

# Juristische Wochenschrift

Organ der Reichsfachgruppe Rechtsanwälte des Bundes Nationalsozialistischer Deutscher Juristen

Herausgegeben von dem kommissarischen Reichsfachgruppenleiter Rechtsanwalt Dr. Droege, unter Mitwirkung der Mitglieder des Reichsfachgruppenrates: Dr. Hanns Frißsche, Leipzig; Dr. Hawlikky, Forst i. L.; Dr. Mößmer, München; Prof. Dr. Noack, Halