem Hypothekengläubiger nur sicher, wenn er nur für einen Monat vorauszahlt. Dies gilt auch dann, wenn der Miet- oder Pachtvertrag ihm weitergehende Vorauszahlungen auferlegt.“ Es ist nun einmal die offensichtliche Absicht des Gesetzes, im Interesse des Realkredits den Abschluß von Mietverträgen mit über einen Monat (vor der W.D. vom 26. Mai 1933 über ein Vierteljahr) hinausgehenden Vorauszahlungen durch das dann dem Mieter auferlegte Risiko nach Möglichkeit einzuschränken.

(RG., 23. Zivilsen., Art. v. 30. Juli 1936, 23 U 3040/36.)

Anmerkung: Die vorl. Entsch. behandelt die Frage der Rechtswirksamkeit von Vorausverfügungen über den Mietzins gegenüber dem Zwangsverwalter. Sie betrifft den in der Praxis so häufig vorkommenden Fall, daß die Beschlagnahme des Grundstücks in eine Mietvorauszahlungsperiode fällt. Die vom RG. angenommene Rechtslage halte ich nicht für zutreffend.

In der Rpr. des RG. sind für die Beurteilung einer Rechtslage wie der vorliegenden bereits feste Grundsätze herausgearbeitet. Bei ihrer Berücksichtigung wäre ein anderes Ergebnis zu erwarten gewesen. Das RG. stellt in RGZ. 136, 414 = JW. 1932, 2984¹² eine für die Beurteilung grundlegende Unterscheidung auf: Den „Abreden, die der Sache nach die Bestimmung des Mietzinses betreffen“, werden die Abreden, die lediglich die Begleichung bereits festgesetzter Mietzinsen zum Inhalt haben, gegenübergestellt. Die ersteren gehören „in den vom Verwalter voll zu machenden Bereich der Vertragsbedingungen“; sie enthalten keine Verfügung über einen schon vereinbarten Mietzins, denn der Begriff der Verfügung setzt das Bestehen des Mietzinses voraus, während in diesen Abreden erst der Mietzins geschaffen wird. Die Abreden der zweiten Gruppe unterliegen dagegen den Beschränkungen, die für Voraussetzungen vom Gesetz ausgestellt sind. Diese grundlegende Unterscheidung in der rechtlichen Behandlung der Abreden beim Mietvertrage kehrt auch in RGZ. 144, 194 = JW. 1934, 1561 wieder. „Eine ‚Vorausverfügung‘ ... liegt nach der ständigen Rpr. des RG. nicht vor, wenn in Gemäßheit des Mietvertrages der Mietzins voranzuzahlen war und vorausgezahlt worden ist. Derartige aus dem Mietvertrage selbst hervorgehende Voraussetzungen stellen sich der Sache nach als Abreden über die Bestimmung des Mietzinses dar.“ Der Mietzins, der, wie sein Name schon sagt, regelmäßig als periodische Leistung vereinbart wird, findet seine rechtliche Grundlage in dem Mietvertrage; dieser schafft das Grundrecht des Vermieters, auf welchem die einzelnen Mietzinsraten erwachsen, und setzt die Fälligkeit, die Höhe und den Zahlungszeitraum der einzelnen Mietrate fest. Alle diese Bestimmungen sind also nach der Rpr. des RG. vom Zwangsverwalter zu respektieren. Es ist wohl allenthalben, im Gegensatz zu der Regelung des BGB., die Vorauszahlung der Miete üblich. Die übliche Vorauszahlungsperiode beträgt einen Monat, dies ist jedenfalls bei Wohnräumen die Regel. Bei Geschäftsräumen und wertvolleren Wohnungen kommen auch längere Vorauszahlungszeiträume vor, vielfach ein Vierteljahr, doch finden sich auch Vorauszahlungszeiträume von einem halben Jahr und einem Jahr. Hat nun der Mieter bei Fälligkeit der einzelnen Mietvorauszahlungsrate gezahlt, so muß der Zwangsverwalter, wenn die Beschlagnahme des Grundstücks nach dem Fälligkeitstermin der Mietrate liegt, die erfolgte Zahlung gegen sich gelten lassen. Denn in der vertragsgemäßen Erhebung des Mietzinses liegt, wie das RG. betont hat, keine Vorausverfügung. Andernfalls würden alle Mietverträge, die eine Mietvorauszahlung vorsehen, bereits als Vorausverfügung über den Mietzins angesprochen werden müssen.

Das RG. hat seine Rechtsgrundsätze noch eingehend aus dem Zweck des Gesetzes und dem Willen des Gesetzgebers begründet. Es erklärt, der Wille des Gesetzgebers gehe nicht dahin, daß dem Erwerber des Grundstücks bzw. dem Hypothekengläubiger (Zwangsverwalter) unter allen Umständen ein Gegenwert für die ihm obliegende Überlassung der Mietnutzung gebühre, vielmehr bestehe ein solcher Anspruch auf Mietzins nur, „wenn und soweit ihm infolge seines Eintritts in die Rechte des Vermieters ein solcher auf Grund des Mietvertrages erwachse“. Daraus zieht das RG. den Schluß, daß das Gesetz dem Erwerber bzw. Beschlagnahmegläubiger keinen Schutz gegen solche Voraussetzungen von Mietzinsen gibt, die in Erfüllung der vertraglichen Vereinbarungen fällig werden und gezahlt sind (vgl. auch R u t h, Mietrecht, 1926, S. 307).

Aus dieser Rpr. des RG. ergibt sich ganz klar, daß der Erwerber eines Grundstücks bzw. der Hypothekengläubiger keinen Einfluß auf die Bildung des Mietzinses hat (vgl. Müller: JW. 1932, 3984). Er kann weder eine bestimmte Höhe des Mietzinses beanspruchen noch auch die Fälligkeitstermine der einzelnen Mietraten bestimmen, auch nicht über den Umweg der §§ 1124, 573 BGB. Er hat nur die Möglichkeit zu verhindern, daß ein vereinbarter Mietzins seinem Zugriff entzogen wird. Es ist eine irrtümliche Auffassung des RG., daß über die §§ 573, 1122 BGB. der Inhalt des Mietvertrages dahin bestimmt werde, daß das Gesetz nur monatliche Vorauszahlungszeiträume anerkenne, längere Zeiträume, für welche die Miete vertraglich

vorauszahlbar ist, jedoch nicht. Deshalb ist auch das Rezept, das das RG. den Mietern zum Schutze gegen die Gefahr von Doppelzahlungen verschreibt, nämlich die Vereinbarung nachträglicher Mietzahlung oder die Beschränkung der Mietvorauszahlungsstermine auf einen Monat, unrichtig. Es ist im höchsten Maße unbillig, wenn auf diese Weise dem Mieter das Risiko aufgebürdet wird, welches in der Belastung des Grundstücks mit Hypotheken bzw. dem Übergang des Grundstücks in andere Hände liegt. Die Abwälzung dieses Risikos auf den Mieter ist um so weniger gerechtfertigt, als ja der Mieter weder auf die Belastung des Grundstücks noch auf die Veräußerung auch nur den geringsten Einfluß auszuüben in der Lage ist. Verhindern kann allerdings der Mieter, daß der Vermieter über noch nicht fällige Mietraten verfügt, indem er sich weigert, dem Verlangen der Begleichung noch nicht fälliger Mietbeträge zu entsprechen.

Der Rechtsverkehr hat Anspruch darauf, daß in einer so wichtigen Frage wie der der Rechtswirksamkeit von Voraussetzungen über den Mietzins Rechtssicherheit geschaffen wird. Die obige Entsch. dient leider diesem Ziele nicht, schafft im Gegenteil erneut Unruhe und Unsicherheit. Man kann es nur bedauern, daß das RG. ostentativ von der Rpr. des RG. abbricht und erklärt, wenn das RG. mit seinen Entsch. etwas anderes gemeint haben sollte, als das RG. daraus herausliest, dann sei das nicht zu billigen. Für den Rechtsverkehr ist es eine schwere Belastung, wenn er sich auf die von der Rpr. des RG. aufgezeigte Rechtslage einstellt und dann durch — möglicherweise unanfechtbare — Entsch. anderer Gerichte darüber belehrt wird, daß diese Rechtslage „nicht zu billigen“, also falsch sei. Dies wirkt sich besonders nachteilig für den Rechtsberater aus, dem es bei der bestehenden Unsicherheit der Rpr. der verschiedenen Gerichte nicht gelingen kann, seinen Auftraggeber vor Schaden zu bewahren. Es wäre deshalb zu begrüßen, wenn das RG. bald wieder Gelegenheit hätte, erneut zu der Rechtsfrage Stellung zu nehmen.

RA. u. Notar Dr. Roquette, Königsberg i. Pr.

*

17. § 53 GBD. n. F. Die Eintragung, daß eine (inhaltlich unzulässige) Gesamtzwangshypothek kraft Gesetzes als Grundschuld auf den Eigentümer übergegangen sei, ist ihrem Inhalt nach unzulässig. Wird die Eigentümergrundschuld nach Abtretung durch den Eigentümer auf einen Dritten umgeschrieben, so ist diese Eintragung nunmehr inhaltlich zulässig.

Im Grundbuchblatt Nr. 11 waren unter Nr. 1 und 2 des Bestandsverzeichnisses zwei Grundstücke verzeichnet. In Abt. III unter Nr. 11 des Grundbuchs wurde am 25. Juli 1929 eine Zwangssicherungshypothek von 1040 RM nebst Zinsen eingetragen, wobei die Grundstücke Nr. 1 und 2 des Bestandsverzeichnisses als belastete Grundstücke bezeichnet wurden. Einer Anregung, die Hypothek wegen des Verstoßes gegen § 867 Abs. 2 ZPD. als inhaltlich unzulässig zu löschen, gab das GBA. nicht statt. Es trug vielmehr am 1. Juli 1932 bei dieser Hypothek einen Amtswiderspruch zugunsten des Grundstückseigentümers und der Gläubiger der nacheingetragenen Grundschulden Abt. III Nr. 12 und 13 in das Grundbuch ein, weil die Forderung gem. § 867 Abs. 2 ZPD. auf die beiden Grundstücke hätte verteilt werden müssen. Am 21. Jan. 1933 trug das GBA. in das Grundbuch ein, daß die Hypothek als Eigentümergrundschuld nebst den Zinsen seit dem 1. Okt. 1929 auf den Grundstückseigentümer Otto M. übergegangen sei. Diese Eigentümergrundschuld wurde in der Folgezeit mehrfach gepfändet. Demnächst trat M. die Grundschuld unter Vereinbarung neuer Bedingungen und Ausschluß der Briefbildung an Frl. Anni S. ab, die am 20. Sept. 1933 als Gläubigerin in das Grundbuch eingetragen wurde.

Demnächst wurde das Grundbuchblatt wegen Unübersichtlichkeit geschlossen und der Bestand auf ein neues Grundbuchblatt Nr. 111 übertragen. Ein Teil des in diesem Grundbuch unter Nr. 1 des Bestandsverzeichnisses gebuchten Bestandes sowie das Grundstück Nr. 2 des Bestandsverzeichnisses wurde

den auf Grund einer Veräußerung auf ein Grundbuchblatt Nr. 114 übertragen. Dabei wurde auch die Grundschuld von 1040 *R.M.* unter Nr. 3 zur Mithaft übertragen.

Die Grundstückseigentümerin des letztgenannten Grundstücks, Frau Alwine G., regte bei dem *GBL.* an, die Grundschuld Nr. 3 von 1040 *R.M.* als inhaltlich unzulässig von Amts wegen zu löschen. Das *GBL.* lehnte die Anregung unter Hinweis auf die von Jonas § 867 *ZPD.* Bem. V 4 vertretene Rechtsauffassung ab. Mit der *Beschw.* begehrte die Grundstückseigentümerin die Amtslöschung der Grundschuld, hilfsweise die Amtslöschung des Amtswiderspruchs. Das *LG.* wies das *GBL.* an, „die unter Nr. 3 erfolgte Eintragung einer Zwangshypothek in Höhe von 1040 *R.M.* als ihrem Inhalt nach unzulässig anzusehen und danach zu verfahren“. Wegen diese *Entsch.* richtet sich die weitere *Beschw.* der eingetragenen Gläubigerin, *Frl. Anni S.*

Die Anweisung des *LG.* soll nach dem Inhalt seiner Begründung offenbar dahin aufgefaßt werden, daß die Grundschuld Nr. 3, d. h. also sämtliche unter Nr. 3 eingetragenen Buchungen, im Grundbuchblatt Nr. 114 als inhaltlich unzulässig gelöscht werden, obwohl das *LG.* nur von der Löschung der Zwangshypothek spricht und eine solche zur Zeit gar nicht mehr im Grundbuch eingetragen ist.

Die Zwangshypothek von 1040 *R.M.* lastete im Grundbuchblatt Nr. 11 auf mehreren Grundstücken i. S. des § 867 Abs. 2 *ZPD.* Daß eine solche Eintragung inhaltlich unzulässig ist, hat der Senat wiederholt ausgesprochen (*RGZ.* 40, 310; 49, 233; *HöchstRpPr.* 1929 Nr. 2139). Von dieser Auffassung abzugehen, besteht kein Anlaß.

Die weitere *Beschw.* meint, eine solche Eintragung könne dadurch geheilt werden, daß die Hypothek auf einem Grundstück gelöscht werde. Der Senat hat in der *Entsch.* *HöchstRpPr.* 1929 Nr. 2139 ein solches Verfahren nicht für geeignet erklärt, die Eintragung zu einer inhaltlich zulässigen zu machen. Ob an dieser *Entsch.* festzuhalten ist, braucht hier nicht erörtert zu werden. Denn wenn die Eintragung auch jetzt noch inhaltlich unzulässig wäre, so könnte doch das *GBL.* zu einer Teillöschung nicht angewiesen werden, weil die Bervollständigung einer inhaltlich unzulässigen Eintragung in jedem Falle ordnungswidrig ist. Außerdem käme eine solche Löschung auf dem einen Grundstück der Neueintragung auf dem anderen Grundstück gleich, weil eine unzulässige Eintragung überhaupt keine Rechtswirkungen äußert. Der Eintragung der Hypothek auf dem allein den Gegenstand der *Beschw.* bildenden Grundbuchblatt Nr. 114 steht aber entgegen, daß das Eigentum inzwischen gewechselt hat und eine Neubelastung nicht ohne Bewilligung der Eigentümerin erfolgen könnte.

Wenn hiernach der Ausgangspunkt der *Entsch.* des *LG.* auch richtig ist, so ist die Eintragung *Abt. III* Nr. 3 jetzt doch aus einem anderen Grunde als inhaltlich zulässig anzusehen. Allerdings wird in der Regel eine inhaltlich unzulässige Eintragung mit allen an sie anschließenden Eintragungen zu löschen sein. Das gilt aber nur soweit, als der Mangel, der die Eintragung inhaltlich unzulässig gemacht hat, noch fortbesteht. Der Senat hat bereits mehrfach anerkannt, daß eine Eintragung, die wegen Fehlens eines wesentlichen Erfordernisses inhaltlich unzulässig ist, durch nachträgliche Ergänzung inhaltlich zulässig werden kann (*ZFG.* 9, 196), wenn ein solches Verfahren auch stets ordnungswidrig ist. Dasselbe muß auch für die Fälle gelten, in denen eine inhaltlich unzulässige Eintragung anderer Art durch eine inhaltlich zulässige Eintragung ersetzt wird.

Im vorliegenden Falle hat das *GBL.* in der Folgezeit zunächst eingetragen, daß die ursprünglich eingetragene und ihrem Inhalt nach unzulässig gewesene Gesamtzwangshypothek „in eine Eigentümergrundschuld übergegangen“ sei. Eine Eigentümergrundschuld kann gesetzlich auch als Gesamtgrundschuld bestehen, so daß eine solche Eintragung, wo nichts weiter als die Eigentümergesamtgrundschuld gebucht ist, eine ihrem Inhalt nach zulässige Eintragung darstellt. Hier läßt aber die Fassung der Eintragung erkennen, daß damit der Übergang auf den Eigentümer kraft Gesetzes gebucht werden sollte. Da nun durch die Eintragung einer inhaltlich unzu-

lässigen Gesamtzwangshypothek ein dingliches Recht nicht entstanden war, so konnte es auch nicht kraft Gesetzes auf den Eigentümer als Grundschuld übergehen. Der Hinweis auf den kraft Gesetzes erfolgten Übergang des Rechts bildet einen notwendigen Bestandteil der Eintragung. Denn die im § 873 Abs. 1 *BGB.* vorgeschriebene Eintragung der Rechtsänderung erfordert nach der ständigen *Rspr.* des Senats (abgesehen vom Fall der Löschung eines Rechts *RGZ.* 133, 1056) die Angabe des sachlich-rechtlichen Grundes, auf dem der Rechtsübergang beruht (*RGZ.* 40, 269). Die Angabe des kraft Gesetzes erfolgten Rechtsüberganges läßt sich auch nicht in einen anderen rechtlich erlaubten Rechtsübergang umdeuten. Aus der Eintragung selbst ist danach zu erkennen, daß ein Recht mit einem gesetzlich nicht zulässigen Inhalt gebucht worden ist. Auch die Eintragung des Überganges auf den Eigentümer als Grundschuld war deshalb ihrem Inhalt nach unzulässig und hätte daher nicht vorgenommen werden sollen, sondern ist als inhaltlich unzulässig zu löschen.

Anderz liegt die Sache jedoch mit der weiteren Umschreibung der Gesamteigentümergegrundschuld in eine Gesamtfremdgrundschuld mit neuen Bedingungen. Diese jetzt eingetragene Gesamtfremdgrundschuld erfüllt alle Voraussetzungen einer inhaltlich zulässigen Eintragung. Daß sie aus einer inhaltlich unzulässigen Eintragung hervorgegangen ist, kann nicht ausschlaggebend sein. Das Bestreben der *Rspr.* geht dahin, von der einschneidenden Maßnahme der Amtslöschung nur dort Gebrauch zu machen, wo keine Möglichkeit besteht, die Eintragung aufrechtzuerhalten (vgl. *RGZ.* 113, 223 = *ZB.* 1926, 2429¹). Die Erklärung der Abtretung der Eigentümergrundschuld und der Vereinbarung neuer Bedingungen kommt aber einer Neubewilligung der Grundschuld durch den dazu berechtigten Eigentümer gleich.

Die Löschung der Eintragung Nr. 3 von Amts wegen kommt hiernach nicht in Betracht. Eine andere Frage ist es, ob das Grundbuch durch die Eintragung der Gesamtgrundschuld für *Frl. S.* richtig geworden ist oder ob ein Amtswiderspruch in das Grundbuch eingetragen werden muß. Eine Eigentümergrundschuld war nach vorstehenden Ausführungen nicht entstanden. Der Eigentümer konnte daher auch die Eigentümergrundschuld nicht abtreten. Die Abtretung der zwar in das Grundbuch eingetragenen, in Wahrheit aber nicht bestehenden Eigentümergrundschuld und die Vereinbarung neuer Bedingungen kann aber zwanglos umgedeutet werden in die neue Bestellung einer Grundschuld zu den neuen Bedingungen, so daß die Grundschuld für *Frl. S.* durch Eintragung und Eintragung (§ 873 *BGB.*) entstanden ist. Weiterhin ist der Rang der Grundschuld von 1040 *R.M.* auf seine richtige Buchung nachzuprüfen. Da die Eintragung der Zwangshypothek inhaltlich unzulässig war, brachte sie ein dingliches Recht nicht zum Entstehen. Sie konnte insbes. keine Rangstelle wahren. Auf dem Grundbuchblatt Nr. 114 sind in *Abt. III* keine nachstehenden Rechte eingetragen und in *Abt. II* keine Rechte, die vor dem 22. Sept. 1933, dem Tage der Umschreibung der Post auf *Frl. S.*, gebucht worden sind. Dagegen sind auf dem Grundbuchblatt Nr. 111 in *Abt. III* unter Nr. 12 und 13 zwei nachstehende Grundschulden gebucht. Diese Grundschulden hatten den Rang unmittelbar hinter der Grundschuld Nr. 10 erworben, weil das zur Zeit ihrer Eintragung gebuchte Recht Nr. 11 in Wahrheit nicht bestanden hat. Der einmal erworbene Rang konnte ihnen nicht dadurch verlorengehen, daß das *GBL.* ordnungswidrig unter Nr. 11 eine Grundschuld für *Frl. S.* eintrug (*RGZ.* 41, 223; *RGZ.* *HöchstRpPr.* 1935 Nr. 1016). Ein gutgläubiger Erwerb der Rangstelle kommt nicht in Betracht, weil schon die Eintragung der Eigentümergrundschuld ihrem Inhalt nach unzulässig war, überdies bei der Eintragung des Rechts für die *Beschw.* bereits ein Widerspruch in das Grundbuch eingetragen war.

Weiterhin sind beide Grundbuchblätter unrichtig hinsichtlich der Pfändungen, die vor der Abtretung der Grundschuld an *Frl. S.* erfolgt sind. Denn da eine Eigentümergrundschuld nicht bestanden hat, haben die Gläubiger ein nicht bestehendes Recht gepfändet und kein Pfandrecht erworben. Auf einen gut-

gläubigen Erwerb können sie sich nicht berufen, weil nur ein rechtsgeschäftlicher Erwerb geschützt wird (§ 892 BGB.).

Hiernach ist der angefochtene Beschluß aufzuheben. Die Grundschuld von 1040 RM ist nicht von Amts wegen zu löschen. Jedoch wird das GBL. von Amts wegen Widersprüche in die Grundbücher einzutragen haben. Soweit sie sich gegen den Rang der Grundschulden richten, werden sie zugunsten der Gläubiger der Grundschulden Nr. 12 und 13, soweit sie sich gegen das Bestehen der Pfandrechte richten, werden sie zugunsten der Gläubigerin der Grundschuld Nr. 11 bzw. 3 einzutragen sein.

Das weiterhin von der Grundstückseigentümerin mit der ersten Beschw. gestellte hilfsweise Verlangen, den Widerspruch v. 1. Juli 1932 von Amts wegen zu löschen, ist schon deshalb unbegründet, weil nur inhaltlich unzulässige Eintragungen von Amts wegen gelöscht werden können, der Widerspruch aber seinem Inhalt nach zulässig eingetragen worden ist.

(RG., 1. ZivSen., Beschl. v. 25. Juni 1936, 1 Wx 245/36.)
[Sch.]

*

18. § 36 D GemD.; 1. AusfAnw. zu § 36 Abs. 2 d. Die Erteilung von Gattungsvollmachten durch den Bürgermeister ist zulässig.

Die D GemD. erwähnt in den §§ 35, 36 die Vertretung der Gemeinde durch Bevollmächtigte nicht. Die Begründung zu § 36 (Surén-Loschelder, S. 65) stellt klar, daß die Zulässigkeit der Bevollmächtigung als selbstverständlich angesehen wurde. Die erste Anweisung zur Ausführung der D GemD. (Surén-Loschelder, ErgBd. S. 108) hebt zu § 36 Abs. 2 d dies ebenfalls hervor, macht aber im letzten Satz folgende Einschränkung: „Dabei ist die Ausstellung von Generalvollmachten unzulässig.“ Dieser Satz wird im Schrifttum dahin ausgelegt, daß eine dem entgegenstehende Generalvollmacht nichtig sei, daß es sich bei dieser Vorschrift also nicht um eine bloße innere Anweisung an den Oberbürgermeister und seine gesetzlichen Vertreter handele (Steffens: DJZ. 1935, 607; Bohle: DVerwBl. 1935, 180). Dem wird angesichts der bestimmten Fassung dieses Satzes beizupflichten sein, zumal der unmittelbar vorhergehende Satz ebenfalls eine authentische Auslegung des Gesetzes enthält (vgl. Armbruster: DVerwBl. 1935, 755). Diese Bestimmung rechtfertigt sich aus der Erwägung, der Oberbürgermeister als der allein verantwortliche Vertreter der Gemeinde solle nicht seine gesamten Befugnisse zur Vertretung der Gemeinde im bürgerlichen Rechtsverkehr auf Dritte übertragen, zumal die Beaufsichtigung eines Generalbevollmächtigten gewisse Schwierigkeiten bietet und für solche Übertragung regelmäßig kein praktisches Bedürfnis besteht.

Das GBL. faßt dem Anschein nach alle Vollmachten, die sich nicht auf einzelne Rechtsgeschäfte beziehen, als Generalvollmachten auf. Das ist jedoch rechtsirrtümlich. Neben solchen Einzelvollmachten gibt es Vollmachten, die sich auf einen Kreis bestimmter Geschäfte beziehen (von Staudinger § 167 Anm. 8 Gattungsvollmachten genannt). Daß auch die D GemD. diese Unterscheidung macht und die Generalvollmacht nicht im Gegensatz zur Einzelvollmacht steht, ist deutlich aus § 3 der 2. DurchfWd. v. 25. März 1936 (RGBl. I, 272), welche gemäß § 12 rückwirkend mit dem 1. April 1935 in Kraft getreten ist, zu entnehmen. Dort wird ausdrücklich die Bevollmächtigung „für das Geschäft oder für den Kreis von Geschäften“ erwähnt. Auch im Schrifttum wird ganz allgemein die Erteilung von Gattungsvollmachten für zulässig erachtet (Surén-Loschelder, § 36 Anm. 6; Steffens a. a. O.; Bohle a. a. O.; Janßen: DVerwBl. 1935, 651; Troisch: DVerwBl. 1935, 337; Dr. Krebs: DRpfl. 1936, 125). Es besteht in der Tat kein erkennbarer Grund, die Erteilung von Gattungsvollmachten zu verbieten. Damit überträgt der Oberbürgermeister seine Vertretungsbefugnisse nur für einen beschränkten Teil seiner Amtsgeschäfte. Die Aufsicht über den Bevollmächtigten bietet keine besonderen Schwierigkeiten. Schließlich spricht auch ein praktisches Bedürfnis dafür, daß der Oberbürgermei-

ster einer großen Gemeinde nicht für jedes geringfügige Rechtsgeschäft eine Sondervollmacht zu erteilen braucht.

Es kommt hiernach nur darauf an, ob die hier erteilte Vollmacht als Generalvollmacht oder als Gattungsvollmacht anzusehen ist. Unter einer Generalvollmacht wird nach dem allgemeinen Sprachgebrauch eine Vollmacht verstanden, die zur Vornahme aller den bürgerlichen Rechtsverkehr betreffenden Rechtsgeschäfte ermächtigt, die sich also nicht auf einzelne Geschäfte oder eine bestimmte Gattung von Rechtsgeschäften beschränkt. Daß die D GemD. und ihre 1. AusfAnw. das Wort in einem eingeschränkten Sinne verstanden haben sollte, ist nicht anzunehmen. Dann kann aber eine Vollmacht, die nur zur Vertretung in bestimmten Grundstücksangelegenheiten ermächtigt, nicht als Generalvollmacht aufgefaßt werden. Gewiß kann auch die Erteilung solcher Vollmachten für die Gemeinde Gefahren mit sich bringen, besonders dann, wenn das Vermögen der Gemeinde zu einem erheblichen Teile im Grundbesitz besteht und der Grundstücksverkehr für ihre Vermögensverwaltung eine ausschlaggebende Rolle spielt. Gewisse Gefahren bringt aber die Erteilung einer Vollmacht, auch einer Einzelvollmacht, immer mit sich. Diese Gefahren abzumägen und zu mindern, ist Aufgabe der Aufsichtsbehörde, die dafür zu sorgen hat, daß Gattungsvollmachten nicht ungeeigneten Personen erteilt werden, und daß sie nicht zu weit gehen.

Im vorl. Falle ermächtigt die Vollmacht vom 15. Juni 1925 nicht zur Verfügung über alle Vermögensrechte der Gemeinde, sondern nur zur Vertretung in Angelegenheiten, die den Erwerb und die Veräußerung von Grundstücken sowie die Eintragung von Grunddienstbarkeiten betreffen. Diese Vollmacht ist als Gattungsvollmacht auch nach der jetzt geltenden D GemD. wirksam.

(RG., 1. ZivSen., Beschl. v. 23. Juli 1936, 1 Wx 394/36.)
[Sch.]

*

19. § 28 FürsPfWd. v. 5. Juni 1931 (RGBl. I, 279). Unter § 28 FürsPfWd. fallen auch notarielle Urkunden. Sind die Voraussetzungen dieser Bestimmung gegeben, so kann der Notar Gebühren nicht erheben.

Die geisteskranke H. wird auf Grund der FürsPfWd. durch Gewährung von Anstaltspflege in einer Heil- und Pflegeanstalt laufend unterstützt. Zur teilweisen Deckung der entstehenden Anwaltskosten hat ihr Pfleger dem Bezirksfürsorgeverband zwei Forderungen der Geisteskranken abgetreten. Der Notar hat für den Entwurf der Abtretungsurkunde und die Beglaubigung der Unterschriften insgesamt 22 RM Gebühren vom Pfleger erhoben. Auf dessen Antrag hat jedoch der VGPräs. u. a. festgestellt, daß dem Notar für seine Tätigkeit keine Gebühren zuständen. Die Beschw. des Notars ist erfolglos geblieben.

Zutreffend geht der VGPräs. davon aus, daß es sich hier nach dem Inhalt der Abtretungsurkunde um eine Angelegenheit handelt, die unter § 28 FürsPfWd. v. 13. Febr. 1924 i. d. Faffung des 5. Teils Kap. VII der 2. RotWd. v. 5. Juni 1931 (RGBl. I, 279) fällt. Nach dieser Bestimmung sind gebühren- und stempelfrei alle gerichtlichen und außergerichtlichen Verhandlungen und Urkunden, insbes. Vollmachten, amtliche Bescheinigungen sowie Eintragungen in das Grundbuch, die aus Anlaß der Beantragung, Feststellung, Auszahlung oder des Erlases einer vom Fürsorgeverband nach dieser Wd. zu gewährenden Leistung nötig werden. Die hier vom Pfleger vorgenommene Abtretung ist aus Anlaß des Erlases einer vom Fürsorgeverband gewährten Leistung notwendig geworden, da durch die Abtretung der Forderungen der Erlas der vom Bezirksfürsorgeverband der Hilfsbedürftigen gewährten Leistung gesichert werden soll.

Dem VGPräs. ist auch darin beizutreten, daß unter die in § 28 a. a. O. erwähnten Verhandlungen und Urkunden auch Notariatsurkunden fallen. Gegen diese Auffassung sind allerdings verschiedene Bedenken erhoben worden. So wird in einem Beschluß des VGPräs. Mainz (DNotW. 1928, 212) die Auffassung vertreten, daß der dem Notar gegenüber seinem Auftraggeber zustehende Rechtsanspruch dem Notar nicht in

einzelnen Fällen entzogen werden könne. Dieser Standpunkt wird auch von Flatten (RheinNotZ. 1932, 279) und dem AG. Mettmann (RheinNotZ. 1933, 67) vertreten. Ihm kann jedoch nicht gefolgt werden. Mit dem BayDbLG. (DNotZ. 1927, 392; 1930, 735) ist davon auszugehen, daß Notare ein Recht auf Gebühren für die von ihnen vorgenommenen Rechtsgeschäfte nur nach Maßgabe der jeweils bestehenden Gesetze und Verordnungen haben. Dem entspricht auch die gesetzgeberische Praxis. So ist die Befreiung der Zahlung von Gerichtsgebühren z. B. auch auf die Vergütung für die Berufstätigkeit der rheinischen Notare ausgedehnt worden. Ebenso ist bei ihrer Inanspruchnahme für die Beurkundung von Geschäften aus Anlaß des Erwerbes von Grundstücken durch Kriegsbeschädigte oder deren Hinterbliebene Gebührenfreiheit angeordnet worden (GS. 1924, 220 und 1925, 66). Auch durch § 67 Abs. 2 der 1. DurchfW. z. ErbhofG. und § 10 Abs. 3 der 2. DurchfW. z. ErbhofG. sind Befreiungen und Ermäßigungen von Notargebühren bestimmt (RGBl. 749 und 1096).

Ob die Notargebühren als Gebühren im Sinne der Finanzwissenschaft und des Verwaltungsrechts anzusehen sind oder nicht (vgl. BayDbLG. a. a. D.), kann dahingestellt bleiben, da nichts dafür spricht, daß der Gesetzgeber den Begriff der Gebühren im Sinne des Sprachgebrauchs eines bestimmten Zweiges der Wissenschaft verwandt hat, vielmehr nur das als gemeint anzunehmen ist, was auch sonst in Gesetzen und im allgemeinen Sprachgebrauch unter dem Begriff „Gebühren“ verstanden wird. Ebenso bedarf es keiner Stellungnahme zu der Frage, ob die Notare in allen Fällen Gebührenfreiheit gewähren müssen, in denen die Gerichte sie zu gewähren haben (Flatten a. a. D. S. 286). Denn im vorl. Fall muß aus der Entstehungsgeschichte der gesetzlichen Vorschrift gefolgert werden, daß der Gesetzgeber die Gebührenfreiheit auch auf die Notargebühren hat erstrecken wollen. Vergleicht man die jetzige Fassung des § 28 FürsPfW. mit der früheren, so ergibt sich, daß zu dem Begriff „Verhandlungen und Urkunden“ hinzugefügt worden ist: „alle gerichtlichen und außergerichtlichen“, daß ferner hinzugefügt worden ist: „sowie Eintragungen in das Grundbuch“, und daß schließlich Satz 2 die Befreiungen auch auf die Angelegenheiten der streitigen Gerichtsbarkeit erstreckt. Die jetzige Fassung des § 28 entspricht etwa dem § 76 Gef. über das Verf. in Versorgungssachen i. d. Fass. v. 20. März 1928 (RGBl. I, 71), wo es heißt:

„Gebühren- und stempelfrei sind alle gerichtlichen und außergerichtlichen Verhandlungen und Urkunden, Vollmachten und amtliche Bescheinigungen sowie Eintragungen in das Grundbuch, die zur Durchführung der Versorgungs-gesetze und der zu ihrer Ergänzung ergangenen Vorschriften erforderlich werden.“

Die Vorschriften über die Gebühren und Auslagen der Notare werden hierdurch nicht berührt.“

Die Hinzufügung des Abs. 2 läßt deutlich erkennen, daß sich der Gesetzgeber wohl bewußt war, mit der Bestimmung in Abs. 1 des vorbezeichneten Gesetzes auch die Berufstätigkeit der Notare getroffen zu haben, und daß er deshalb die ausdrückliche Einschränkung für notwendig erachtet hatte. Ähnlich lauten § 84 WVerf. i. d. Fass. v. 22. Dez. 1927 (RGBl. I, 515) und die entsprechende Bestimmung des Wehrmachtsverf. v. 19. Sept. 1925 (RGBl. I, 349), in denen auch die Unanwendbarkeit der Befreiungsvorschriften auf die den Notaren zustehenden Gebühren und Auslagen angeordnet ist.

Daraus, daß im Jahre 1931 eine entsprechende Fassung des § 28 FürsPfW. gewählt ist, aber ohne die Einschränkung, daß die Notargebühren ausgenommen sein sollen, muß geschlossen werden, daß im Falle des § 28 jetziger Fassung die Gebührenfreiheit sich auch auf die in die Bestimmung angeordneten Geschäfte der Notare erstrecken soll, zumal da die Gebührenfreiheit ganz ohne Rücksicht darauf gewährt wird, ob die Gebühren dem Reich, einem Lande oder einem anderen Berechtigten zufließen (Cäert-Gajse-Discher, NotW. v. 5. Juni 1931 S. 367, 368 Anm. zu § 28). Evidentlich sollte durch die NotW. eine Besserstellung der Fürsorgeverbände erzielt werden, um so den Zweck, die für die öffentliche Für-

sorge zur Verfügung stehenden Mittel möglichst vollständig ihrer Bestimmung zuzuführen und nicht durch Gebühren und Abgaben zu schmälern, weitestgehend zu erreichen. In dieser Richtung liegt es aber nur, wenn die Verbände auch Gebührenfreiheit bei Inanspruchnahme von Notaren genießen. Auch nach dem Sprachgebrauch wird man unter „außergerichtlichen Verhandlungen und Urkunden“, zumal bei der Gegenüberstellung zu den „gerichtlichen“, auch die von einem Notar aufgenommenen zu verstehen haben. Nach der jetzigen Fassung des § 28 FürsPfW. ist dem BayDbLG. zuzustimmen, daß diese Bestimmung gewissermaßen nur die Fortbildung und Verallgemeinerung des Grundsatzes darstellt, der sich in allen deutschen Länderrechten wiederfindet, daß die Notare ihre Dienste unentgeltlich zu leisten haben, wenn die Beteiligten, die sie um die Ausübung ihres Amtes angehen, zur Bezahlung der Notariatsgebühren außerstande sind (BayNotZ. 1927, 365, Art. 83 PrZGG.).

Es könnte vielleicht die Frage aufgeworfen werden, ob Voraussetzung für die Gebührenfreiheit auch ist, daß die Verhandlungen usw. aus dem näher bezeichneten Anlaß gerade als außergerichtliche (und nicht als gerichtliche) nötig werden. Dies ist aber zu verneinen. Die Bestimmung läßt sich vielmehr nur dahin verstehen, daß überhaupt aus dem bezeichneten Anlaß die in Betracht kommenden Verhandlungen oder Urkunden nötig werden. Ist dies der Fall, so besteht Gebührenfreiheit, gleich ob das Gericht oder der Notar in Anspruch genommen worden ist.

Für die hier entfaltete Tätigkeit des Notars waren somit Gebühren nicht zu berechnen, da die von dem Notar entworfene und beglaubigte Urkunde als außergerichtliche Urkunde i. S. des § 28 FürsPfW. anzusehen ist. Erstattung aller notwendigen Auslagen hätte der Notar verlangen können, da die Gebührenfreiheit nicht von der Erstattung von Auslagen entbindet. Derartige Auslagen sind jedoch hier nicht in Streit.

(RG., RipSen. 1a, Beschl. v. 31. Juli 1936, 1a Wx 1074/36.)

*

Seite

20. Bd. des RMin. für Ernährung und Landwirtschaft v. 18. April 1935. Ein Brauwirtschaftsverband, der einer Brauerei die Bierlieferung an eine Gastwirtschaft verbietet, handelt damit in Ausübung einer öffentlich-rechtlichen Machtbefugnis. Das Verbot unterliegt daher nicht der Aufhebung durch die ordentlichen Gerichte.†)

Der Antragsteller ist Eigentümer der Gastwirtschaft in G., die er im Februar 1936 mit eigenen und Mitteln seiner Ehefrau erworben haben will. Die Gastwirtschaft ist verpachtet. Sie bezog ihr Bier von der Lagerbierbrauerei in W., deren Handlungsagent der Antragsteller ist. Mit Schreiben vom 25. Mai 1936 untersagte die Antragsgegnerin der Lagerbierbrauerei die Belieferung der Gastwirtschaft mit Bier, weil ihr Vertreter die Gastwirtschaft ohne die Genehmigung des Vorsitzenden des zuständigen Brauwirtschaftsverbandes erworben habe (Ziff. II Abs. 2 der Anordnung 5 der Hauptvereinigung der Deutschen Brauwirtschaft betreffs Regelung des Wettbewerbes der Brauereien und Biergroßverteiler v. 25. Okt. 1935). Gegenvorstellungen des Antragstellers und der Brauerei blieben erfolglos.

Der Antragsteller verlangt nun den Erlaß einer EinstwVfg. dahin, daß dem Antragsgegner untersagt werde, der Lagerbierbrauerei W. die Belieferung der Gaststätte zu verbieten, auch daß bis zur endgültigen Entsch. in einem angustrenghenden Rechtsstreit sonstige zweckentsprechende Maßnahmen getroffen werden. Er stützt seinen Antrag darauf, daß der Antragsgegner unbefugt das Verbot erlassen habe und ihn damit in seiner Gewerbefreiheit beeinträchtigt, auch verbotenerweise unlauteren Wettbewerb, wenn auch vielleicht nicht gerade für sich, so doch für andere Brauereien treibe.

Das LG. hat den Erlaß der EinstwVfg. aus materiellen Gründen abgelehnt.

Die sofortige Beschw. blieb ohne Erfolg.

Der Rechtsweg ist nicht gegeben.

Die beanstandete Verfügung des Vorsitzenden des Brauwirtschaftsverbandes beruht auf Ziff. II Abs. 2 der Anordnung 5 betreffs Regelung des Wettbewerbes der Brauereien und Biergroßverteiler, die ihrerseits wiederum auf Grund der §§ 5, 10 B.D. über den Zusammenschluß der Deutschen Brauwirtschaft v. 18. April 1935 (RWBl. I, 556) i. Verb. m. § 7 der Satzung der Hauptvereinigung der Deutschen Brauwirtschaft v. 5. Juli 1935 beruht.

Die Lagerbierbrauerei ist Mitglied des Brauwirtschaftsverbandes. Nach der angezogenen Bestimmung bedarf der Ankauf und die Neuerrichtung von Absatzstätten der Genehmigung des zuständigen Vorsitzenden des Verbandes. Die Mitgliedsbetriebe haften für die Innehaltung der Vorschriften der Anordnung 5 durch ihre Angestellten, zu denen auch die Provisionsreisenden gehören.

Der Antragsteller glaubt nun, daß diese Bestimmung keine Anwendung auf ihn finden könne, weil er die Gaststätte ohne jede geldliche Beteiligung der Lagerbierbrauerei angekauft habe, und verlangt unter Berufung auf die §§ 823 ff. BGB. und § 1 UmwG. die Unterlassung. Die Einrichtung der Brauwirtschaftsverbände beruht nebst den oben genannten Anordnungen letzten Endes auf der B.D. des RMin. f. Ernährung und Landwirtschaft v. 18. April 1935 (RWBl. I, 556). Danach sind die Brauwirtschaftsverbände ebenso wie die übergeordnete Hauptvereinigung Körperschaften öffentlichen Rechts. Sie üben öffentlich-rechtliche Machtbefugnisse innerhalb des Rahmens der ihnen übertragenen Aufgaben aus. Ihre im Rahmen der ihnen übertragenen Aufgaben erlassenen Verfügungen sind daher im ordentlichen Rechtswege nicht anfechtbar.

Daß es sich hier um Ausübung öffentlich-rechtlicher Machtbefugnisse handelt, geht u. a. einwandfrei daraus hervor, daß sie zu Strafverfügungen, die vom FinA. im Verwaltungs-zwangsverfahren beizutreiben sind, ermächtigt sind. Sie stehen ihren Mitgliedern nicht als gleichberechtigte Vertragspartner gegenüber, sondern üben über sie öffentlich-rechtliche Befehlsgewalt aus.

Da sich die beanstandete Verfügung im Rahmen der übertragenen Befugnisse hält, wobei die Prüfung der Zweckmäßigkeit nicht Sache der ordentlichen Gerichte ist, so ist eine Nachprüfung der Verfügung dem Gerichte, da der ordentliche Rechtsweg nicht gegeben ist, nicht möglich.

(OLG. Celle, Beschl. v. 13. Juli 1936, 2 W 106/36.)

Anmerkung: Der Entsch. ist zuzustimmen. Es bleibt aber die Frage offen, ob die Betroffenen gegen das Verbot des Brauwirtschaftsverbandes auf andere Weise als auf dem ordentlichen Rechtsweg hätten vorgehen können. Vorausgesetzt einmal, daß die Anordnung des Brauwirtschaftsverbandes materiell unberechtigt gewesen wäre, würde es nicht befriedigen, daß die Brauerei und der Eigentümer der Gastwirtschaft keine Möglichkeit haben sollten, eine Aufhebung der Anordnung durchzusetzen. Soweit sich aber die geltenden Bestimmungen übersehen lassen, scheint das tatsächlich der Fall zu sein. Zwar sieht der § 8 der Satzung der Hauptvereinigung der Deutschen Brauwirtschaft einen Beschwerdeauschutz vor. Dieser ist aber bis heute noch nicht gebildet. Außerdem hat er nicht das Recht, Einzelanordnungen, wie die vorliegende, aufzuheben, sondern er kann nur von Anordnungen allgemeiner Art, die der Vorsitzende der Hauptvereinigung trifft, Ausnahmen für den einzelnen Fall einräumen. Die Bewilligung einer solchen Ausnahme kann aber nicht in Frage kommen, wenn nur die falsche Anwendung einer an sich anerkannten allgemeinen Anordnung behauptet wird.

Allerdings sind auf Grund der Bestimmungen der Hauptvereinigung bei den einzelnen Brauwirtschaftsverbänden Schiedsgerichte bestellt. Diese können aber nur bei Verhängung von Strafen angerufen werden. Da hierzu auch Ordnungsstrafen gehören, so kann man vielleicht die Auffassung vertreten, daß das Verbot einer Bierlieferung für die Brauerei als Ordnungsstrafe anzusehen sei, daß also die Brauerei das Recht gehabt hätte, das Schiedsgericht des Brauwirtschaftsverbandes anzurufen. Es wäre aber erwünscht, wenn die Hauptvereini-

gung diese Frage klarstellen wollte. Sollte sie sie verneinen, wäre es Aufgabe der Hauptvereinigung, eine Bestimmung zu schaffen, welche im Interesse der Betroffenen eine Nachprüfung ergangener Anordnungen der Brauwirtschaftsverbände ermöglicht. Es soll gewiß nicht angestrebt werden, den Brauwirtschaftsverbänden die Erfüllung ihrer keineswegs leichten Aufgaben, die sie vor allem im Interesse der Marktregelung und einer gesunden Wirtschaft zu lösen haben, durch Einschaltung überflüssiger Beschränkung zu erschweren. Man darf aber nicht verkennen, daß irren menschlich ist, und daß jede Brauerei ein schutzwürdiges Interesse daran hat, ihren Absatz nicht durch falsche Anordnungen gefährdet zu sehen. Ebenso darf man nicht verkennen, daß auch der Inhaber einer jeden Gaststätte bei seinem Bierbezug auf die Wünsche und Gewohnheiten seiner Gäste angewiesen ist, also nicht immer auf den Weiterbezug eines bestimmten Bieres verzichten kann.

Auch in materieller Hinsicht gibt die Entsch. des OLG. Anlaß zur Erörterung von Fragen, die offen geblieben sind. Der Brauwirtschaftsverband hat der Bierbrauerei die Bierlieferung verboten, weil ihr Vertreter die Gastwirtschaft ohne die erforderliche Genehmigung erworben habe. Man darf aber nicht verkennen, daß die Anordnung Nr. 5, auf die sich der Brauwirtschaftsverband berufen hat, sich nur gegen Brauereien und Biergroßverteiler richtet. Der Zweck der verschiedenen Bestimmungen in dieser Anordnung Nr. 5 ist der, den früheren Wettbewerb der Brauereien mit kapitalistischen Mitteln im Interesse des Leistungsprinzips zu unterbinden. Darum ist u. a. verboten worden, daß Brauereien durch Erwerb von Gaststätten sich ein Monopol in der Bierlieferung verschaffen. Diese Anordnung bezweckt, dem Grundsatz: „Freie Brauereien — freie Wirte“ Geltung zu verschaffen. In Ziff. V ist auch gesagt, daß die Brauereien für die Innehaltung der Vorschriften durch ihre Angestellten haften. Als Angestellte sind „auch Provisionsvertreter, Provisionsreisende usw.“ ausdrücklich bezeichnet. Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß der Eigentümer der Gastwirtschaft als Vertreter der Brauerei ein Provisionsvertreter i. S. dieser weit auszulegenden Vorschrift ist. Eine Haftung der Brauerei für Handlungen ihres Vertreters nach Maßgabe dieser Vorschrift kommt aber nur insoweit in Frage, als der Vertreter bei Erwerb der Gastwirtschaft für die Brauerei gehandelt hat. Es ist selbstverständlich, daß eine Anordnung der Anordnung Nr. 5 nicht geduldet werden kann, daß also ein Erwerb der Gastwirtschaft durch den Handelsagenten ohne die Genehmigung unzulässig gewesen wäre, wenn er die Gastwirtschaft mit Mitteln der Brauerei erworben hätte. Im vorl. Fall behauptet er aber, seine eigenen Mittel und die seiner Ehefrau dazu verwendet zu haben. Ob das der Fall gewesen ist oder nicht, wird wahrscheinlich von dem Brauwirtschaftsverband und von dem Gericht erster Instanz, das den Erlaß der EinstwVfg. aus materiellen Gründen abgelehnt hatte, geprüft sein. Festzustellen ist nur, daß das Bestehen eines Handelsagenten-Verhältnisses zwischen Brauerei und dem Erwerber einer Gastwirtschaft allein noch nicht genügt, um einen genehmigungspflichtigen Ankauf einer Gastwirtschaft durch eine Brauerei i. S. der Anordnung Nr. 5 zu bejahen. Es kommt vielmehr darauf an, ob der Handelsagent im Namen oder auch nur intern für Rechnung der Brauerei gehandelt oder die Wirtschaft mit Mitteln, die er von der Brauerei erhalten hatte, erworben hat.

Abgesehen aber davon kann schließlich noch die Frage erörtert werden, ob auch ein Verstoß gegen die Anordnung Nr. 9 der Hauptvereinigung der deutschen Brauwirtschaft v. 28. Jan. 1936 vorliegt. Nach Ziff. I dieser Anordnung ist es den Brauereien verboten, zu Zwecken des Wettbewerbs die Preise zu unterbieten. Nach Ziff. II gilt als Preisunterbietung i. S. dieser Anordnung insbes.:

1. jede Preisgestaltung, die — insgesamt oder auch örtlich — wirtschaftsstörend wirkt und geeignet ist, die von der Hauptvereinigung geförderte Marktordnung, insbes. ihre Anordnungen wesentlich zu stören;
2. jede von dem Preis für bestimmte Bierforten abweichende Preisgestaltung zugunsten einzelner Kunden, die dem Zweck dient, Kunden zu werben oder Kundenverluste zu verhindern;

3. jede Gewährung von Sonderborteilen irgendwelcher Art, die geeignet ist, marktstörend zu wirken.

Es ist immerhin zu berücksichtigen, daß der Handelsagent an den Lieferungen für die Gastwirtschaft durch eine Provision beteiligt ist. Die üblichen Provisionsätze für Vertreter belaufen sich, je nach der Beschaffenheit des Bieres, auf etwa 4-5 R.M. je Hektoliter. Man könnte sich also vorstellen, daß der Gastwirt, wenn ihm diese Beträge zugute kommen sollten, in der Lage sein würde, jeden Liter Bier um 4-5 Pfennige billiger anzuschicken, als es ihm sonst möglich gewesen wäre. Es ist aber kaum anzunehmen, daß damit eine der Voraussetzungen in den drei Absätzen der Ziff. II erfüllt sein würde. Da aber die Ziff. II, wie das Wort „insbes.“ zeigt, nur Beispiele einer Preisunterbietung bringen will, so bleibt grundsätzlich die Ziff. I anwendbar, welche Unterbietung zu Zwecken des Wettbewerbs schlechthin verbietet. Sollte also bei der Bierlieferung an eine Gastwirtschaft der Zweck verfolgt worden sein, durch Einräumung der Vertreterprovision den Ausschank des Bieres zu verbilligen und damit den Absatz zu fördern, so würde das Verbot der Bierlieferung auch auf die Anordnung Nr. 9 gestützt werden können. Das trifft aber nicht zu, wenn der Vertreter, der ja den Betrieb wiederum an einen Gastwirt verpachtet hat, die Provision selbst behält.

Dr. Mevert, Leipzig.

*

Hamburg

21. §§ 164 ff., 307, 631 ff. BGB. Zwischen bauleitendem Architekt und Bauhandwerker besteht ein stillschweigend begründetes Vertragsverhältnis, kraft dessen der Architekt für die Folgen eines von ihm beim Vertragschluß begangenen Verschuldens in Höhe des negativen Interesses haftet.

Hat der Architekt versichert, daß die Baugelder „sichergestellt“ sind, so können die Handwerker auf die Kreditwürdigkeit des Bauherrn ohne nähere Nachprüfung vertrauen und erwarten, daß der Architekt die nötigen Beträge als Treuhänder erhalten und sie gleichmäßig unter die Handwerker verteilen wird. Für einen Ausfall, Zinsverlust und im Zusammenhang mit Zahlungsverzug entstehenden Schaden ist der Architekt ersatzpflichtig.†)

Frau R. war Eigentümerin eines Einzelhauses, das sie i. J. 1933 in Einzelwohnungen umbauen lassen wollte. Die H. er Sparkasse erklärte sich bereit, für den beabsichtigten Umbau ein Darlehn zu gewähren, wenn es nach ihrer Ansicht durch eine bessere Rentabilität des Grundstücks genügend gesichert sei.

Der bekl. Architekt bestätigte der Grundstückseigentümerin die Erteilung des Auftrages, das Haus in ein Haus mit vier selbständigen Wohnungen umzubauen und überbandte ihr die Bauzeichnungen.

Der Bekl. übertrug „im Auftrage und für Rechnung der Frau R.“ der Kl. zu 1 die Tischlerarbeiten mit der Maßgabe, daß die Arbeiten sofort zu beginnen und bis zu einem bestimmten Zeitpunkt fertigzustellen seien. Das Schreiben enthielt folgende Sätze: „Die Zahlungen sind durch Eintragung einer Hypothek von der H. er Sparkasse sowie durch die Zuschüsse der H. Beleihungskasse sichergestellt. Die näheren Zahlungsvereinbarungen müssen wir abhängig machen von den Zahlungen dieser Institute.“ In derselben Weise übertrug er dem Kl. zu 3 die Zentralheizungsanlage und dem Kl. zu 2 die Dachdecker-, Klempner- und Mechanikerarbeiten. Die Kl. begannen mit den Arbeiten, erhielten jedoch kein Geld. Inzwischen hatte die Beleihungskasse die Bürgschaft für die Hypothek der Sparkasse und die Sparkasse infolgedessen die Auszahlung des Darlehns abgelehnt. Die Bauherrin war Wohlfahrtsempfängerin.

Die Kl. stellten dann ihre Arbeiten ein und erhoben zunächst gegen den Bekl. Ansprüche für die bisher geleistete

Arbeit. Während der Rechtsstreit vor dem LG. schwebte, wurde auf Antrag der Sparkasse ein Zwangsverwalter eingesetzt, der ihnen die vertragmäßige Vergütung zahlte. Mit der vorl. Klage machen die Bekl. den durch den Zahlungsverzug entstandenen Zinsverlust und einen Schaden geltend, der ihnen durch das Abhandenkommen von Werkstoffen während der Baustilllegung entstanden sei.

Das LG. hat die Klage abgewiesen. Das OLG. hat aufgehoben, die Klage dem Grunde nach für berechtigt erklärt und wegen der Höhe zurückverwiesen.

Der Architekt ist zunächst der Beauftragte des Bauherrn. Er kann bei Bauten, die aus öffentlichen Mitteln unterstützt werden, eine Treuhänderstellung der öffentlichen Hand gegenüber einnehmen, die ein Interesse daran hat, daß die von ihr hergegebenen Gelder zur Errichtung des Baues verwandt und den Bauhandwerkern gleichmäßig zwecks Befriedigung ihrer Forderungen zugeführt werden. Dasselbe kann naturgemäß auch bei Bauten der Fall sein, die mit Hilfe von Baudarlehn privater Geldgeber durchgeführt werden. Im allgemeinen wird in solchen Fällen anzunehmen sein, daß der bauleitende Architekt aus dem von ihm mit den Geldgebern geschlossenen Verträge auch den Bauhandwerkern gegenüber unmittelbar verpflichtet ist, dafür zu sorgen, daß die ihm von den Geldgebern anvertrauten Mittel gleichmäßig anteilsweise an die Bauhandwerker gelangen. Ob und inwieweit darüber hinaus der bauleitende Architekt den am Bau beteiligten Bauhandwerkern gegenüber Verpflichtungen hat, läßt sich nur von Fall zu Fall beurteilen. Jedenfalls muß er bei Vergebung der Bauaufträge den Handwerkern gegenüber die erforderliche Sorgfalt wahren, wie Treu und Glauben sowie die Rücksicht auf die Verkehrssitte es verlangen.

Im vorl. Falle hat der Bekl. die Aufträge an die Kl. ausdrücklich „im Auftrage und für Rechnung von Frau R.“ erteilt. Es bestand also nicht der mindeste Zweifel darüber, daß der Bekl. nicht etwa den Kl. gegenüber als Auftraggeber, wenn auch für fremde Rechnung, auftreten wollte. Sache der Kl. war es mithin an sich, sich über die Zahlungsfähigkeit ihrer Auftraggeberin und die Frage, wie ihre Werklohnforderungen sichergestellt seien, zu erkundigen. Ob die Kl., wenn der Bekl. über diese Punkte im Bestätigungsschreiben völlig geschwiegen hätte, ohne weiteres davon hätten ausgehen dürfen, daß er die Kreditwürdigkeit der Auftraggeberin sorgfältig geprüft und keinen Grund, sie zu bezweifeln, gefunden habe, mag dahingestellt bleiben.

Im vorl. Falle hatte der Bekl. ausdrücklich in den Bestätigungsschreiben gesagt, daß die Zahlungen durch Eintragung einer Hypothek von der H. er Sparkasse sowie durch die Zuschüsse der H. Beleihungskasse für Hypotheken sichergestellt seien. Die Kl. mußten diese Mitteilung dahin verstehen, daß es auf die Zahlungsfähigkeit der Bauherrin nicht ankomme, da der Bau von der Beleihungskasse durch Zuwendungen unterstützt werde, und die Sparkasse der Bauherrin gegen eine bereits eingetragene Hypothek das für den Restbetrag erforderliche Darlehn gewährt oder zum mindesten rechtswirksam bewilligt habe. Wenn auf diese Weise die Zahlungen „sicher gestellt“ waren, so konnte es nur bedeuten, daß der Bekl. persönlich als Treuhänder der Geldgeber die Beträge in Empfang nehmen und sie gleichmäßig unter die am Bau beschäftigten Handwerker verteilen werde. Sich um die Zahlungsfähigkeit der Bauherrin oder die Einzelheiten der von der Sparkasse oder der Beleihungskasse gegebenen Erklärungen zu kümmern, hatten die Bauhandwerker nach Empfang dieser Mitteilung keinen Anlaß mehr. Es kommt häufig vor, daß völlig mittellose Bauherren nur auf dem hier von Frau R. eingeschlagenen Wege ihre Häuser umbauen und rentabler machen können.

Die Angaben des Bekl. entsprachen den Tatsachen nur insofern, als die Sparkasse zwar unter bestimmten Bedingungen ein Darlehn zugesagt und die Beleihungskasse auch die von der Sparkasse gewünschte Bürgschaft übernommen hatte. Die Bedingungen der Sparkasse waren aber insofern nicht erfüllt, als eine Hypothek noch nicht eingetragen war und auch

nicht feststand, daß sie eingetragen werden würde. Diese Bedingung war naturgemäß für die Verpflichtung der Sparkasse sowohl wie diejenige der Beleihungskasse aus der Bürgerschaft von entscheidender Bedeutung. Ihre Erfüllung scheiterte daran, daß die Bauherrin oder ihr Bevollmächtigter W. die Belastung zu niedrig angegeben hatte und die völlig mittellose Bauherrin nicht in der Lage war, die übersteigenden Belastungen abzudecken.

Als Unterlage für seine sachlich unrichtige Mitteilung an die Kl. hatte der Bekl. nur die beiden Vorbescheide der Beleihungskasse, die beiden Schreiben der H. er Sparkasse und möglicherweise die Zusage der Beleihungskasse hinsichtlich der Bürgerschaftsübernahme.

Diese Unterlagen genügten nicht, und daher durfte der Bekl. niemals davon sprechen, daß die Zahlungen durch eine Hypothek der Sparkasse gesichert seien.

Den Bekl. trifft ein Verschulden beim Vertragschluß, für das er persönlich einzustehen hat. Zwar hat das RG. in seinem Ur. v. 1. März 1928 (JW. 1928, 1285 m. Ann. = RGZ. 120, 249) diesen Grundsatz nur für den sachlich am Vertragschluß beteiligten Vertreter bejaht, der aus formalen Gründen für einen anderen auftritt und abschließt. Allein der dort vom RG. entwickelte Grundsatz muß auch auf den vorliegenden Sachverhalt angewandt werden. Der bauleitende Architekt ist schon im Hinblick auf seinen eigenen Verdienst und sein Ansehen bei den großen Geldgebern an dem schnellen Beginn und der reibungslosen, ungehemmten Durchführung des Baus persönlich höchst interessiert. Die Handwerker wissen, daß er das Vertrauen der Geldgeber genießt und daß ihm jede Unregelmäßigkeit in der Abwicklung solcher Verträge beruflich schadet. Daraus ergibt sich zwanglos, daß der bauleitende Architekt auch bei den Bauhandwerkern ein besonderes Vertrauen genießt, und daß zwischen ihnen ein stillschweigend begründetes Vertragsverhältnis besteht, laut dessen der Architekt ihnen für die Folgen eines von ihm beim Abschluß mit der von ihm vertretenen Bauherrin begangenen Verschuldens haftet. Zwar enthält der Satz in dem Bestätigungsschreiben keine Übernahme einer Garantie für den Eingang der Zahlungen. Allein der Architekt ist auf Grund jenes Vertragsverhältnisses verpflichtet, nur nach sorgfältigster Prüfung den Bauhandwerkern über die Zahlungsfähigkeit des Bauherrn und die Sicherung ihrer Forderungen Mitteilungen zu machen, von denen er sich sagen muß, daß die Bauhandwerker nach ihrem Empfang keinen Anlaß mehr haben, wegen des Einganges ihrer Zahlungen besorgt zu sein und die Kreditwürdigkeit des Bauherrn zu prüfen.

Der Bekl. haftet für das negative Vertragsinteresse nur dann, wenn die Bauhandwerker infolge seiner Mitteilung Aufwendungen an Werkstoffen und Löhnen usw. gemacht haben. Diese Voraussetzung ist gegeben. Für großstädtische Bauhandwerker ist heute die Frage, ob der Umbau vermögensloser Personen von der Beleihungskasse und einem großen leistungsfähigen Geldgeber unterstützt wird, von entscheidender Bedeutung. Zu glauben ist den Kl., daß sie nicht mit ihren Aufwendungen für den Bau und mit den Bauarbeiten selbst angefangen haben würden, wenn sie die Versicherung des Bekl., daß die Zahlungen durch die Sparkasse gesichert seien, nicht gehabt hätten. Andernfalls hätten sie Erkundigungen eingezogen und alsbald erfahren, daß die Sparkasse das erforderliche Geld vorstrecken werde, noch völlig offen war. Dann hätten sie zunächst nicht mit den Arbeiten begonnen.

Wenn auch die Vergütungen selbst den Kl. nach langem Warten gezahlt worden sind, so ist doch anzunehmen, daß ihnen in Gestalt von Zins- und Materialverlusten Schäden entstanden sind, für die sie durch den Verdienst an der Durchführung des Baus nicht entschädigt worden sind.

(OLG. Hamburg, Ur. v. 7. Mai 1936, 2 U 55/36.)

Anmerkung: Dem Ergebnis der Entsch. ist zuzustimmen. Der Architekt, der im Auftrage oder als bevollmächtigter Vertreter des Bauherrn die Verhandlungen zum Bauvertragsabschluß führt, haftet für die dabei von ihm gemachten fahr-

lässig falschen Angaben oder Mitteilungen, weil in der ohne Vorbehalt gemachten Mitteilung oder Angabe an die Gegenseite (vorliegend über die Sicherung der Finanzierung) gleichzeitig die Behauptung der eigenen Prüfung des Sachverhalts und der Wahrheit der Angabe oder Mitteilung liegt, und hierdurch nach Treu und Glauben stillschweigend ein Vertragsverhältnis geschlossen wird des Inhaltes, daß die Mitteilung der Wahrheit entsprechen müsse. Dies Ergebnis der Entsch. steht im Einklang mit der bisherigen Rpr. über die Haftung für culpa in contrahendo. Ihre Begründung ist allerdings deshalb nicht durchweg unbedenklich, weil sie die Haftung des Architekten von tatsächlichen Voraussetzungen mehr oder weniger zufälliger Art, insbes. auch von rein persönlichen Umständen abhängig macht (eigener Verdienst, Ansehen bei „großen“ Geldgebern und Vertrauen bei den Handwerkern). In Wirklichkeit beruht die Haftung doch allein auf der fahrlässig falschen Mitteilung über die Sicherung der Finanzierung. Die Entsch. sieht offenbar eine Schwierigkeit, zur Haftung des Architekten zu gelangen, darin, daß er als Beauftragter bzw. Vertreter des Bauherrn handelt. Diese Schwierigkeit besteht in Wirklichkeit aber nicht. Solange eine Haftung wegen fahrlässiger Vermögensbeschädigung auf Grund des § 823 BGB. nicht feststellbar erscheint, ist die Konstruktion eines durch Treu und Glauben begründeten Vertragsverhältnisses zwischen Architekten und Bauhandwerker im Interesse der Sicherheit des Geschäftsverkehrs erforderlich. Der Architekt haftet wegen eigener schuldhafter Verletzung einer eigenen Vertragsverpflichtung. Daß die fragliche unrichtige Mitteilung nicht sein eigenes, sondern das Bauvorhaben seines Auftraggebers, des Bauherrn, betrifft, kann mit Rücksicht hierauf keine Rolle spielen. Der Sachverhalt ist insofern nicht anders als der der Entsch. RGZ. 101, 301 zugrunde liegende. Es liegt eben bei dem stillschweigend zustande gekommenen Vertrage ein Auskunftsvertrag vor, der den Auskunftgebenden verpflichtet, wahrheitsgemäße Auskunft zu geben bzw. wahrheitsgemäße Angaben oder Mitteilungen zu machen, und bei welchem die Schadenersatzpflicht allein durch die schuldhaft falsche Angabe, Mitteilung oder Auskunft entsteht. Bei dieser Betrachtung wird die Abstellung auf mehr oder weniger zufällige Umstände, die allgemein für den Beruf des Architekten keineswegs immer zutreffen, vermieden. Unrichtig ist es z. B., wenn die Urteilsbegründung annimmt, daß aus der Erklärung des Architekten, die Finanzierung sei sichergestellt, die Behauptung hergeleitet werden müsse, der Architekt werde als Treuhänder des Geldgebers die Bezahlung der Handwerker selbst vornehmen. Dies geschieht, wie den Bauunternehmern und Handwerkern regelmäßig bekannt ist, durchaus nicht häufig, und es ginge nicht an, die von dem Urteil anerkannte Haftung des Architekten entfallen zu lassen, wenn die Treuhändereigenschaft des Architekten bezüglich der Auszahlung zweifelhaft nicht besteht. Unter Sicherstellung der Finanzierung wird verstanden, daß die für das Bauvorhaben erforderlichen Mittel durch Eigenkapital oder durch bedingungslose Darlehnszusage zahlungsfähiger Hypothekengeldgeber gewährleistet sind. Werden hierüber von dem Architekten innerhalb seines beruflichen Betätigungsfeldes schuldhaft unrichtige Angaben gemacht, so muß er haften, ob er Treuhänder ist, Ansehen genießt u. dgl. oder nicht. Im vorl. Fall lag tatsächlich eine schuldhaft falsche Angabe vor, weil die Hypothekendarlehnszusage erkennbar noch keine bedingungslose war, sondern von der Beseitigung anderer Grundstücksbelastungen abhing. Bei Abstellung der Haftung allein auf die schuldhaft falsche Angabe oder Mitteilung ergibt sich, daß die Entsch. über den vorl. Fall hinaus Bedeutung hat insofern, als dann nicht nur der Architekt, sondern auch sonstige Personen, die über die Sicherung der Finanzierung des Bauvorhabens eines anderen unrichtige Angaben machen, haftbar sind, wenn die Angaben innerhalb ihres beruflichen oder persönlichen Wirkungskreises erfolgen. So haftet z. B. der Gemann bei falschen Angaben bezüglich des Bauvorhabens seiner Ehefrau oder der Vorstand oder Geschäftsführer einer AktG. oder GmbH. oder sonstiger juristischer Personen.

RA. Dr. Eplinius, Berlin.

Landgerichte: Zivilsachen

Altenburg

22. § 1717 BGB. stellt nur eine widerlegbare Vermutung auf; dem klagenden außer ehelichen Kinde ist der Beweis gestattet, daß es vom Verfl. erzeugt wurde, obgleich die Kindesmutter mit dem Verfl. vor Beginn und nicht auch innerhalb der gesetzlichen Empfängniszeit verkehrte.

Der am 25. Juni 1935 geborene Kl. nimmt den Verfl. als außerehelichen Vater in Anspruch. Weil die Mutter des Kl. unstreitig nicht innerhalb der gesetzlichen Empfängniszeit — 27. Aug. bis 26. Dez. 1934 —, sondern vorher, in der Zeit v. 18. bis 21. Aug. 1934 mit dem Verfl. verkehrte, hat das AG die Klage abgewiesen. Das LG hat das Urteil des AG aufgehoben und den Verfl. zur Unterhaltszahlung verurteilt.

Die Kammer glaubt der beschworenen Aussage der Kindesmutter. Danach hat sie in der Zeit von Juli bis einschließlich Dez. 1934 nur mit dem Verfl. Geschlechtsverkehr gehabt, und zwar in der Zeit v. 18. bis 21. Aug. 1934.

Ausweislich der Blutproben des Kl., der Kindesmutter und des Verfl. ist der Verfl. als Erzeuger des Kl. nicht ausgeschlossen. Prof. K. erklärt zwar für im höchsten Grade unwahrscheinlich, daß der Kl. einem Geschlechtsverkehr in der Zeit v. 18. bis 21. Aug. 1934 entstamme, da dann die Schwangerschaft 311 bis 308 Tage gedauert haben würde, eine Schwangerschaft von über 302 Tagen aber überaus selten sei. Er sagt weiter, daß die normale Dauer der Schwangerschaft 273 Tage betrage und in ihr das Kind eine durchschnittliche Länge von 49 bis 51 cm erreiche, unter besonderen Umständen aber auch eine erheblich größere Länge. Der Kl. war nach den Erklärungen der Hebamme und der Arztin bei seiner Geburt 54 cm lang und hatte deutliche Reifezeichen, seine Finger- und Zehennägel waren sehr lang, sein Schädel sehr hart.

Die biologische Wissenschaft hält eine Tragzeit bis zu 347 Tagen für möglich (F.W. 1935, 2474). Das Urteil des LG. Königberg v. 18. Febr. 1936, 1 S 340/35 (D.F. 1936, 517) nimmt zufolge eines ärztlichen Gutachtens etwa 320 Tage als die mögliche längste Schwangerschaftsdauer an. Der Beschluß des LG. Stargard v. 24. Jan. 1936, 4 IT 6/35 (Rundbrief des Deutschen Jugendarchivs, Berlin, XI. Jahrgang Nr. 23/24 v. 15. Febr. 1936, 305/306) sagt: „Nach dem Gutachten des Direktors des Instituts für gerichtliche Medizin der Universität Greifswald muß eine Empfängnis außerhalb der gesetzlichen Empfängniszeit, und zwar wie im vorl. Falle behauptet, 17 Tage vor Beginn der gesetzlichen Empfängniszeit an sich als möglich verzeichnet werden. Es gibt nach dieser gutachtlichen Äußerung in der Tat genügend Fälle, in denen reife oder gar überreif geborene Kinder eine längere Tragzeit durchgemacht haben als 302 Tage.“ Das SchwG. I Berlin äußert sich im Urteil v. 6. Dez. 1935, (500) 88 Ks 5/35 (90/35) (a. a. O. S. 308): „überzeugend ist aber das Gutachten des als Sachverständigen gehörten Medizinalrats N., der die Äußerung des Arztes der Frauenklinik als un haltbar bezeichnet. Nach seiner eingehenden, begründeten Ansicht ist die Körperlänge des neugeborenen Kindes, die nach den Angaben der Klinik 54 cm betragen hat, ein sicheres Zeichen dafür, daß dieses Kind wesentlich länger im Mutterleib getragen worden ist als sonst. Nach seinen weiteren Ausführungen ist es wissenschaftlich einwandfrei festgestellt, daß Kinder noch bis zu 324 Tagen nach der Empfängnis lebend geboren werden. Diese Fälle sind gar nicht einmal als überaus selten zu bezeichnen.“

§ 1717 Abs. 2 BGB. erkennt zwar beim unehelichen Kind anders als § 1592 Abs. 2 BGB. beim ehelichen Kind eine Überschreitung der nach dem Gesetz geltenden Empfängniszeit nicht ausdrücklich an. Deshalb hat die Rspr. mit den

Motiven zum BGB. S. 890 die Frist des § 1717 Abs. 2 BGB. für unbedingt maßgebend gehalten. Die Kammer teilt aber im Einklang mit den erwähnten Entsch. diese Ansicht nicht, meint vielmehr, daß § 1717 zwingend die Vermutung der Vaterschaft nur ausspricht für den Fall, daß der Geschlechtsverkehr in dem angegebenen Zeitraum stattgefunden hat, den Nachweis aber nicht ausschließt, daß das Kind einem früheren oder späteren Verkehr entstammt. Dafür spricht außer den Grundsätzen der Billigkeit auch das Fehlen des Wortes „nur“ hinter dem Wort „gilt“ in § 1717 Abs. 1 BGB. Seit das Gesetz gegeben wurde, sind der ärztlichen Wissenschaft eine Reihe von Fällen bekannt geworden, in denen die Tragzeit mehr als 302 Tage betrug.

Es genügt aber nicht nach all dem, daß das Entstammen des Kl. aus einem Verkehr einige Tage vor der vom Gesetz vermuteten Empfängniszeit möglich ist, sondern es muß das gewiß sein. Das ist aber hier der Fall. Denn der Kl. hatte bei seiner Geburt eine über das Durchschnittsmaß erheblich hinausgehende Länge, auch einen sehr harten Schädel und sehr lange Finger- und Zehennägel. Ferner hat die Kindesmutter glaubhaft bekundet, daß sie in der Zeit von Juli bis einschließlich Dez. 1934 nur mit dem Verfl. Geschlechtsverkehr gehabt hat. Hiernach hält die Kammer für erwiesen, daß der Kl. dem Verkehr seiner Mutter mit dem Verfl. in der Zeit v. 18. bis 21. Aug. 1934 entstammt.

(LG. Altenburg, Ur. v. 19. Aug. 1936, 1 S 30/36.)

Berlin

23. Ges. über Hypothekenzinsen v. 2. Juli 1936; 1. DurchfV.D. zum Ges. über Hypothekenzinsen v. 2. Juli 1936 (RGBl. I, 533 u. 536). Zur Frage des angemessenen Zinssatzes gemäß Art. 1 der 1. DurchfV.D. zum Ges. über Hypothekenzinsen v. 2. Juli 1936.

Auf dem Grundstück der Antragstellerin, das einen Einheitswert von 48 200 RM hat, ist für den Antragsgegner an erster Stelle eine Hypothek von 48 000 RM mit 9% Zinsen eingetragen. Dieser Zinssatz ist durch die 4. NotV.D. v. 8. Dez. 1931 auf 6 3/4% gesenkt worden. Die Antragstellerin hat nunmehr mit der Begründung, das Grundstück, ihr einziger Besitz, könne eine Verzinsung der Hypothek von 6 3/4% nicht mehr tragen, beantragt, auf Grund des Ges. über Hypothekenzinsen v. 2. Juli 1936 den angemessenen Zinssatz auf 5% zu bestimmen. Der Antragsgegner hat gebeten, den Zinssatz auf 6% festzusetzen. Da eine Einigung zwischen den Parteien nicht zustande kam, hat das AG. gem. § 2 Abs. 2 a. a. D. als angemessenen Zins einen Satz von 5 1/2% bestimmt.

Die von der Antragstellerin hiergegen eingelegte sofortige Beschw. ist begründet.

Das AG. hat richtig festgestellt, daß der Einheitswert des Grundstücks 48 200 RM beträgt, und daß die Hypothek mit 24 100 RM innerhalb von 50% des maßgeblichen Einheitswertes liegt, mit 23 900 RM darüber hinausgeht. Die Folgerung, die das AG. aus dieser Feststellung gezogen hat, die einheitliche Hypothek in zwei Teile von 24 100 RM als erststellige und von 23 900 RM als zweitstellige zu zerlegen und den Zinssatz des einen auf 5% und den des anderen auf 6% und danach den Zinssatz der gesamten Hypothek auf 5 1/2% festzusetzen, mag vom wirtschaftlichen Standpunkt aus beachtlich sein, widerspricht aber der klaren Anordnung des Gesetzes. In Art. 1 der 1. DurchfV.D. zum Ges. über Hypothekenzinsen ist von einer solchen Teilung einer erststelliger Hypothek in einen bis zur Hälfte des Grundstückswertes reichenden und einen anderen jenseits dieser Wertgrenze liegenden Teil, der folgerichtig bei jeder 50% des Einheitswertes überschreitenden Hypothek erfolgen müßte, nicht die Rede. Das Gesetz bringt vielmehr deutlich zum Ausdruck, daß es die erststellige Hypothek als einheitliche Hypothek betrachtet und grundsätzlich ihren Zinssatz auf 5% festsetzt sehen will. Nur wenn sie ganz oder zum überwiegenden Teil, d. h. mit mehr als 50% ihres Kapitalbetrages über 50% des Einheitswertes hinausreicht, soll eine

Erhöhung des Zinssatzes auf $5\frac{1}{2}$ bis 6% Platz greifen können, sofern nicht ausreichende weitere Sicherheiten geboten werden. Im vorl. Fall geht aber unstreitig nicht der überwiegende, sondern der geringere Teil der Hypothek über den halben Einheitswert hinaus, so daß grundsätzlich ein Zinssatz von 5% festzusetzen ist. Der Umstand, daß der über der Wertgrenze von 50% liegende Teil der Hypothek fast genau so groß ist wie der innerhalb der Werthälfte liegende, und daß die Hypothek fast mit dem Einheitswert abschließt, spricht zwar dafür, daß die Sicherheit der Hypothek nicht in voller Höhe gegeben sein mag, und daß deshalb nach den Grundsätzen des Hypothekenkredits eine höhere Verzinsung als 5% vertretbar wäre; aber die Berücksichtigung dieses Umstandes ist durch die klare Fassung des Gesetzes ausgeschlossen. Daß eine solche Stichfestsetzung gewisse Härten mit sich bringt, ist unvermeidbar. Nur wenn die Verhältnisse des Gläubigers eine Erhöhung dringend erforderlich machen, könnte über den Satz von 5% hinausgegangen werden. Unstreitig aber sind die Verhältnisse des Gläubigers nicht derart, daß sie nach Art. 2 a. a. D. eine Erhöhung des Zinssatzes erfordern. Demgemäß mußte der Beschw. stattgegeben werden und der Zinssatz bis zum 30. Juni 1939 auf 5% jährlich festgesetzt werden.

(LG. Berlin, 58. JR., Beschl. v. 2. Sept. 1936, 253 T 9247/36.)

*

Dresden

24. Wird gegen Ersatzleistung in unpfändbare Sachen gemäß den Möglichkeiten in ZB. 1934, 3307⁵ vollstreckt, so sind die hierdurch entstehenden besonderen Kosten als solche i. S. von § 788 ZB. zu behandeln und vom Schuldner zu erstatten.

In der Entsch. des Beschw. ZB. 1934, 3307⁵ über die verschiedenen Wege der Zwangsvollstreckung in unpfändbare Sachen gegen Ersatzleistung ist als erster Weg der behandelt, daß der Gläubiger selber ein Ersatzgerät zur Verfügung stellt.

Diesen Weg will die Beschw. gehen. Sie will dabei die hierdurch entstehenden besonderen Kosten als Vollstreckungskosten nach § 788 ZB. behandelt wissen. Insofern kommen hier in Betracht die Transportkosten, der gewöhnliche Verkaufswert des Ersatzgerätes, die Befragung des Sachverständigen nach Gebrauchsfähigkeit und gewöhnlichem Verkaufswert des Ersatzgerätes durch den GerVollz. Gegen die Ablehnung dieses Verlangens durch das LG. richtet sich die sofortige Beschw., der sachlich beigutreten ist.

Von folgendem Beispiel wird ausgegangen: Ein Schuldner hat eine unpfändbare Sache U. im Werte von 500 RM. Der den Vorschritten des § 811 ZB. entsprechende Ersatzgegenstand E. hat einen Wert von 100 RM. Tauscht der Schuldner U. gegen E. ein, so erhält er einen Barbetrag von 400 RM und die Sache E. Nur die 400 RM, nicht etwa 500 RM, stehen also dem Schuldner bzw. seinen Gläubigern und damit mittelbar dem Schuldner, dessen Schulden geringer werden, zur Verfügung. Es ist aber die Pflicht eines Schuldners, mit höchstem Eifer die Erfüllung seiner Verbindlichkeiten zu versuchen. Das gekennzeichnete Ergebnis ist also das ihm zumutbare.

Bei diesem Ergebnis muß es auch bleiben, wenn der Gläubiger gezwungen ist, für den Schuldner zu handeln und selbst den Ersatzgegenstand E. zur Verfügung zu stellen, damit U. frei wird. Es sind also die durch die Ersatzleistung entstehenden Kosten als notwendige Vollstreckungskosten i. S. des § 788 ZB. anzusehen.

Nur mit dieser Auffassung ergibt sich auch nicht für den ersten in der angeführten Entsch. gekennzeichneten Weg ein anderes Ergebnis als für den zweiten. Denn bei dem zweiten Wege scheidet eine Belastung des Gläubigers schon wegen des technischen Hergangs aus.

Auch wenn der dritte Weg (Eingabe von Bargeld durch den Gläubiger) beschriftet wird, hat die Ansetzung als Vollstreckungskosten Platz zu greifen.

Im vorl. Fall handelt es sich um ein Radiogerät. Mit der Zurverfügungstellung von 40 RM läßt die Beschw. auch zum Ziel (vgl. den dritten Weg in der angeführten Entsch.). Mit einem höheren Betrage darf der Schuldner deshalb nicht belastet werden, auch wenn die Gläubigerin den ersten Weg geht.

(LG. Dresden, 18. ZivSen., Beschl. v. 8. Aug. 1936, 18 T 681/36.)

*

Leipzig

25. §§ 114 ff. ZB. Der Umstand, daß ein Rechtsanwalt zum Pfleger bestellt ist, steht seiner Beordnung als Armenanwalt im Unterhaltsprozeß nicht im Wege.

Von entscheidender Bedeutung ist die Frage, ob es zum Aufgabekreis des als Pfleger bestellten Rechtsanwalts gehört, die Durchsetzung eines Unterhaltsanspruchs im Wege der Klage unentgeltlich zu betreiben. Diese Frage ist nach Ansicht der Kammer zu verneinen. Die vom VormGer. vorgenommene Bestellung als Pfleger verpflichtet den Rechtsanwalt zwar, die Interessen des Pflégelings ohne besondere Vergütung für Einzelleistungen wahrzunehmen, aber nur insoweit, als die erforderliche Tätigkeit über die dem Pfleger allgemein obliegende Verwaltungs- und Sorgetätigkeit nicht hinausgeht (vgl. RGR-Komm., 8. Aufl., Anm. 2 zu § 1835 BGB.; Staudinger, 9. Aufl., Anm. 2 d zu § 1835 BGB.). Es besteht für den als Pfleger bestellten Rechtsanwalt also keine Pflicht, seine besondere Berufsausbildung, den gesamten Betrieb seines Büros usw. ohne weiteres dem Pflégeling zur Verfügung zu stellen. Mit dieser Ansicht befindet sich die erkennende Kammer in Übereinstimmung mit der Rspr. einer ganzen Reihe von LG. und OLG. (vgl. z. B. OLG. Hamburg: ZB. 1928, 1876; OLG. Kottb.: ZB. 1922, 1417; OLG. Breslau: ZB. 1929, 518; OLG. Hamburg: ZB. 1927, 401; LG. Dresden: ZB. 1928, 129; LG. Berlin: ZB. 1935, 1727; vgl. auch die Anm. zu dem Beschluß des LG. Dresden: ZB. 1935, 394). Dabei sei darauf hingewiesen, daß es für die Frage, ob die unentgeltliche Führung von Rechtsstreiten zum Aufgabekreis des als Pfleger bestellten Rechtsanwalts gehört, gleichgültig ist, ob es sich um einen Partei- oder Anwaltsprozeß handelt, so daß sich Beschw. insoweit auch mit Recht auf die angezogenen Entsch. der OLG. berufen können.

Der als Pfleger bestellte Rechtsanwalt ist also, wenn er für seine Pflégebefohlenen einen Rechtsstreit führen soll, berechtigt, nach §§ 1835, 1915, 669, 670 BGB. für seine Aufwendungen Vorschuß oder Ersatz zu verlangen. Er braucht die Prozeßführung nur zu übernehmen, wenn ihm der volle Anwaltskostenvorschuß gewährt ist. Die Partei aber, welcher das Armenrecht bewilligt ist, kann und braucht, solange sie das Armenrecht hat, aus ihrem zur Prozeßführung nicht ausreichenden Vermögen keine Aufwendungen für die Prozeßführung zu machen.

Da sich die minderjährigen Antragsteller aber im vorl. Prozesse nicht selbst vertreten können, muß für ihre Vertretung im Prozeß Fürsorge getroffen werden. Der Antrag auf Beordnung eines Rechtsanwalts erscheint daher begründet (vgl. ZB. 1935, 1727; 1928, 129 und „Das Armenrecht in der gerichtlichen Praxis“ von Dr. Löpfer und Dr. Fiedler, § 115 ZB. Anm. 7, S. 33, 39). An sich würde im vorl. Falle auch die Beordnung einer der in § 116 ZB. angeführten Personen zulässig sein. Bei der gegebenen Sachlage erscheint das jedoch nicht angebracht. Es ist vielmehr zweckmäßiger und liegt auch im Interesse der Antragsteller, wenn ihnen ihr mit ihren Verhältnissen vertrauter Pfleger als Armenanwalt beigeordnet wird. Der Umstand, daß der Pfleger bestellt ist, steht seiner Beordnung als Armenanwalt im Unterhaltsprozeß nicht im Wege (vgl. ZB. 1936, 1152).

(LG. Leipzig, Beschl. v. 3. Sept. 1936, 8 T 122/36.)

Reichsarbeitsgericht

Berichtet von Rechtsanwält Dr. W. Doppermann, Dresden

**** 26.** § 32 ArbD. Die auf Grund der TarV. in Rspr. und Schrifttum entwickelten Begriffe behalten ihre Bedeutung für die Auslegung alter, als Tarifordnungen weitergeltender Tarifverträge, soweit diese auf dem früheren Rechtszustande fußen.

Auch nach dem ArbD. ist grundsätzlich an der Tarifeinheit für den Betrieb festzuhalten. Das ergibt sich aus dem Begriff der Betriebsordnung, an deren Stelle der Treuhänder nach § 32 Abs. 2 ArbD. für eine Gruppe von „Betrieben“ eine Tarifordnung erlassen kann. Der Hinweis des § 32 auf § 29 besagt lediglich, daß die Tarifordnung ebenso wie die Betriebsordnung Spielraum zur Vergütung nach der Leistung geben soll, aber nicht, daß die Leistung ohne Rücksicht auf die Art des Betriebs gleich zu bezahlen ist. Sonst könnte es überhaupt keine Betriebsordnungen und Tarifordnungen für Betriebsgruppen mehr geben, sondern nur noch allgemeine Tarifordnungen für Arbeitsgruppen. Deshalb hat auch die neue Rspr. daran festgehalten, daß für die Anwendbarkeit einer Tarifordnung nicht lediglich die Art der Arbeit entscheidend ist, sondern auch die Art des Betriebs, in dem sie geleistet wird (RArbG. 16, 132 [134] = JW. 1936, 1233). Durch eine Fachtarifordnung können aber Ausnahmen von der Betriebsstaffelordnung fachfremder Betriebe vorgesehen werden und der Allgemeinverbindlicherklärung des Buchdrucker tarifvertrages vom 8. März 1930 i. d. Fassung v. 14. Mai 1932 durch die Vfg. des RArbM. v. 6. April 1934 kommt die Rechtswirksamkeit einer Fachtarifordnung nach § 72 Abs. 2 ArbD. mit den dazu erlassenen Anordnungen v. 28. März, 21. Juni, 25. Sept. und 20. Okt. 1934 (RArbBl. Nr. 31 I S. 254, I Abs. 2) zu.

Während der Buchdrucker tarifvertrag v. 8. März 1930 seinen Geltungsbereich in § 1 schlechthin auf alle in Buchdruckereiateilungen anderer Unternehmungen beschäftigten Gehilfen erstreckte, hat die spätere Fassung den Geltungsbereich auf Buchdruckereiateilungen fachfremder Unternehmungen eingeschränkt, in denen Buchdruckerarbeiten nicht überwiegend zur Herstellung der Betriebsprodukte verrichtet werden. Die Allgemeinverbindlicherklärung v. 6. April 1934 hat diese Fassung übernommen.

Das VG. hat nun den Begriff der Buchdruckereiabteilung verneint und hat sich dabei auf die Rspr. des RArbG. vor dem ArbD. gestützt. Es hat im Anschluß an RArbG. vom 11. Sept. 1929: ArbR. Samml. 7, 48 die absolute verkehrsmäßige Bedeutung der druckgewerblichen Tätigkeit als ausschlaggebendes Merkmal für den in Rspr. und Schrifttum entwickelten Begriff der Betriebsabteilung bezeichnet und ihr Vorhandensein bei der Buchdruckereiateilung der Bekl. verneint.

Nun ist selbstverständlich richtig, daß die Begriffe der TarV. an sich nicht mehr maßgebend sein können, nachdem sie außer Kraft getreten war, daß daher auch die aus ihr entwickelte Rspr. nur mit Vorsicht noch zu benutzen ist. Allein die Rev. übersteht, daß die Allgemeinverbindlicherklärung und die Fassung des Tarifvertrages, die sie sich zu eigen gemacht hat, noch aus der Zeit vor dem ArbD. herrühren. Insofern behalten allerdings die Begriffe der TarV. und ihre Deutung in Rspr. und Schrifttum für die Auslegung des Tarifvertrages und der Allgemeinverbindlicherklärung ihre Bedeutung, soweit sie auf dem damaligen Rechtszustand fußen. Wenn also der Ausgangspunkt des VG. richtig ist, daß die Allgemeinverbindlicherklärung nicht selbst den Begriff der Betriebsabteilung festlegen wollte, sondern ihn übernommen hat, wie er damals allgemein gebräuchlich war, so ist auch die Folgerung richtig, daß der Begriff i. S. der TarV. zu bestimmen ist.

Das VG. hat jedoch außer acht gelassen, daß das in Bezug genommene Urteil des RArbG. eine alte Fassung des Buchdrucker tarifvertrages zum Gegenstand hatte, die schlechthin seine Geltung auf die Buchdruckereiateilungen anderer Unternehmungen ausgedehnt hatte, soweit für die Hilfsarbeiter usw. nicht andere Tarife bindend sind, während die der Allgemeinverbind-

licherklärung zugrunde gelegte Fassung die Beschränkung auf Buchdruckereiateilungen gebracht hat, in denen Buchdruckerarbeiten nicht überwiegend zur Herstellung der Betriebsprodukte verrichtet werden.

Wenn nun aber der Fachtarifvertrag in seiner neuen Fassung vom 14. Mai 1932 einschränkend die Hausdruckereien zur Herstellung der eigenen Betriebsprodukte schlechthin aus seinem Geltungsbereich herausnahm, so erweiterte er unverkennbar andererseits bewußt seinen Geltungsbereich gegenüber der Fassung, die Gegenstand des Urteils des RArbG. v. 11. Sept. 1929 war, nach der Richtung des Begriffes der Abteilung. War früher nach Rspr. und Schrifttum der Nachdruck auf das Begriffsmerkmal der organisatorischen Selbständigkeit der Abteilung gelegt, so ist er jetzt auf die Betriebsfremdheit der Abteilung in dem fachfremden Unternehmen verlagert. Nicht mehr die absolute verkehrsmäßige Bedeutung der druckgewerblichen Tätigkeit und die verwaltungsmäßige Selbständigkeit ist entscheidend, sondern der Begriff der selbständigen Abteilung ergibt sich aus der Betriebsfremdheit der technischen Arbeitsleistung in dem Gesamtunternehmen. Auch die Hausdruckerei, die Arbeiten nicht zur Herstellung der Betriebsprodukte, sondern zu anderem eigenen Bedarf verrichtet, ist eine Konkurrenz für andere Druckereien, wenn sie zu billigeren Lohnsätzen arbeiten kann. Auch dadurch entgehen anderen Druckereien die Aufträge, weil sie teurer arbeiten müssen. Deshalb offenbar hat die neue Fassung des Tarifvertrages den organisatorischen Maßnahmen, die die wirtschaftliche Selbständigkeit der Druckereiateilung vermeiden, die ausschlaggebende Bedeutung genommen und hat durch die Einschlebung des Unterscheidungsmerkmals der Herstellung eigener Betriebsprodukte bewirkt, daß die Selbständigkeit der Einrichtung, die sie zur Abteilung macht, nicht mehr nach betriebswirtschaftlichen, sondern rein nach technischen Gesichtspunkten zu beurteilen ist.

Es braucht demnach nicht mehr untersucht zu werden, ob die Druckerei der Bekl. mehr für den eigenen Bedarf oder mehr für Kunden arbeitet, ob sie wirtschaftlich und verwaltungsmäßig ein unselbständiger Teil der Registraturabteilung ist, ob der erzielte Nutzen zu im Verhältnis zu dem Gesamtumsatz des Unternehmens nennenswert ist und ob ihre Konkurrenzfähigkeit ohne technische Umstellung erweitert werden könnte. Weil sie jedenfalls nicht überwiegend Arbeiten zur Herstellung von Betriebsprodukten der Bekl. verrichtet, ist sie technisch eine selbständige Buchdruckereiateilung, und die darin beschäftigten Gehilfen sind nach der Buchdrucker TarV. zu entlohnen.

(RArbG., Ur. v. 22. Juli 1936, RAG 52/36. — Düsseldorf.)

*

27. § 32 ArbD. Nach ständiger Rspr. des RArbG. unterliegt die Tarifordnung als gesetzte Norm der freien Auslegung durch die Gerichte. Bei dieser Auslegung kann nicht schlechthin auf das abgestellt werden, was der Treuhänder der Arbeit bei der Erlassung der Tarifordnung gewollt oder gedacht hat. Es kommt vielmehr darauf an, inwieweit der Wille des Treuhänders in der Tarifordnung zum Ausdruck gelangt ist.

(RArbG., Ur. v. 20. Juni 1936, RAG 32/36. — Zweibrücken.)

*

28. § 32 ArbD. Vereinbarung einer Arbeitsstreckung mit entsprechender Gehaltsföhrung steht mit der Unabdingbarkeit der in einer Tarifordnung enthaltenen Lohnbedingungen nicht in Widerspruch und ist auch nicht an Kündigungsfristen gebunden.

Das VG. stützt seine Meinung, der Abschluß der Kurzarbeitsvereinbarung sei an sich zulässig und an die Einhaltung der Kündigungsfrist nicht gebunden gewesen, auf die jederzeitige Möglichkeit einer einverständlichen Aufhebung der Anstellungsverträge der Kl. und ihrer Ersetzung durch neue Abmachungen. Mit der Rspr. (vgl. RArbG. 15, 151 = JW. 1935, 3177²⁶ m. Anm.) über die Unabdingbarkeit der in einer Tarifordnung des Treuhänders enthaltenen Lohnbedingungen steht diese Auffas-

fung nicht in Widerspruch. Es trifft zu, daß die Gehälter der Kl. einen Bestandteil der in Betracht kommenden Tarifordnung bildeten und in deren § 8 die Sätze des zugehörigen Gehaltsabkommens als Mindestgehälter bezeichnet sind, die nur bei nicht als vollwertig anzusehender Arbeitsleistung unterschritten werden dürfen. Damit ist aber nicht gesagt, daß die Vereinbarung einer Arbeitsstreckung mit einer entsprechenden Gehaltskürzung tariflich unzulässig sei. Sind die Kl. auch kaufmännische Angestellte, die auf Monatsgehälter gestellt sind, so ergibt doch § 1 des Manteltarifs ebenso wie die Regelung des Überstundenwesens in § 2, daß den Monatsgehältern die 48stündige Arbeitswoche zugrunde liegt. Daß diese Arbeitsdauer den Angestellten mit dem Tarifvertrag habe garantiert sein sollen, folgt aus seinem Inhalt nicht, und es ist auch aus ihm kein Verbot zu entnehmen, im Wege eines Abkommens zwischen Angestellten und Unternehmer bei Kürzung der Arbeitszeit das Gehalt verhältnismäßig herabzusetzen, da der Grundgedanke des Tarifs, daß Arbeitsleistung und Entlohnung aufeinander abgestimmt sein sollen, in ihm deutlich zum Ausdruck kommt. Von der unter dem früheren Arbeitsrecht ergangenen Klpr. (vgl. RArbG. 7, 240) über die Unbedenklichkeit eines solchen Abkommens abzugehen, besteht auch unter der Geltung des ArbZG. kein Anlaß. Der Rechtsverbindlichkeit des Tarifgehaltes als einer Mindestvergütung ist damit Rechnung getragen, daß das Mindestverhältnis zwischen Arbeitszeit und Entlohnung gewahrt blieb.

Der Wirksamkeit der streitigen Vereinbarung können die Kl. auch nicht mit dem Hinweis auf die Notwendigkeit der Einhaltung der in § 7 des Manteltarifs im Anschluß an § 66 HGB. geregelten Kündigungsfrist bis zum Inkrafttreten einer Gehaltskürzung begegnen. Mindestbedingung i. S. tariflicher Rechtsverbindlichkeit ist die Einhaltung der Kündigungsfrist nur hinsichtlich ihrer Dauer, der Tarifvertrag ergibt aber keinen Anhalt dafür, daß in Fällen, wo an sich eine Kündigung geboten wäre, die Vertragsparteien von ihr kraft beiderseitiger Übereinstimmung nicht sollten absehen können. Ebenso wie eine Lösung des Anstellungsvertrages ohne vorherige Kündigung von den Parteien vereinbart werden konnte, stand nichts im Wege, die Kurzarbeitsvereinbarung sofort in Kraft zu setzen, wenn die Parteien darüber einverstanden waren.

(RArbG., Ur. v. 8. Juli 1936, RAG 34/36. — Krefeld-Uerdingen.)

*

29. Die tarifvertragliche Setzung einer Ausschlussfrist für die Geltendmachung von Ansprüchen muß klar erkennen lassen, ob gerichtliche Geltendmachung erfordert wird.

Die beklagte Stadtgemeinde hat sich darauf berufen, daß der Klageanspruch nach § 20 Nr. 1 des Gemeindebeschlusses vom 5. Juni 1929 verwirkt sei. Die Bestimmung hat folgenden Wortlaut:

„Das Ruhe-, Witwen- und Waijengeld wird im Rahmen dieses Gemeindebeschlusses mit der Maßgabe als Rechtsanspruch gewährt, daß den Beteiligten ein schriftlicher, die Leistung bewilligender Bescheid des Magistrats, des zuständigen Bezirksamts oder der städtischen Gesellschaft zugegangen sein muß. Über streitige Ansprüche ist ausschließlich vom ArbG. zu entscheiden; sie sind bei Verluft des Anspruches binnen sechs Monaten nach Ausscheiden aus dem Dienst geltendzumachen.“

Der enge Zusammenhang der beiden nur durch einen Strichpunkt getrennten Halbsätze dieses zweiten Satzes und die Erwägung, daß das Wort „sie“ des zweiten Halbsatzes sich auf die „streitigen Ansprüche“ des ersten Halbsatzes bezieht, streitige Ansprüche aber begrifflich voraussetzen, daß sie bereits von der Gegenseite bestritten worden sind, sie also vorher dort geltend gemacht worden sein müssen, können die Annahme nahe legen, daß unter dem „Geltendmachen“ des zweiten Halbsatzes die Erhebung der Klage beim ArbG. zu verstehen sei. Zwingend ist jedoch diese auf rein sprachlich-grammatikalisch-logischen Erwägungen beruhende Auslegung nicht. Eine Auslegung dahin, daß als Geltendmachung i. S. des zweiten Halbsatzes eine solche gegenüber dem Dienstherrn ausreiche, ist mindestens ebenso gut

möglich. Denn unter Geltendmachung eines Anspruches wird im allgemeinen nicht allein die gerichtliche Geltendmachung, sondern jede Forderungnahme durch Erklärung gegenüber dem Verpflichteten verstanden, und es bedarf daher an sich einer besonderen Hervorhebung, wenn darunter allein die gerichtliche Geltendmachung verstanden werden soll. Diese Auffassung liegt auch den Urteilen RAG 560/30 v. 12. Juli 1930 und RAG 637/30 v. 25. März 1931: ArbRSamml. 9, 593 = JW. 1931, 3232¹ m. Anm.; ArbRSamml. 12, 19 zugrunde, welche gleichfalls tarifvertragliche Ausschlussfristen betreffen. Die ganz besondere Bedeutung und Tragweite, welche der Setzung einer Ausschlussfrist im Arbeitsleben zukommt, erfordert aber, daß klar und unmißverständlich zum Ausdruck gebracht sein muß, wenn unter der Geltendmachung des Anspruches abweichend vom allgemeinen Sprachgebrauch nur die gerichtliche Geltendmachung verstanden sein soll. Das muß um so mehr dann gelten, wenn, wie bei den Bestimmungen des Gemeindebeschlusses, die Geltendmachung von Ruhegeldansprüchen in Frage kommt, die für die Berechtigten u. U. für das ganze weitere Leben von außerordentlicher Bedeutung sind. Da die Bestimmung nicht mit der erforderlichen Klarheit erkennen läßt, daß eine gerichtliche Geltendmachung notwendig sei, muß davon ausgegangen werden, daß es zur Wahrung der Frist von sechs Monaten genügt, wenn der Anspruch gegenüber dem Dienstherrn geltend gemacht ist.

(RArbG., Ur. v. 8. Juli 1936, RAG 298/35. — Berlin.)

*

****30.** Wenn eine Dienstordnung bei längerer Zugehörigkeit eines Angestellten zum gleichen Betriebe Kündigungsfristen vorsieht, die über das KündSchG. hinausgehen, so ist nicht ohne weiteres anzunehmen, daß auch die Beschäftigung in einem anderen Betriebe mit eingerechnet werden soll.

Die Dienstordnung der beklagten Deutschen Arbeitsfront v. 1. Febr. 1935 sieht in Abschn. IX Nr. 2 für die Lösung des Dienstverhältnisses der Angestellten je nach Dauer der Tätigkeit längere Kündigungsfristen vor, als im KündSchG. v. 9. Juli 1926 vorgeschrieben. Die Bekl. hat die vom Kl. bei früheren Verbänden verbrachte Tätigkeit i. S. des § 2 Satz 1 KündSchG. berücksichtigt und die hiernach sich aus § 2 Satz 2 ergebende Kündigungsfrist gewahrt. Dagegen vertritt sie den Standpunkt, daß für die Berechnung der in der Dienstordnung vorgesehenen Kündigungsfristen nur die bei ihr verbrachte Tätigkeit in Frage komme. Der Kl. nimmt demgegenüber die längere Kündigungsfrist des Abschn. IX Nr. 2 der Dienstordnung für sich in Anspruch. Das ArbG. hat die Berechtigung eines solchen Anspruches verneint. Es ist davon ausgegangen, daß die Bestimmungen der Dienstordnung für das Dienstverhältnis des Kl. bei der Bekl. maßgebend geworden sind, vertritt aber die Auffassung, daß nach IX, 2 der Dienstordnung eine frühere Tätigkeit bei anderen Verbänden nicht in Anrechnung zu bringen sei. Darin ist ein Rechtsirrtum nicht festzustellen. Eine Anrechnungsfähigkeit der Dienstzeit bei den früheren Verbänden würde entweder darauf beruhen können, daß sie sich unmittelbar aus den Vorschriften der Dienstordnung ergibt, oder darauf, daß die Bekl. in das Dienstvertragsverhältnis des Kl. mit der Deutschen Angestellten-Schaft unter Übernahme der sich daraus ergebenden Rechte und Pflichten eingetreten wäre und aus diesem alten Anstellungsverhältnis eine Anrechnungspflicht im Sinne der Klage zu folgern wäre. Unter beiden Gesichtspunkten hat das ArbG. die Berechtigung des Klageanspruches geprüft, und zwar hat es zunächst angenommen, daß der Bestimmung IX, 2 der Dienstordnung unmittelbar ein solcher Anspruch nicht entnommen werden könne. Gegen diese von der Rev. als rechtsirrig bekämpfte Auffassung sind Rechtsbedenken nicht zu erheben. Der Wortlaut der Bestimmung gibt keine Anhaltspunkte für die Richtigkeit der vom Kl. vertretenen Auffassung. Ebensowenig kann dies aus sonstigen Umständen entnommen werden. Die Bestimmung gewährt den Angestellten der Arbeitsfront Kündigungsfristen, die das Maß der Kündigungsfristen des KündSchG. erheblich übersteigen. Solche Bestimmungen

pflegen regelmäßig nur an die Zugehörigkeit im gleichen Betriebe oder Unternehmen geknüpft zu werden, sie bedeuten eine Anerkennung der Tatsache, daß, je länger ein Angestellter in ein und demselben Betriebe oder Unternehmen beschäftigt ist, seine Verbundenheit mit dem Betriebe eine um so engere wird. Daß die Beschäftigung in einem anderen Betriebe mit einberechnet werden soll, kann, wenn eine Einschränkung der Kündigungsmöglichkeit an die Dauer der Tätigkeit geknüpft ist, ohne besondere Bestimmung nicht angenommen werden. Deshalb hat es das RündSchG. auch für erforderlich gehalten, im § 2 Satz 2 die Berücksichtigung der Beschäftigungszeit bei einem Rechtsvorgänger des zeitigen Arbeitgebers ausdrücklich vorzuschreiben. Die hier in Frage kommende Dienstordnung ist für die im Betriebe oder in dem Unternehmen der Arbeitsfront beschäftigten Angestellten erlassen. Wenn in IX, 2 der Dienstordnung die jeweilige Dauer der Kündigungsfrist nach einer bestimmten Dauer der Tätigkeit des einzelnen Angestellten bemessen ist, so kann dies auch hier nur dahin verstanden werden, daß die Vergünstigung dieser längeren Kündigungsfrist nur auf die Tätigkeit des Angestellten im Dienste der Arbeitsfront hat abgestellt werden sollen.

Auch wenn unterstellt wird, daß die Befl. in das zwischen dem Kl. und der Deutschen Angestelltenchaft bestehende Dienstverhältnis mit allen Rechten und Pflichten eingetreten ist, ist der Klageanspruch nicht gerechtfertigt. Der Kl. stützt sich darauf, daß in der Anstellungs- und Dienstordnung für die Gefolgschaft der Deutschen Angestelltenchaft v. 30. Juni 1934 ausdrücklich bestimmt gewesen sei, als Betriebszugehörigkeit rechneten die nach Vollendung des 25. Lebensjahres im Dienste der Deutschen Angestelltenchaft oder ihrer Rechtsvorgänger verbrachten Dienstjahre. Er läßt aber außer acht, daß diese Bestimmung nicht allgemein getroffen ist, sondern daß sie sich als 3. Absatz in einem besonderen Abschnitt „Kündigungen und Entlassungen“ befindet und daß dieser 3. Absatz wörtlich lautet: „Als Betriebszugehörigkeit im Sinne dieser Bestimmungen rechnen die nach Vollendung des 25. Lebensjahres im Dienste der Deutschen Angestelltenchaft oder ihrer Rechtsvorgänger verbrachten Dienstjahre.“ Damit ist unmißverständlich zum Ausdruck gebracht, daß lediglich für die beiden vorhergehenden Absätze des Abschnitts „Kündigungen und Entlassungen“ die im Abs. 3 enthaltene Erläuterung des Begriffes der Betriebszugehörigkeit Geltung haben solle. Diese Kündigungsbestimmungen der Dienstordnung der Deutschen Angestelltenchaft enthalten aber nichts, was den Anspruch des Kl. auf Innehaltung einer längeren Kündigungsfrist, als sie dem RündSchG. entspricht, rechtfertigen könnte. Sie sehen für Arbeiter, nicht aber für Angestellte, besondere Kündigungsfristen vor. Im übrigen ist nicht ersichtlich, wie der Kl. die Einrechnung der bei den Vorgängerverbänden verbrachten Beschäftigungszeiten in die für die Anwendung der nach IX, 2 der Dienstordnung der Befl. maßgebende Tätigkeitszeit aus der bezeichneten Bestimmung der Anstellungs- und Dienstordnung der Deutschen Angestelltenchaft herleiten will.

(RArbG., Urtr. v. 13. Juni 1936, RAG 40/36. — Berlin.)

*

****31.** Verwirkung von Lohnansprüchen tritt nicht schon dadurch ein, daß der Lohnschuldner durch das Verhalten des Lohnberechtigten in den Glauben versetzt wird, nichts mehr zu schulden, sondern es muß hinzukommen, daß ihm die nachträgliche Erfüllung nicht zumuten ist. — Grundsätze für die Einreihung in Tarifgruppen.

Die Verwirkung von Lohnansprüchen ist auch unter der Geltung des ArbDG. und für Tariflohnforderungen von der Rpr. anerkannt worden. Sie fordert aber gerade in diesem Bereich größte Vorsicht (RAG 308/35 v. 11. März 1936: JW. 1936, 2107⁴⁴). Voraussetzung ist nicht nur, daß der Lohnschuldner durch das Verhalten des Lohnberechtigten in den Glauben versetzt wird, nichts mehr zu schulden, sondern auch, daß ihm bei Berücksichtigung aller Umstände nach Treu und Glauben die nachträgliche Erfüllung nicht zugemutet werden kann. Das angefochtene Urteil hat festgestellt, daß der Kl.

die Tariflohnforderung unter Kündigungsdruck bis nach der Entlassung hinausgezögert hat. Die Rev. macht geltend, daß der Angestellte arglistig handle, wenn er gegen seine von dem Betriebsführer gutgläubig vorgenommene LohnEinstufung sich nicht offen zu seiner höheren Gehaltsforderung bekenne. Dieser Einwand verkennt den Rechtsgedanken, daß der Lohnanspruch nicht dadurch allein verwirkt wird, daß der Lohnschuldner mit der Schuld nicht rechnet, sondern daß dazu kommen muß, daß ihm nach Treu und Glauben die Nacherfüllung nicht angefohten werden kann. Die zweite Voraussetzung ist in aller Regel nicht dadurch allein gegeben, daß der Betriebsführer bei der Einstufung sich gutgläubig geirrt und der Angestellte ihn nicht alsbald darüber aufgeklärt hat, solange nicht besondere Umstände die Zumutbarkeit der Nachforderung hindern. Solche Umstände können in einem arglistigen Verhalten des Angestellten enthalten sein. Arglistig ist jedoch das Verhalten des Angestellten nicht schon deshalb, weil er erst nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit seinem Anspruch hervortritt, wenn ihm besondere Gründe, darunter namentlich der Kündigungsdruck, von einer vorzeitigen Geltendmachung abhalten (RArbG. v. 20. Febr. 1935: ArbRSamm. 24, 15). Die Befl., die den rechtswidrigen Zustand der untertariflichen Entlohnung des Kl., wenn auch in gutem Glauben, herbeigeführt hat, kann sich gegenüber der Unabdingbarkeit des Anspruchs nicht nachträglich auf den Anschein des Einverständnisses des Angestellten berufen, und dem Angestellten ist nicht aus dem Gesichtspunkt der Treupflicht zuzumuten, auf die Gefahr seiner sofortigen Kündigung den Dienstberechtigten auf die Erfüllung der von ihm verantraten Vertragspflichten hinzuweisen. Der Verwirkungseinwand der Befl. kann daher nicht durchgreifen.

Rechtlich bedenklich ist aber der Ausgangspunkt des angefohtenen Urteils, der den Anspruch des Kl. auf Einstufung in die Tarifgruppe III behandelt.

Das BG. geht von der Erwägung aus, daß es für die Einreihung in die Tarifgruppen nur auf die Art der übertragenen Stellung, nicht auf die Güte der Leistung ankomme. Damit ist ein Leitsatz des Tarifrechts ausgesprochen, an dem selbstverständlich festzuhalten ist. Etwas anderes ist es aber, wenn die Befl. behauptet, daß dem Kl. wegen der Mangelhaftigkeit seiner Leistungen nur einfachere Kassengeschäfte übertragen wurden.

Die maßgebende Tarifordnung unterscheidet in Gruppe II und III nur zwischen banktechnisch oder gleichwertig kaufmännisch vorgebildeten Bankangestellten für einfachere und solchen für höhere Arbeiten. Das BU. verweist auf Num. 2 zu § 16 des TarVertr. in einer früheren Fassung, wo Kassierer ausdrücklich als Angestellte der Gruppe III aufgeführt gewesen seien. Aber gerade der Wegfall dieser Eingruppierung der Kassierer in den späteren Fassungen zeigt, daß die Regel keinesfalls mehr als ausnahmslos anerkannt war, sondern daß Umfang und Bedeutung der Kassengeschäfte im Einzelfall eine verschiedene Eingruppierung des Kassierers angängig erscheinen lassen.

Demnach war zunächst zu untersuchen, ob die Stellung des Kassierers bei einer Bank von der Art der Befl. überhaupt in Gruppe III einzustufen ist. Es sind Tatsachenerhebungen über den Betrieb der Befl. erforderlich, so über ihren Umsatz und über ihre wichtigsten bankmäßigen Aufgaben. Darüber hinaus ist der Geschäftskreis des Kassierers bei der Befl. festzustellen. Ausschlaggebend ist schließlich noch, welcher Teil des Geschäftskreises des Kassierers dem Kl. übertragen war, wenn auch unberücksichtigt zu bleiben hat, wie weit er den ihm obliegenden Aufgaben schließlich nachgekommen ist. Insofern durfte an den Behauptungen der Befl. über den besonderen Zuschnitt der Geschäfte für den Kl., insbes. an ihrer Darlegung, daß er keine anderen Arbeiten zu erledigen hatte, wie gegen Ende seiner Lehrzeit und wie sie nach ihm wieder von einem Lehrling versehen wurden, nicht vorübergegangen werden. Erst dann läßt sich beurteilen, ob der Kl. einfachere oder höhere Arbeiten banktechnischer Art zu leisten hatte und wie er demnach einzustufen war.

(RArbG., Urtr. v. 20. Juni 1936, RAG 67/36. — Elbing.)

*

32. §§ 249, 254 BGB. Adäquate Schadensverursachung und Mitverschulden.

Der Kl. ist früher Angestellter im Dienste des Reichsausgleichsamtes gewesen. Dort hat er sich infolge mangelhaften Zustandes des ihm zugewiesenen Arbeitsraumes eine Gesichtsnervenlähmung zugezogen. Auf Grund von ihm erhobener Schadenserfahrlage ist der Befl. (das Deutsche Reich) verurteilt, und es ist gleichzeitig festgestellt worden, daß der Befl. verpflichtet ist, dem Kl. sämtliche Schäden zu ersetzen, die ihm durch die Gesichtsnervenlähmung entstanden sind und noch erwachsen. Eine weitere Klage auf Zahlung einer monatlichen Rente hat der Kl. zurückgenommen, nachdem der Befl. ihm das Angebot gemacht hatte, ihn bei einem FinA. zu tariflichen Sätzen zu beschäftigen. Die Einstellung des Kl. bei dem FinA. ist im August 1928 erfolgt. Am 6. März 1935 ist der Kl. dort „wegen verbotener Nebentätigkeit und Urkundenfälschung“ striftlos entlassen worden.

Er hält seine Entlassung für ungerechtfertigt, macht aber außerdem geltend, daß der Befl. nunmehr wieder zur Fortzahlung einer Rente verpflichtet sei. Der Befl. hat geltend gemacht, daß die Entlassung des Kl. von diesem selbst verschuldet sei und er infolgedessen einen Schadenserfahsanspruch nicht erheben könne.

Die Vorinst. haben abgewiesen, das RArbG. hat aufgehoben und zurückverwiesen.

Der Kl. stützt den Klageanspruch darauf, daß es ihm, nachdem er infolge der Entlassung durch den Befl. stellenlos geworden sei, wegen seiner Gesichtsnervenlähmung unmöglich sei, eine neue Erwerbsmöglichkeit zu finden. Für die RevInst. ist zugunsten des Kl. zu unterstellen, daß die Gesichtsnervenlähmung, für die der Befl. verantwortlich und schadenserfahverpflichtet ist, noch fortbesteht, und daß es dem Kl. infolge dieses Leidens unmöglich ist, eine anderweitige Verdienstmöglichkeit zu erlangen. Daß dann aber der in dem Verdienstausfall bestehende Schaden des Kl. im ursächlichen Zusammenhange zu seinem Leiden steht und ihm infolge dieses Leidens erwächst, kann nicht zweifelhaft sein. Denn für den Schaden, so wie er vom Kl. geltend gemacht ist, bildet das Leiden eine Bedingung, die nicht hinweggedacht werden kann, ohne daß nicht auch gleichzeitig der Schaden in Wegfall kommt. Ebensowenig kann es einem Bedenken unterliegen, daß es sich hierbei um eine sogenannte adäquate Schadensverursachung handelt (vgl. RGZ. 133, 126 = JW. 1931, 3313^o m. Anm.). Wenn es, wie der Befl. behauptet, auf das eigene Verschulden des Kl. zurückzuführen ist, daß er die Stellung beim Befl., die ihm einen Dauerverdienst in bestimmter Höhe erbrachte, verloren hat, so ist dadurch — darin irrt das RArbG. — das auf das schuldhaftes Verhalten des Befl. zurückzuführende Gesichtsleiden des Kl. als Ursache des Verdienstausfalles nicht ausgeschaltet; das zeigt schon die oben angestellte Erwägung, daß für das Vorhandensein dieses Schadens das Leiden als Bedingung nicht hinweggedacht werden kann, da ja zugunsten des Kl. für die RevInst. davon auszugehen ist, daß der Kl. auch nach der Entlassung durch den Befl. eine anderweitige Verdienstmöglichkeit erlangt haben würde, wenn er nicht mit dem Gesichtsleiden behaftet wäre. Eine völlige Ausschaltung der Gesichtsnervenlähmung als Ursache des nach der Entlassung eingetretenen Verdienstausfalles des Kl. würde höchstens dann in Frage kommen, wenn die durch Angebot und Annahme der Stelle beim Befl. getroffene Vereinbarung der Parteien in dem Sinn zu deuten sein sollte, daß der Kl. schon durch die Anstellung wie etwa durch eine Kapitalabfindung wegen des ihm zustehenden Schadenserfahsanspruches ein für allemal abgefunden sein sollte. Das aber hat auch das RArbG. nicht angenommen. Die Rechtslage ist vielmehr so anzusehen, daß im Zeitpunkt der Entlassung neben die von dem Befl. als Schadensursache gesetzte Bedingung der Gesichtsnervenlähmung nunmehr das schuldhaftes eigene Verhalten des Kl. als weitere von ihm zu vertretende Ursache für die erneut eingetretene Verdienstlosigkeit hinzugetreten ist, und es hängt nun von einer nach § 254 BGB. vorzunehmenden Abwägung des Maßes der beiderseitigen Verschuldung ab, ob und inwieweit der Befl. wegen der von ihm gesetzten Ursache schadenserfahspflichtig ist. Jedenfalls beruht

hiernach das angefochtene Urteil auf einer Verkennung des Begriffes des ursächlichen Zusammenhanges, wenn es angenommen hat, es bestche überhaupt kein ursächlicher Zusammenhang mehr zwischen dem die Schadenserfahspflicht nach dem Art. v. 15. Febr. 1933 begründenden schuldhaften Verhalten des Befl. und dem vom Kl. im vorl. Rechtsstreit geltend gemachten Schaden.

(RArbG., Art. v. 25. Juli 1936, RAG 99/36. — Berlin.)

*

**33. 1. § 611 Abs. 1 BGB. Wenn die Errechnung des Lohnes von Unterlagen abhängig ist, die nur dem Dienstberechtigten zur Verfügung stehen, dann hat der Dienstverpflichtete Anspruch auf Rechnungslegung.

2. Auslegung einer Vorschrift der Tarifordnung für Gaststätten in den Seebädern des Wirtschaftsgebietes Nordmark v. 20. Mai 1935 (RArbBl. 1935, VI, 410).

Die Kl. stützt ihren Anspruch auf Rechnungslegung darauf, daß ihr nach der Tarifordnung für Gaststätten in den Seebädern des Wirtschaftsgebietes Nordmark v. 20. Mai 1935 Anspruch auf Auszahlung eines Teiles des Bedienungszuschlages, den die Befl. von ihren Gästen erhebt, zustehe. Sie beansprucht diesen Anteil am Bedienungsaufschlag nicht neben dem festen Tarifmonatslohn von 55 RM, sondern dergestalt, daß ihr der tarifmäßige Anteil am Bedienungsaufschlag, mindestens aber der Mindestlohnfuß von 55 RM monatlich, zustehe. Hat die Kl. nach dem Tarifvertrage nicht lediglich einen Anspruch auf den im Tarifvertrag festgesetzten Monatslohn, sondern richtet sich ihr Lohnanspruch in erster Linie nach der Höhe des von der Befl. während der in Frage kommenden Beschäftigungszeit erhobenen Bedienungsaufschlages und hat der festgesetzte Monatslohn lediglich die Bedeutung des ihr zustehenden Mindestlohnfußes, so ist ihr Anspruch auf Rechnungslegung über die von der Befl. in der Zeit vom 1. Juni bis 18. Aug. 1935 erhobenen Bedienungsaufschläge berechtigt. Die Verpflichtung der Befl. zur Rechnungslegung bildet einen Teil der im Dienstvertrage nach § 611 Abs. 1 Satz 2 BGB. begründeten Lohnzahlungspflicht. Denn indem der Dienstberechtigte verpflichtet ist, dem Dienstverpflichteten den ihm zustehenden Lohn zu zahlen, hat er zugleich, sofern die Errechnung des Lohnes von Unterlagen abhängig ist, die nur ihm zur Verfügung stehen, dem Dienstverpflichteten auf Verlangen diejenigen Unterlagen zur Verfügung zu stellen, die diesem ermöglichen, Gewißheit über die Höhe des ihm zustehenden Lohnes zu erlangen. Die Entsch. hängt daher lediglich davon ab, ob der Kl., wie sie geltend macht, ein Anspruch auf einen bestimmten Anteil an dem von der Befl. von ihren Gästen erhobenen Bedienungszuschlag von 10% zusteht.

Die bezeichnete Tarifordnung findet auf den Betrieb der Befl. Anwendung. Nach § 4 erfolgt die Entlohnung der Gesellschaftsmitglieder nach den Mindestsätzen des der TarD. anhängenden Lohntarifes. Nach der in Nr. 1 dieses Lohntarifes enthaltenen Gruppeneinteilung gehört die Kl. als Zimmermädchen im Hotelbetrieb zur Gruppe 9 und Wyl auf Föhr nach der Ortsklasseneinteilung in Nr. 4 zur Ortsklasse II. Daraus ergibt sich nach der in Nr. 3 des Lohntarifes aufgeführten Lohnstabelle für die Kl. ein Lohnmindestfuß von 55 RM. Außer diesen eben bezeichneten Best. enthält der Lohn tariff in der die Überschrift „Besondere Bestimmungen für Prozentempfänger“ tragenden Nr. 6 unter A noch folgende Bestimmung:

„Wird in den Gasthausbetrieben und Fremdenheimen (§ 1 TarD.) ein Bedienungsaufschlag von 10% auf die Zimmer- und Verpflegungspreise erhoben, so entfällt, soweit die Zimmer- und Verpflegungspreise nicht getrennt gehalten sind, von dem Gesamtpensionspreis für die Berechnung $\frac{1}{3}$ auf Wohnung und $\frac{2}{3}$ auf Verpflegung.“

Der auf den Zimmerpreis entfallende Aufschlag kommt in vollem Umfang an das nachstehend aufgeführte Bedienungspersonal zur Auszahlung:

Hotelportier, Fahrstuhlführer, Telephonisten, Pagen, Zimmermädchen, Nachportier.

Als Verteilungsschlüssel gilt der Garantielohn. Der auf den Verpflegungspreis der Hotelgäste bzw. Pensionäre entfallende Zuschlag von 10% ist an das mit dem Servieren beschäftigte Bedienungspersonal abzuführen."

Das *ArbG.* hat angenommen, daß die *Kl.* ihren Anspruch auf Anteil am Bedienungsaufschlag auf diese Best. nicht stützen könne, da sie nicht Prozentempfängerin i. S. des Lohntarifes sei, vielmehr, da gegen Tariflohn angenommen, nur Anspruch auf den sich aus Nr. 3 der Lohntabelle ergebenden festen Monatslohn von 55 *RM* habe.

Die *Rev.* rügt mit Recht die rechtsirrig Anwendung der Nr. 6 des Lohntarifs. Freilich läßt die Fassung die erforderliche Klarheit über Bedeutung und Tragweite der einzelnen Best. vermiffen. Eine nähere Betrachtung des Inhalts der Best. ergibt aber, daß dem Bedienungspersonal unmittelbar aus der *TarD.* ein Anspruch auf Auszahlung des von dem Dienstberechtigten erhobenen Bedienungszuschlages zusteht. Der Lohntarif geht von der Übung aus, daß zur Ablösung des Trinkgeldes ein Bedienungsaufschlag von 10% auf Zimmer- und Verpflegungspreise von den Gästen erhoben wird, gibt für diesen Fall einen Verteilungsschlüssel dahin, daß von dem Gesamtpensionspreis $\frac{1}{3}$ als auf die Wohnung und $\frac{2}{3}$ auf die Verpflegung entfallend anzusehen ist, und bestimmt, daß der hiernach auf den Zimmerpreis entfallende Teil des Bedienungsaufschlages in vollem Umfange an das im einzelnen bestimmt bezeichnete Personal zur Auszahlung zu gelangen hat, während der auf den Verpflegungspreis entfallende Anteil ebenso in vollem Umfange an das mit dem Servieren beschäftigte Bedienungspersonal abzuführen ist. Für die Verteilung des auf jede der beiden Gruppen entfallenden Anteils auf die einzelnen zu den Gruppen gehörigen Gefolgschaftsmitglieder dient der Grundlohn als Verteilungsschlüssel, d. i., sofern nicht kraft besonderer Vereinbarung ein höherer Mindestlohn vereinbart ist, der in der Lohntabelle des Lohntarifes festgesetzte Mindestlohn. Die Nr. 6 des Lohntarifes sieht damit als Tariflohn festsetzende Bestimmung neben der Lohntabelle, indem sie für den Fall, daß ein Bedienungsaufschlag von 10% von den Gästen erhoben wird, bestimmt, daß dieser Zuschlag in vollem Umfange an das Bedienungspersonal abgeführt wird, und diesem mit Hilfe des Verteilungsschlüssels einen unmittelbaren Anspruch gegen den Dienstberechtigten auf Auszahlung des auf den einzelnen entfallenden Anteils am Bedienungsaufschlag verleiht, wobei der in der Lohntabelle festgesetzte Lohnjah als garantierter Mindestlohn zu gelten hat. Damit wird einerseits den Gefolgschaftsmitgliedern der in der *TarD.* festgesetzte Mindestlohn gesichert, andererseits erreicht, daß der von den Gästen unter der Bezeichnung „Bedienungsaufschlag“ erhobene Zuschlag zum Pensionspreise dem Bedienungspersonal in vollem Umfange zugute kommt und nicht, wie vielfach geschieht, zu einem Teile dem Dienstberechtigten verbleibt, indem dieser nur einen niedrigeren festen Lohnsatz an das Bedienungspersonal zahlt. Die Bestimmung setzt also nicht etwa voraus, daß eine besondere Vereinbarung über Prozentempfang im Einzelarbeitsvertrage getroffen worden ist, sondern ordnet an, daß überall dort, wo ein Bedienungsaufschlag von 10% von den Gästen erhoben wird, dieser Zuschlag „in vollem Umfange“, wie es im Tariflohn heißt, abzuführen ist, und gibt damit den Angehörigen des Bedienungspersonals einen unmittelbaren Anspruch aus der *TarD.* auf Auszahlung ihres Anteils an dem Bedienungsaufschlag. In gleicher Weise ist unter Nr. 6 B eine den Anspruch auf das Bedienungsgeld festsetzende Best. für das in Restaurants, Kaffees usw. mit dem Servieren beschäftigten Bedienungspersonals getroffen.

Hat hiernach die *Kl.* auf Grund der *TarD.* Anspruch auf Auszahlung des ihr zukommenden Anteils an dem während der Zeit ihrer Beschäftigung von der *Bekl.* erhobenen Bedienungsaufschlag, so kommt es darauf nicht an, was die Parteien darunter, daß die *Kl.* „gegen Tariflohn“ angenommen sei, verstanden haben. Auch wenn diese, wie die Vorinstanzen angenommen haben, darunter verstanden haben sollten, daß die *Kl.* nur Anspruch auf den in der Lohntabelle festgesetzten Mindestlohn haben solle, so würde diese Abrede der Geltend-

machung eines auf der zwingenden Vorschrift der Nr. 6 A des Lohntarifes beruhenden höheren Anspruches nicht entgegenstehen. Die Abrede würde insoweit als bedingter Verzicht auf einen nach Nr. 6 A etwa zustehenden höheren Tariflohn unwirksam sein (*ArbG.* 15, 151 = *JW.* 1935, 3177²⁶ mit *Ann.*).

(*ArbG.*, *Urt.* v. 29. April 1936, *RAG* 33/36. — *Kiel.*)

*

** 34. § 626 *BGB.* Der Begriff des wichtigen Grundes, der die Unzumutbarkeit der weiteren Beschäftigung in sich schließt, verlangt die Abwägung aller Begleitumstände.

Das *BG.* hat geglaubt, an der Feststellung der behaupteten Vertragswidrigkeiten des *Bekl.* vorübergehen zu können, da sie keinesfalls als bewußte Tügen bezeichnet werden könnten und die gröbliche Beleidigung des *Bekl.* nicht zu rechtfertigen vermöchten. Dagegen ist der *Rev.* zuzugeben, daß die Zumutbarkeit der Fortsetzung des Dienstverhältnisses nicht unabhängig von dem Verhalten des *Bekl.* beurteilt werden kann. Wenn es zutrifft, daß der *Bekl.* gegen den *Kl.* mit kleinlichen Schikanen vorging, die den vertraglichen Zusicherungen zuwiderliefen, so traf der Vorwurf der bewußten Lüge immerhin insoweit die Sache, als der *Bekl.* die Vertragsabreden unwahrerweise verleugnete. Eine Säufung von vertragswidrigen Schikanen, wie sie der *Kl.* behauptet, konnten bei dem *Kl.* durchaus schon nach $3\frac{1}{2}$ monatiger Dienstzeit Zweifel an der Verlässlichkeit seines Betriebsführers erregen und das gerade unter den gegebenen Umständen unentbehrliche Vertrauensverhältnis trüben. Umgekehrt hat das *BG.* dem *Bekl.* eingeräumt, daß er nach dem Vorfall kein Vertrauen mehr zu dem *Kl.* haben konnte, obwohl sich bis dahin sonst keine erheblichen Beanstandungen ergeben hatten, und hat dabei zu Unrecht für nicht wesentlich gehalten, ob der *Bekl.* nicht wegen seines eigenen Verschuldens eine andere Einstellung zu dem Vorkommnis hätte einnehmen müssen.

Mit Grund betont die *Rev.*, daß für die Zumutbarkeit der Fortsetzung des Vertrags auch die Verhältnisse des *Kl.* zu beachten waren, in die er durch die sofortige Entlassung geriet. Die fristlose Entlassung aus einem derartigen Vertrauensposten wird bei der Bewerbung um eine neue Stelle besonders hinderlich sein. Das kann nach *Treu* und *Glauben* nicht außer Ansatz bleiben, besonders wieder nicht im Zusammenhang mit einem etwaigen Verschulden des Auftritts durch den *Bekl.*

Es ist dem *BG.* darin beizupflichten, daß Bildungsstand und Alter des *Kl.* für die Schwere seiner Verfehlung in Betracht zu ziehen waren, und daß die Beleidigung in Gegenwart zweier anderer Mitglieder der Gefolgschaft von dem Betriebsführer nicht stillschweigend hingenommen werden konnte. Allein der Begriff des wichtigen Grundes, der die Unzumutbarkeit der weiteren Beschäftigung in sich schließt, verlangt die Abwägung aller Begleitumstände. Es muß u. U. auch einem durch Alter und Bildung zu besonderer Selbstzucht verpflichteten Angestellten bei einer einmaligen, wenn auch gröblichen Entgleisung die begründete Erregung zugute gehalten werden, ehe er dafür mit der Vernichtung seiner Existenz bestraft wird. Die *Rev.* rügt mit Recht nach § 236 *ZPO.*, daß das *BG.* aus dem äußeren Eindruck auf die Zeugen allein nicht schließen durfte, daß der *Kl.* nicht erregt war, sondern die innere Wahrscheinlichkeit der Erregung und die übrigen äußeren Beweisanzeichen dabei hätte würdigen müssen, daß es also nicht den gesamten Inhalt der Verhandlungen und der Beweisaufnahme berücksichtigt hat.

Die Überprüfung der tatsächlichen Feststellungen des *ArbG.* im Berufungsverfahren war demnach unumgänglich und muß nachgeholt werden. Erst aus der Aufklärung der gesamten Vorgeschichte und der Begleitumstände des Zusammenstoßes der Parteien am 16. Mai 1935 läßt sich erschöpfend beurteilen, ob darin ein wichtiger Grund zur fristlosen Entlassung des *Kl.* gegeben war.

(*ArbG.*, *Urt.* v. 22. Juli 1936, *RAG* 86/36. — *Güstrow.*)

*

35. § 61 R.D.; § 84 HGB. Kein Konkursvorrrecht für den Handlungsagenten. Merkmale zur Unterscheidung des Handlungsagenten vom Handlungsgehilfen.

Der Handlungsagent ist nach § 1 Abs. 1, Abs. 2 Ziff. 7 HGB. selbständiger Kaufmann. Daß auf seine Provisionsforderung das Vorrrecht des § 61 Ziff. 1 R.D. keine Anwendung findet, ist gemeine Meinung (Fäger, R.D., § 61 Anm. 14 a; Menzel, R.D., § 61 Anm. 3; RArbG. 7, 166; RGZ. 62, 229). Ergeben die Umstände, daß der Kl. der Firma G. als selbständiger Kaufmann gegenübergestellt hat, so scheidet § 61 Ziff. 1 R.D. ohne weiteres aus, weil es an dem vorausgesetzten Abhängigkeitsverhältnis, das rechtlicher und persönlicher, nicht nur wirtschaftlicher Art sein muß (RArbG.: JW. 1930, 2732 mit Anm.), fehlt, und die Vorschrift als Ausnahme von dem Grundsatz der Gleichberechtigung der Konkursgläubiger ausdehnender Auslegung nicht zugänglich ist (RGZ. 62, 231; 135, 307 = JW. 1933, 1122¹⁰).

Was nun der Vorderrichter über die Stellung des Kl. im einzelnen feststellt, nötigt in keiner Weise zu dem rechtlichen Schluß, daß er als unselbständiges Glied in den Betrieb der Firma G. und in deren Gefolgschaft eingegliedert gewesen sei und lediglich die Eigenschaft eines Handlungsgehilfen gehabt habe, sondern ergibt das Gegenteil. Es ist unrichtig, wenn die Vorinst. dem Umstand, daß der Kl. noch andere Firmen vertreten hat, daß er selbständig zur Einkommen-, zur Gewerbesteuer veranlagt ist, daß er Handelskammerbeiträge gezahlt, daß er einen entfernten Wohnsitz gehabt hat und in vielen Beziehungen freier gestellt gewesen ist als ein im Betriebe selbst tätiger Handlungsgehilfe, keine Bedeutung beimißt. Diese Tatsachen sind im Gegenteil im besonderen Maße geeignet, den rechtlichen Charakter des aus dem Briefe vom 4. April 1932 ersichtlichen Vertrages zu bestätigen und zu verstärken. Es kann ergänzend noch darauf verwiesen werden, daß der Kl. seine Briefe unter eigenem Briefkopf hinausgehen ließ, daß die Firma für ihn keine sozialen Beiträge zahlte, daß er seine Geschäftskosten im vollen Umfang selbst trug (vgl. § 90 HGB.), daß er als Bezirksvertreter gem. § 89 HGB. auch Provision für in seinem Bezirk ohne seine Mitwirkung geschlossene Geschäfte zu beanspruchen hatte, daß er für seine geschäftliche Tätigkeit selbst das volle Risiko allein auf sich hatte. Der Umstand, daß er an Weisungen der Firma G. gebunden war, kann die rechtliche Selbständigkeit des Kl. nicht beeinträchtigen, denn die Beachtung solcher Weisungen fällt ohnehin in den Rahmen der jedem Handlungsagenten obliegenden Sorgfaltspflicht (§ 84 HGB.). Auch, daß er die Kunden regelmäßig zu besuchen, der Gemeinschuldnerin täglich Bericht zu erstatten, im Fall seiner Erkrankung ihr Nachricht zu geben hatte, lag durchaus im Bereiche dieser Sorgfaltspflicht, deren vertragmäßige Ausgestaltung Frage des einzelnen Falles ist, ohne daß damit an der Rechtsnatur des Vertragsverhältnisses selbst etwas geändert wird. Wenn der Kl. ferner keine eigenen Geschäftsräume außerhalb seiner Wohnung und keine Hilfskräfte außer seiner Ehefrau hatte, so entspricht das der Gepflogenheit zahlloser Handlungsagenten und liegt darin jedenfalls nicht irgendwelche für die Rechtsstellung des Kl. erhebliche Besonderheit. Der Kl. war, um den Ausdruck des angefochtenen Urteils zu gebrauchen, gewiß als Vertreter der Gemeinschuldnerin nicht sein eigener Herr, wie es keiner ist, der in einem seine Berufstätigkeit in starkem Maße ausfüllenden Vertragsverhältnis steht. Für den Fall des § 61 Ziff. 1 R.D. aber mußte eine Eingliederung des Kl. als eines unselbständigen Organes und untergeordneten Beschäftigten in den Betrieb der Firma G. dargetan werden, wie sie das erwähnte Gesetz erfordert, wenn es von einem „Sich verdingen zur Leistung von Diensten“ spricht (RArbG.: JW. 1930, 2732; 1931, 3152).

(RArbG., Ur. v. 8. Juli 1936, RAG 61/36. — Leipzig.)

**** 36.** §§ 351 ff. R.D. Wenn eine Krankenkassen-Dienstordnung vorschreibt, daß vor Festsetzung der Strafe der Dienstentlassung dem Angestellten Gelegenheit zur Äußerung zu geben ist, so macht eine Verletzung dieser Vorschrift die Dienstentlassung unwirksam.

Der Kl. war seit 1921 Geschäftsführer der beklagten Ortskrankenkasse und unterstand ihrer Dienstordnung. Der Kassenvorstand sprach durch Schreiben v. 28. Juli 1933 unter Bezugnahme auf § 25 Abs. 2 DienstD. die Dienstentlassung des Kl. aus. Der Kl. rief die Versicherungsbehörden an mit dem Erfolg, daß das DVersA. die auf Grund der Dienstordnung ausgesprochene Dienstentlassung wegen erheblicher Verfahrens-mängel — ungenügender Anhörung des Kl. vor Festsetzung der Strafe der Dienstentlassung — für rechtswirksam erklärte.

Es fragt sich, ob die Entlassungserklärung v. 28. Juli 1933 rechtswirksam war. Das VArbG. hat sich dem Rechtsstandpunkt des DVersA. angeschlossen, daß die Entlassung keine Rechtswirkung gehabt habe, weil dem Kl. entgegen § 24 Satz 2 DienstD. nicht ordnungsmäßig vor Festsetzung der Strafe Gelegenheit zur Äußerung gegeben worden sei. Daß die Verletzung einer solchen Vorschrift der Dienstordnung die ausgesprochene Dienstentlassung unwirksam macht, entspricht der feststehenden Rpr. (RAG 186/34 v. 19. Jan. 1935: RArbG. 15, 15). Ein Rechtsirrtum ist aber auch darin nicht zu finden, daß das VArbG. eine ordnungsmäßige Anhörung verneint hat.

Als „Anhörung“ kommen folgende Vorgänge in Betracht:

Der Dienstentlassung vom 28. Juli 1933 ging ein Schreiben des kommissarischen Vorstandes der Bekl. v. 6. Juli 1933 voraus. Es sei festgestellt worden, daß der Kl. im Dezember 1921 von der Bekl. ein Hypothekendarlehen von 70 000 M., gleich 1785 G.M., erhalten habe, dessen Aufwertung herbeizuführen vom Kl. wie von dem damaligen Kassenvorstand pflichtwidrig unterlassen worden sei; weiter sei der Kl. wegen seiner jahrzehntelangen Zugehörigkeit zur SPD. und wegen seines Verhaltens gegen Kämpfer der nationalen Revolution als politisch unzuverlässig anzusehen; aus allen diesen Gründen werde die vorläufige Dienstenthebung des Kl. — die durch Schreiben vom 30. Juni 1933 ohne nähere Begründung ausgesprochen worden war — bestätigt und werde seine sofortige fristlose Entlassung beantragt werden. Der Kl. wies mit Schreiben v. 6. Juli 1933 die ihm gemachten Vorwürfe zurück. Der Kassenvorstand sprach dann mit Schreiben v. 28. Juli 1933 die Dienstentlassung auf Grund des § 25 DienstD. aus und begründete diese Maßnahme durch folgende Vorwürfe: Der Kl. habe der Kasse durch Nichtanmeldung der ihm im Dezember 1921 gewährten Hypothek wesentlich erheblichen Schaden zugefügt; er habe entgegen der gesetzlichen Pflicht zu zehnjähriger Aufbewahrung der Kassenbücher die Bücher aus 1923 vernichten lassen; er habe ohne Genehmigung des Kassenvorstandes gewisse dem Ansehen der Kasse abträgliche Vergleiche abgeschlossen; endlich habe er mit dem Hauptlieferanten der Kasse in persönlicher Geschäftsverbindung gestanden. Danach ist dem Kl., abgesehen von der Hypothekenangelegenheit, vor dem Ausspruch der Dienstentlassung von den Gründen dieser Maßnahme nicht einmal Kenntnis, viel weniger Gelegenheit zur Rechtfertigung gegeben worden; aber auch was die Hypothekensache anlangt, kann es nicht als eine vorherige Anhörung angesehen werden, wenn dem Kl. im Brief v. 6. Juli 1933 erklärt worden ist, seine Dienstentlassung werde wegen seines Verhaltens in dieser Angelegenheit beantragt werden, ohne daß auch nur angedeutet wird, man erwarte von ihm zunächst noch eine Äußerung auf den ihm gemachten Vorwurf und zu der in Aussicht genommenen Strafmaßnahme. Wenn der Kl. alsbald von sich aus eine Erklärung zu der Hypothekensache abgegeben hat, so mag dadurch der Mangel geheilt worden sein, aber nur insoweit, als demnächst die Hypothekenangelegenheit als Grund für die Dienstentlassung verwertet worden ist. Es bleibt aber immer noch bestehen, daß der Kl. über die verschiedenartigen anderen Entlassungsgründe überhaupt in keiner Weise vorher angehört worden ist. Daß sein Verhalten in der Hypothekensache schon für sich allein als Entlassungsgrund hätte gelten sollen, ist in dem Schreiben v. 28. Juli 1933 auch nicht einmal angedeutet. Es

läßt sich nicht, wie die Rev. meint, sagen, daß eine strenge Beachtung der Schutzvorschrift des § 24 Satz 3 DienstO. zu der hier in Rede stehenden Zeit — Juli 1933 — weniger erforderlich gewesen sei, als etwa i. J. 1929, dem Jahr, in dem die dem erwähnten Ur. v. 19. Jan. 1935 zugrunde liegenden Vorgänge gespielt haben.

(RArbG., Ur. v. 27. Juni 1936, RAG 41/36. — Güstrow.)

*

37. §§ 358, 354 Abs. 1 RVD. Im Rechtsstreit wegen vermögensrechtlicher Ansprüche der Krankenkassenangestellten sind die Gerichte nur insoweit an die Entsch. der Versicherungsbehörde gebunden, als diese sich darüber ausspricht, ob dem Angestellten unter Einhaltung der Kündigungsfrist aus einem wichtigen Grunde gekündigt werden darf. — Mangel der in § 354 vorgeschriebenen Schriftform bewirkt Nichtigkeit des Anstellungsvertrages.

Der Kl. war seit 1. Juli 1933 stellvertretender Direktor der beflagten Ortskrankenkasse. Am 29. Dez. 1933 wurde er durch den Kassenvorstand seines Amtes enthoben. Am 22. Jan. 1934 ging ihm ein Schreiben des Kassenvorstandes zu, laut welchem der Dienstvertrag wegen Irrtums und arglistiger Täuschung gem. §§ 119, 123 BGB. angefochten wurde. In dem Schreiben wurde dargelegt, man habe inzwischen in Erfahrung gebracht, daß der Kl. am 16. Nov. 1931 bereits den Offenbarungseid geleistet habe; außerdem sei der am 27. Juni 1933 abgeschlossene Dienstvertrag nur unter der Bedingung zustande gekommen, daß die angeblich von einem Hausbau herrührenden Schulden des Kl. in kurzer Zeit getilgt würden; die Bekl. habe inzwischen davon Kenntnis erhalten, daß der Kl. auch sonstige Schulden besessen habe und noch besitze; der Kl. habe dies mit Absicht verschwiegen.

Im Nachgange zu diesem Schreiben v. 22. Jan. 1934 kündigte die Bekl. mit einem weiteren Schreiben v. 10. Febr. 1934 dem Kl. den Dienstvertrag aus einem wichtigen Grunde mit dem Hinzufügen, die Gründe seien die gleichen, die sie veranlaßt hätten, den Dienstvertrag wegen Irrtums und arglistiger Täuschung anzufechten; im übrigen sei eine Kündigung nicht mehr notwendig, da die ausgesprochene Anfechtung auch als Kündigung des Dienstverhältnisses aus einem wichtigen Grunde aufzufassen sei.

Gegenüber der Anfechtung des Dienstvertrages und der fristlosen Entlassung rief der Kl. die Entsch. des VersA. an. Dieses entschied, daß die von der Bekl. am 22. Jan. 1934 erklärte Anfechtung des Dienstvertrages rechtsgültig sei. Auf die Beschw. des Kl. hob das OVerfA. N. durch Beschl. v. 19. Aug. 1935 die Entsch. auf und stellt fest, daß der Kl. der Dienstordnung der Bekl. (§ 354 Abs. 1 RVD.) nicht unterstehe.

Der Kl., welcher demgegenüber den Standpunkt vertritt, daß er auf Grund des rechtswirksam abgeschlossenen und wirksam gebliebenen Dienstvertrages der Dienstordnung der Bekl. unterstanden habe, daß auch die Anfechtung nicht zulässig gewesen sei, und daß er als unwiderruflich Angestellter nur im Wege des Dienststrafverfahrens habe entlassen werden können, hat Gehaltsansprüche geltend gemacht.

Das ArbG. hat abgewiesen.

Der Kl. hat mit Einwilligung der Bekl. gem. § 76 Abs. 1 ArbGG. Rev. eingelegt. Das RArbG. hat aufgehoben und zurückverwiesen.

Der Ausgangspunkt des angefochtenen Urteils, daß nämlich das ArbG. an die Entsch. des OVerfA. gebunden sei, beruht auf Rechtsirrtum. Richtig ist zunächst, daß es sich bei der Anfechtung des Dienstvertrages durch die Bekl. um eine Streitigkeit aus dem Dienstverhältnis handelte, über das nach § 358 Abs. 1 Satz 1 und 2 RVD. das VersA. und auf Beschw. das OVerfA. zu entscheiden hatten. Wenn es dort aber im Satz 2 heißt, auf Beschw. entscheide das OVerfA. endgültig, so bezieht sich diese Bestimmung lediglich auf das Verfahren vor den Versicherungsbehörden. Soweit es sich um vermögensrechtliche Ansprüche handelt, steht der Rechtsweg offen. Für ihn bildet nach § 358 Abs. 2 und 3 RVD. die Entsch. des OVerfA.

allerdings die notwendige Prozeßvoraussetzung. Im übrigen ist aber das Gericht in dem den vermögensrechtlichen Anspruch betreffenden Rechtsstreit nach § 358 Abs. 3 Satz 2 RVD. an die Entsch. des OVerfA. nur insoweit gebunden, als diese sich darüber verhält, ob dem Angestellten unter Einhaltung der Kündigungsfrist aus einem wichtigen Grunde gekündigt werden darf (vgl. RArbG. 12, 314 = JW. 1933, 1677² und die dort angef. Entsch.; RArbG. 15, 22; 82). Im vorl. Falle hat aber das OVerfA. gar nicht in der bezeichneten Richtung entschieden. Es handelte sich in dem Verfahren vor den Versicherungsbehörden überhaupt nicht um die Frage, ob dem Kl. unter Einhaltung der Kündigungsfrist aus wichtigem Grunde gekündigt werden durfte, sondern darum, ob die Bekl. das Dienstverhältnis wirksam angefochten hat und die fristlose Entlassung berechtigt war. Aber auch hierüber hat sich das OVerfA. einer Entsch. enthalten, weil es angenommen hat, daß der Kl. der Dienstordnung der Bekl. nicht unterstehe. Wenn es dieser letzteren Auffassung in der Entsch. durch eine förmliche entsprechende Feststellung Ausdruck gegeben hat, so bindet diese das ArbG. in dem Rechtsstreit der Parteien über den vom Kl. erhobenen vermögensrechtlichen Anspruch aus dem Dienstverhältnis nicht. Die Entsch. hatte vielmehr für den Rechtsstreit nur die Bedeutung, daß damit die für die Geltendmachung des vermögensrechtlichen Anspruches vor dem ArbG. erforderliche Prozeßvoraussetzung nach § 358 Abs. 3 RVD. gegeben war. Daß das OVerfA. in dem nach § 358 Abs. 1 RVD. anhängig gewordenen Verfahren nicht sachlich entschieden hat, schließt nicht aus, daß die von ihm getroffene Entsch. die Voraussetzung des § 358 Abs. 3 RVD. erfüllt.

Das ArbG. hat hiernach das Gesetz unrichtig angewendet, wenn es davon ausgegangen ist, daß die Annahme des OVerfA., der Anstellungsvertrag des Kl. sei wegen Formmangels nichtig gewesen, dieser habe daher der Dienstordnung der Bekl. überhaupt nicht unterstanden, als für den vorl. Rechtsstreit bindend angesehen hat. Es mußte vielmehr die Frage, ob der Kl. der Dienstordnung unterstand, von sich aus selbstständig prüfen, ehe es zu den weiteren Fragen Stellung nahm. Unterstand der Kl. der Dienstordnung und gehörte er als solcher zu den unwiderruflich Angestellten, so konnte er nach § 8 Abs. 3 der Dienstordnung ohne seine Zustimmung nur im Wege des Dienststrafverfahrens aus dem Kassendienst entlassen werden. Freilich unterstand er der Dienstordnung nur, wenn er durch einen schriftlichen Vertrag angestellt war. Denn wenn im § 354 Abs. 1 RVD. bestimmt ist, wer der Dienstordnung unterstehen sollte, werde durch schriftlichen Vertrag angestellt, so muß angenommen werden, daß das Gesetz damit nicht nur eine Sollvorschrift hat geben wollen, sondern, um von vornherein jeden Zweifel darüber auszuschließen, wer der Dienstordnung untersteht und damit die ihm durch die Vorschriften der RVD. gegebene beamtenähnliche Stellung einnimmt, für das Anstellungsverhältnis eines solchen Angestellten den Abschluß eines schriftlichen Anstellungsvertrages zwingend vorgeschrieben hat (ebenso RG. III 300/27 v. 30. März 1928). Etwas Gegenteiliges kann auch dem § 351 Abs. 1 RVD. nicht entnommen werden. Denn diese Bestimmung ordnet nur die Aufstellung einer Dienstordnung für die von den Krankenkassen besoldeten Angestellten an, will aber damit dem in § 358 Abs. 1 RVD. geregelten Formerfordernis nicht vorgreifen. Es hängt die Entsch., ob der Kl. der Dienstordnung unterstand, deshalb in erster Linie davon ab, ob der mit der Bekl. schriftlich abgeschlossene Anstellungsvertrag rechtswirksam oder, wie das OVerfA. angenommen hat, wegen Fehlens wesentlicher Vertragsbestimmungen nichtig war. Wäre ersteres der Fall, so wäre weiter zu prüfen gewesen, welchen Einfluß die von der Bekl. nachträglich erklärte Anfechtung auf die Beziehungen des Kl. zur Bekl. gehabt hat. Dabei wird davon auszugehen sein, daß der Dienstvertrag des Angestellten einer Ortskrankenkasse, auch wenn er in unwiderruflicher Stellung der Dienstordnung untersteht, der Anfechtung wegen Irrtums und arglistiger Täuschung nach Maßgabe der Vorschriften des BGB. in gleicher Weise unterliegt, wie jeder andere Privatdienstvertrag. Denn die Stellung eines solchen Angestellten, der, wie das im vorl. Falle zutrifft, nicht nach Landesrecht staatlicher und gemeindlicher Beamter ist, beruht, wenn

sie auch in mancher Beziehung einen beamtenähnlichen Charakter haben mag, auf dem bürgerlichen Dienstvertragsverhältnis, das durch die Dienstordnung lediglich seine besondere Regelung erfährt (vgl. RArbG. 11, 291).

(RArbG., Ur. v. 25. Juli 1936, RAG 89/36. — Nürnberg.)

*

** 38. Der Ausschluß des Rechtsweges bei Entlassungen und Kündigungen nach dem BWSG. v. 7. April 1933 erstreckt sich nicht auf die Frage, ob überhaupt eine Entlassung oder Kündigung auf Grund des BWSG. ausgesprochen worden ist. Eine rein arbeitsvertragliche Kündigung kann nicht nachträglich in eine Kündigung nach Nr. 6 der 2. DurchfV.D. zum BWSG. umgedeutet werden.

Das RArbG. hat sich zunächst mit der Frage befaßt, ob das Anstellungsverhältnis durch Kündigung auf Grund des BWSG. aufgelöst worden sei. Was Nr. 4 der 2. DurchfV.D. z. BWSG. anlangt, so meint das RArbG., es stehe auf Grund des Vorprozesses rechtskräftig fest, daß eine Auflösung des Anstellungsverhältnisses nach dieser Bestimmung nicht erfolgt sei. Die Rev. vertritt demgegenüber die Ansicht, für die im Vorprozeß getroffene Feststellung sei der Rechtsweg nicht zulässig gewesen, das arbeitsgerichtliche Urteil verdiene deshalb keinerlei Beachtung; es sei übrigens auch sachlich unrichtig. — Daß der Rechtsweg für den im Vorprozeß verfolgten Feststellungsanspruch ausgeschlossen gewesen wäre, kann nicht zugegeben werden. Nach Nr. 5 Abs. 5 der 2. DurchfV.D. z. BWSG. sind zuständig zur Entsch. von Streitigkeiten über die Zulässigkeit der Entlassung oder Kündigung auf Grund der Nr. 2 bis 4 der V.D. und über die zu gewährenden Bezüge die Verwaltungsbehörden unter Ausschluß des Rechtswegs. Im Vorprozeß war aber allein streitig, ob der Befl. überhaupt eine Entlassung (oder Kündigung) auf Grund des BWSG. ausgesprochen hatte. Der Kl. hatte den Standpunkt vertreten, die Kündigung vom 29. u. 30. Juni 1933 sei lediglich eine tarifvertragliche Kündigung gewesen und die ihm bekanntgebene Vfg. v. 3. Aug. 1933 habe keine rechtsgeschäftliche Willenserklärung enthalten, sondern habe nur eine Rechtsansicht kundgegeben, die der am 29. und 30. Juni ausgesprochenen Kündigung keinen anderen Rechtscharakter habe geben können, als ihr von Hause aus innewohnend habe. Der Streit, ob die Vfg. v. 3. Aug. 1933 eine rechtsgestaltende Willenserklärung oder nur eine Wissenskundgebung darstelle, und ob die Kündigung vom 29. und 30. Juni 1933 eine rein vertragliche oder eine außerordentliche Kündigung auf Grund des BWSG. war, hielt sich außerhalb des Kreises der durch Nr. 5 Abs. 5 der 2. DurchfV.D. der gerichtlichen Nachprüfung entzogenen Streitigkeiten. Zwar hat RArbG. 14, 96 = JW. 1934, 2357^a m. Ann. ausgesprochen, daß die Beschränkung des Rechtswegs sich auch auf Streitigkeiten darüber erstreckt, zu welchem Zeitpunkt eine nach dem BWSG. ausgesprochene Kündigung oder Entlassung wirke; daran ist auch jetzt festzuhalten. Etwas anderes ist es aber, wenn wie hier überhaupt bestritten ist, ob eine Entlassung (oder Kündigung) auf Grund des BWSG. ausgesprochen worden ist. War danach der Rechtsweg für die im Vorprozeß begehrte Feststellung zulässig, so besteht auch kein Bedenken dagegen, die dort rechtskräftig getroffene Feststellung auch für den gegenwärtigen Streit der Parteien zugrunde zu legen. Es steht also, ohne daß die Frage erneut gerichtlich nachgeprüft werden dürfte, unter den Parteien fest, daß die Kündigung vom 29. und 30. Juni 1933 — auch unter Hinzuziehung der Vfg. vom 3. Aug. 1933 — keine Kündigung auf Grund der Nr. 4 der 2. DurchfV.D. z. BWSG. dargestellt hat.

Das RArbG. hat sodann die Auffassung des Befl. abgelehnt, die Kündigung vom 29. und 30. Juni 1933 habe als Kündigung nach Nr. 6 der DurchfV.D. gewirkt. Im Ergebnis ist dem RArbG. beizutreten. Eine rein arbeitsvertragliche Kündigung ist nach Voraussetzungen und Rechtswirkung so grundlegend verschieden von einer Kündigung nach Nr. 6 der DurchfV.D., daß sie nicht nachträglich in eine Kündigung der letzteren Art umgedeutet werden kann. Schließlich hat das RArbG. ge-

prüft, ob ein wichtiger Grund zur Kündigung des Kl. i. S. des maßgebenden Tarifvertrags vorgelegen hat. Es hat die Frage verneint. Ein Rechtsfehler ist darin nicht zu finden. (Wird ausgeführt.)

(RArbG., Ur. v. 22. Juli 1936, RAG 85/36. — Günstrow.)

Reichsfinanzhof

Berichtet von den Senatspräsidenten Arlt und Bodenstein
und den Reichsfinanzräten Ott und Sölk

[× Wird in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Reichsfinanzhofs abgedruckt]

× 39. § 26 EinkStG. 1934. Ehegatten werden auch dann zusammen veranlagt, wenn ein Ehegatte wegen unheilbarer Geisteskrankheit in einer Irrenanstalt untergebracht ist und der andere Ehegatte die gemeinsamen Einkünfte einheitlich bewirtschaftet.

Der Ehemann ist infolge Kriegsbeschädigung unheilbar geisteskrank und dauernd in einer Anstalt untergebracht. Sein Einkommen besteht aus der Pension und aus Kapitalerträgen, die Ehefrau hat Einkünfte aus Kapital und Vermietung. Die Vorbehörden haben die Eheleute nach § 26 EinkStG. 1934 zusammen veranlagt. Die beschwerdeführende Ehefrau meint, die Eheleute lebten dauernd getrennt und seien daher gesondert zu veranlagern.

Die RBeschw. der StPfl. ist nicht begründet.

Es ist zwar richtig, daß die Eheleute räumlich dauernd getrennt sind, daß auch nach den ärztlichen Gutachten die geistige Gemeinschaft in der Ehe dauernd aufgehoben ist. Die Beschw. wäre auch berechtigt, unter diesen Umständen gem. § 1569 BGB. auf Scheidung zu klagen mit der Folge, daß gem. § 1353 BGB. die Verpflichtung zur ehelichen Lebensgemeinschaft nicht mehr bestände. Diese Verhältnisse genügen aber nicht, um die Zusammenveranlagung der Eheleute gemäß § 26 EinkStG. 1934 auszuschließen. Das neue EinkStG. hält grundsätzlich an der Haushaltsbesteuerung, der Zusammenveranlagung der Eheleute fest. Die Zusammenveranlagung wird nicht dadurch gehindert, daß die Ehegemeinschaft teilweise ausgedehnt ist. Ein nur teilweiser Ausschluß der Ehegemeinschaft ist insbes. dann anzunehmen, wenn die Ehegatten zwar im ehelichen Leben, in der räumlichen und geistigen Gemeinschaft getrennt sind, aber die Wirtschaftsführung noch gemeinsam ist. Diese Gemeinschaft in der Wirtschaftsführung ist nicht schon dann aufgehoben, wenn der Ehemann wegen mangelnder Gesundheit in einer Anstalt leben muß und daher die Ehefrau genötigt ist, das gemeinschaftliche Einkommen zunächst zur Deckung der Anstaltskosten und dann erst für sich und die gemeinschaftlichen Kinder zu verwenden. Auch wenn, wie vorliegendesfalls, die Ehefrau Vormund des entmündigten Mannes ist, kann und muß sie das gemeinschaftliche Einkommen so verwenden, daß die Bedürfnisse der gesamten Familie (Mann, Frau und Kinder) einheitlich, gleichmäßig und angemessen befriedigt werden. Gerade diese Möglichkeit und Notwendigkeit führt dazu, daß das Gesamteinkommen der beiden Eheleute im Wirtschaftsleben der Volksgemeinschaft eine untrennbare Einheit darstellt. Daher muß dieses Gesamteinkommen auch i. S. des EinkStG. als gemeinschaftliches Einkommen angesehen und einheitlich veranlagt werden. Dies gilt um so mehr, als die Ehegatten und die Kinder sich gegenseitig zur Unterhaltsleistung verpflichtet sind, und dieser Unterhalt in Natur und nicht etwa durch feste Geldrenten gewährt wird, so daß auch tatsächlich das Einkommen in eine gemeinsame Kasse fließt und daraus nach Bedarf die Lebensbedürfnisse einheitlich bestritten werden. Bedeutungslos ist dabei, daß die Ehegatten bürgerlich-rechtlich in Gütertrennung leben, und daß bei der völligen Geschäftsunfähigkeit des Mannes dieser einen Vormund in Gestalt seiner Frau erhalten hat. Gegenüber dem tatsächlichen Sachverhalt ist es auch belanglos, daß bürgerlich-rechtlich die Beschw. als Vormund über Vermögen und Einkommen des Mündels Rechnung zu

legen hat, und ob die Beschw. ihre eigenen Bedürfnisse hinter denen der Kinder, die wegen Krankheit besondere Aufwendungen erforderlich machen, zurückstellt. Im Ergebnis wird innerhalb der Familie der Mann ebenso behandelt wie ein unmündiges, anfalltsbedürftiges Kind, das aber nach wie vor zur Familiengemeinschaft zählt. Mit Recht ist daher das FinGer. davon ausgegangen, daß trotz der geistigen und räumlichen Trennung der Ehegatten das Einkommen noch gemeinschaftlich bewirtschaftet wird und daher ein Getrenntleben i. S. des EinkStG., einem in erster Linie die wirtschaftlichen Verhältnisse der StPfl. erfassenden Gesetz, nicht anzunehmen ist. Daher ist in diesen Fällen eine Zusammenveranlagung zulässig und notwendig.

(RfSt., 6. Sen., Ur. v. 22. Juli 1936, VI A 537/36.)

*

40. § 32 EinkStG. 1934; §§ 23—25 Abs. 1 EinkStD. 1935. Für minderjährige Kinder geschiedener Ehegatten steht demjenigen Elternteil die Kinderermäßigung zu, in dessen Haushalt sich die Kinder tatsächlich befinden.

Der Beschw. begehrt Kinderermäßigung für zwei minderjährige Kinder und außerdem die Absetzung von 2500 RM für einen im Jahre 1934 beschafften Kraftwagen, da es sich um einen kurzlebigen Wirtschaftsgegenstand handle. Das FinGer. hat zu beiden Fragen dem Beschw. unrecht gegeben. Es ist festgestellt, daß der Beschw. von seiner Ehefrau, von der die beiden minderjährigen Kinder herrühren, geschieden ist, wobei er für schuldig erklärt wurde, und daß sich die Kinder bei der Mutter in W. befinden, während der Beschw. in E. wohnt. Der Beschw. macht geltend, weder seine geschiedene erste Ehefrau noch deren Kinder hätten eigenes Vermögen. Er unterhalte die Kinder vollständig, und mit seinem Willen befänden sie sich bei der Mutter. Da er, wenn auch die Sorge für die Person der Kinder der Mutter zustehe, den Wohnsitz zu bestimmen habe, müsse anerkannt werden, daß die Kinder, die er bei dieser Frau untergebracht habe, zu seinem Haushalt gehörten, wie Kinder, die vorübergehend zur Ausbildung usw. außer Haus untergebracht seien. Der Standpunkt des Beschw. ist nicht gerechtfertigt. Das FinGer. hat mit Recht auch unter Hinweis auf § 23 Abs. 1 der 1. DurchfV. z. EinkStG. und auf die Veranlagungsrichtlinien des RfM. (u. a. Veranlagungsrichtlinien für 1935, G VI Ziff. 2 Abs. 1, vgl. auch 4. Lohnsteuerfahndungsbescheid v. 3. Dez. 1935 [RStBl. 958], IV Ziff. 2) den Standpunkt vertreten, daß bei geschiedenen Ehegatten für minderjährige Kinder dem Ehegatten die Kinderermäßigungen zustehen, in dessen Haushalt tatsächlich die Kinder sich befinden. Das trifft hier für die Mutter der Kinder zu. Nicht ausschlaggebend ist, daß der Beschw. in Geld den Unterhalt bestreitet. Nicht erheblich ist auch, daß der Beschw. als Vater auch hier den Wohnsitz der Kinder bestimmen kann; denn trotzdem hat die Mutter aus dem Sorgerecht für die Person das Recht, den Aufenthaltsort der Kinder zu bestimmen, (vgl. § 1635 BGB. und dazu *Staudinger Anm. 3 a. E.*). Der Fall liegt steuerlich grundsätzlich anders, als wenn ein Kind zusammenlebender Ehegatten oder eines allein für die Kinder in Betracht kommenden Elternteils sich vorübergehend zu Zwecken der Ausbildung oder in Krankheitsfällen usw. außer Haus befindet. Nur in diesen Fällen, wenn nicht eine dauernde Trennung in Frage steht, kann auch bei auswärtigen Kindern Haushaltszugehörigkeit anerkannt werden (so auch RfSt. 39, 157). Davan kann nichts ändern, daß für ein volljähriges Kind, auch wenn es nicht zum Haushalt des StPfl. gehört, auf Antrag eine Kinderermäßigung zu bewilligen ist, wenn es sich um ein nicht über 25 Jahre altes Kind handelt, das auf Kosten des StPfl. für einen Beruf ausgebildet wird (vgl. die angeführten Veranlagungsrichtlinien für 1935, G VI Ziff. 2 Abs. 2).

Auch zur Frage der Absetzung für kurzlebige Wirtschaftsgüter ist der Standpunkt des FinGer. gerechtfertigt. Das FinGer. hat ausreichend tatsächlich festgestellt, daß der Beschw. in dem maßgebenden Steuerabschnitt keine den Erfordernissen des BGB. entsprechende Buchführung gehabt hat. Das ist aber die

Voraussetzung für die Zulassung besonderer Absetzungen wegen kurzlebiger Wirtschaftsgüter, die auch für freie Berufe in Betracht kommt (vgl. § 9 der 1. DurchfV. z. EinkStG. 1934 und Ergänzungsrichtlinien für die Veranlagung 1934, A IV Ziff. 1).

(RfSt., 6. Sen., Ur. v. 5. Aug. 1936, VI A 497/36.)

*

× 41. § 3 Abs. 3 Reichsfluchtsteuervorschriften. Die Aufzählung der Vermögenswerte im § 3 Abs. 3 Reichsfluchtsteuervorschriften, die bei der Ermittlung der Reichsfluchtsteuer dem Gesamtvermögen zuzurechnen sind, ist erschöpfend und kann im Weg der Auslegung nicht ergänzt werden. Dem Gesamtvermögen ist daher nicht hinzuzurechnen der Wert steuerfreien Neuhausbesitzes.

Streitig ist nur, ob bei der Berechnung der Reichsfluchtsteuer dem Gesamtvermögen der Beschw. der Wert eines von der Vermögensteuer befreiten Grundstücks (mittlerer Neuhausbesitz nach § 14 RealsteuerentzugsG.) hinzuzurechnen ist (§ 3 Abs. 3 der Reichsfluchtsteuervorschriften i. d. Fass. v. 18. Mai 1934 [RGBl. I, 392]).

Die Vorbehörden haben die Frage bejaht. Sie vertreten den Standpunkt, daß die Aufzählung der hinzuzurechnenden Werte unter den fünf Ziffern des § 3 Abs. 3 a. a. O. nicht abschließend sei und durch analoge Tatbestände ergänzt werden könne und müsse, weil eine innerer Grund für die Herauslassung steuerfreier Grundstücke nicht erkennbar sei.

Die Beschw. vertreten den gegenteiligen Standpunkt, nur durch Gesetz könnten neue Hinzurechnungen angeordnet werden.

Die RBeschw. ist begründet.

Die ursprüngliche Fassung der RFluchtStV. sah nur zwei Fälle der Hinzurechnung vor (Anteile an DStG. und Erbschaften sowie Schenkungen von mehr als 10 000 RM). Die Fassung von 1934 fügte noch drei Fälle hinzu. Unter ihnen sind die durch Gesetze von 1930 und 1933 von der Vermögensteuer befreiten bebauten Grundstücke, der sog. mittlere und neueste Neuhausbesitz, nicht enthalten. Daß der Gesetzgeber diese Wirtschaftsgüter übersehen haben sollte, kann der Senat nicht annehmen. Er trägt auch Bedenken, die Aufzählung in Anwendung rechtsähnlicher Grundsätze zu ergänzen, weil er sie für erschöpfend ansieht. Eine Ergänzung wäre geboten, wenn das Gesetz einen allgemeinen Grundsatz vorangestellt und dann einzelne Fälle mit Einfügung des Wortes „insbesondere“ angeführt hätte. So ist das Gesetz hier nicht verfahren. Wenn es zwei Einzelfällen bei neuer Fassung drei andere anfügt, so muß angenommen werden, daß es darüber hinaus weitere Fälle nicht treffen will. Dazu kommt, daß auch gute Gründe für die Nichtinzurechnung des steuerfreien Neuhausbesitzes sprechen. Gegenüber der Steuerfreiheit ist Veranlagung des Abzugs von Schulden, die in wirtschaftlichem Zusammenhang mit dem befreiten Grundstück stehen (vgl. § 22 DurchfVest. v. 20. Dez. 1930 [RGBl. I, 656]). Mit der einfachen Hinzurechnung des Grundstückswerts ist es also nicht getan. Die mit der Veranlagung der Reichsfluchtsteuer betraute Behörde müßte jedesmal untersuchen, ob nicht Schulden, die bei der Vermögensteuer nicht berücksichtigt waren, nunmehr abgesetzt werden müßten. Das kann umständliche Berechnungen erforderlich machen, die in den Rahmen des schleunigen Reichsfluchtsteuerverfahrens nicht passen. Ist, wie es hier ursprünglich der Fall war, ein Einheitswert für das Grundstück nicht festgestellt worden, so fehlt jede planmäßige Unterlage für die Hinzurechnung eines Grundstückswerts. In welchem Verfahren in diesem Fall ein Streit über den Grundstückswert ausgetragen werden soll, ist nicht abzusehen. Hiernach sprechen auch verfahrensrechtliche Bedenken gegen das Vorgehen der Vorbehörden, das mit dem Aufbau des VermStG. und seiner Verbindung mit dem BewG. nicht zu vereinbaren ist.

Die Vorentscheidung hat diese Gedankengänge verkannt, sie verlegt § 3 Abs. 3 der Reichsfluchtsteuervorschriften.

(RfSt., 3. Sen., Ur. v. 3. Sept. 1936, III A 92/36 S.)

Reichsversicherungsamt

Berichtet von Senatspräsident Dr. Ziehlke und Landgerichtsdirektor Kersting, Berlin

[** Wird in den Aml. Nachrichten für Reichsversicherung (Neue Folge der Aml. Nachrichten des RVerA.) abgedruckt]

[O Wird in den „Entscheidungen und Mitteilungen“, herausgegeben von Mitgliedern des RVerA. (GvM.), abgedruckt]

**** o 42.** Auf die Befreiung nach § 173 Abs. 2 RVD. kann nicht einseitig verzichtet werden.

Aus § 173 Abs. 2 RVD. folgt, daß die Befreiung ohne weiteres von selbst erlischt, wenn die Voraussetzungen der Arbeitsunfähigkeit oder der Notwendigkeit der Heilbehandlung wegen derselben Krankheit nicht mehr vorliegen. Andere Aufhebungsgründe enthält diese Vorschrift nicht. Insbes. ist hier anders als in der Rentenversicherung der Arbeiter und Angestellten (vgl. § 1241 Abs. 2 RVD., § 16 Abs. 4 AngVersG. i. b. Fass. der WD. v. 17. Mai 1934 [RGBl. I, 419]) ein Verzicht oder ein Widerruf der Befreiung nicht vorgesehen. Dieser Unterschied erklärt sich aus der verschiedenen Natur der Krankenversicherung und der Rentenversicherung. Während die Krankenversicherung nur kurzfristige Wagnisse zu betreiben und deshalb ihre Leistungen in Krankheitsfällen sofort zu gewähren hat, werden die Leistungen der Rentenversicherung im allgemeinen erst in der Zukunft fällig. Im Falle des Verzichts und des Widerrufs der Befreiung tritt in der Rentenversicherung zunächst nur die Versicherungspflicht wieder in Kraft. Leistungen werden erst gewährt, wenn die Voraussetzungen des § 1253 RVD. oder des § 30 AngVersG. erfüllt sind. In der Krankenversicherung dagegen könnten solche einseitigen Erklärungen möglicherweise sofortige Leistungen zur Folge haben. Deshalb muß man aus der unterschiedlichen Behandlung des Verzichts und Widerrufs in der Krankenversicherung und Rentenversicherung schließen, daß der nach § 173 Abs. 2 RVD. Befreite auf die Befreiung nicht willkürlich verzichten kann. Es würde auch dem Sinn und Zweck der Krankenversicherung widersprechen, wenn der Versicherte das Versicherungsverhältnis einseitig ändern und das Versicherungsverhältnis durch einen einfachen Verzicht oder Widerruf zu seinen Gunsten verschieben könnte.

(RVerA., Beschl. Sen. der Abt. f. Kranken- und JnbVers., Beschl. v. 20. Mai 1936, II K 99/35 BS.) [R.]

*

43. § 3 AngVersG. Abmachungen, die bezwecken, die Grenze der Versicherungspflicht durch wirtschaftlich betrachtet bedeutungslose Zulagen zu umgehen, sind für die Frage der Versicherungspflicht unbeachtlich.

Das monatliche Entgelt des Kl. zu 1 betrug in der streitigen Zeit 698,81 RM. Dieser Betrag setzte sich zusammen aus einem tarifmäßigen Grundgehalt von 456,30 RM, einer Leistungszulage von 144,42 RM, dem Wert des freien Brandes von 18,09 RM und dem Wert der Dienstwohnung von 80 RM. Die Zulage von 2,19 RM, die die Kl. zu 2 (die Arbeitgeberin) dem Kl. zu 1 außerdem gezahlt hat, kann nicht als Bestandteil des Arbeitsentgelts i. S. der §§ 1 und 2 AngVersG. und § 160 RVD. angesehen werden. Ein so geringfügiger Betrag ist für einen Angestellten in leitender oder höherer Stellung wirtschaftlich völlig bedeutungslos; kein Arbeitgeber würde einem leitenden Angestellten ernsthaft eine Zulage in dieser Höhe als Entschädigung für die von

ihm geleisteten Dienste anbieten. Daß die Kl. zu 2 in dem Betrage von 2,19 RM selbst nicht ein Arbeitsentgelt erblickt, geht im übrigen schon daraus hervor, daß sie diesen Betrag ausdrücklich als Zulage „zur Überschreitung der Knappheitsgrenze“ bezeichnet hat. Die Gewährung dieser Zulage erfolgte also lediglich zu dem unverhüllten Zweck, den Kl. die Zahlung der unter Zugrundelegung der tariflichen Bezüge des Kl. zu 1 an sich fälligen Angestelltenversicherungsbeiträge zu ersparen. Ein solches Verhalten kann nicht gebilligt werden. Die Angestelltenversicherung beruht, wie die Sozialversicherung überhaupt, auf dem Gemeinschaftsgedanken. Jeder, der auf Grund gesetzlicher Vorschrift der Gemeinschaft der Versicherten angehört, muß an diese Gemeinschaft Beiträge leisten, ohne Rücksicht darauf, ob er voraussichtlich später in die Lage kommt, selbst Leistungen aus der Versicherung zu erhalten. Die zwischen den Kl. getroffene Vereinbarung über die Zahlung von 2,19 RM zu dem Überschreiten der Versicherungsgrenze läuft dem Gemeinschaftsgedanken zuwider. Sie verstößt gegen den Grundsatz „Gemeinnutz geht vor Eigennutz“ und enthält den Versuch der Umgehung einer öffentlich-rechtlichen Leistungspflicht. Solche Abmachungen sind daher bei der Beurteilung der Frage, ob Versicherungspflicht gegeben ist — ungeachtet dessen, ob sie in bürgerlich-rechtliche Beziehung, insbes. im Verhältnis zwischen den Parteien gültig oder nichtig sind — unbeachtlich.

(RVerA., 3. RevSen. [KnappschSen.], Ur. v. 30. April 1936, IIIa Kn 799/34³.) [R.]

*

44. § 123 ArbVermG. Arbeitslose, die gem. dieser Vorschr. Mitglieder ihrer bisherigen Klasse geblieben sind, können dort jederzeit ausscheiden. Es gelten dann für sie die allgemeinen Vorschr. des ArbVermG. über die Krankenversicherung der Arbeitslosen.

Da die Versicherung nach § 123 ArbVermG. keine Versicherungspflicht ist (vgl. Entsch. 4042: NachschRVerf. 1931, IV 161), kann der versicherte Arbeitslose auch während des Bezuges der Hauptunterstützung aus ihr ausscheiden. Zwar könnten in dieser Richtung, wenn schon die Klassenmitgliedschaft im Falle des § 123 auf einem freiwilligen Entschluß beruht, immerhin Zweifel um deswillen bestehen, weil die Grundlage zur Versicherung nach § 123 a. a. D. abweichend von § 313 RVD. die Pflicht zur Versicherung ist. Gleichwohl spricht die Rechtslage dafür, daß eine jederzeitige Austrittserklärung ebenso wie bei der Weiterversicherung nach § 313 RVD. möglich ist (vgl. Sahn-Rühne, Handbuch der Krankenversicherung, 10./11. Aufl. S. 479 Anm. 2 zu § 314 RVD.). Denn nach der Fassung des § 123 Abs. 1 ArbVermG. können Arbeitslose Mitglieder ihrer früheren Klasse bleiben. Das schließt das Recht in sich, dort auch wieder auszutreten, was besonders deutlich aus dem letzten Satz des § 123 Abs. 1 a. a. D. hervorgeht (Fortsetzung der Mitgliedschaft bei Ersatzkassen).

Ist der Versicherte nach allem berechtigt, während des Bezuges der Hauptunterstützung aus der Versicherung gem. § 123 ArbVermG. auszuschneiden, so kann er nach Abgabe der Austrittserklärung das Wahlrecht nach § 123 nicht noch einmal ausüben; vielmehr greift dann die Pflichtversicherung bei der Allg. Ortskrankenkasse Platz. Dieses ergibt sich aus dem Wesen der Weiterversicherung, da sie sich nur an ein Versicherungsverhältnis auf Grund der Versicherungspflicht, nicht aber auch auf Grund der Weiterversicherung anschließen kann.

(RVerA., Abt. für Kr- und JnbVers., Beschl. Sen., Entsch. v. 20. Mai 1936, II K 8/36 BS.) [R.]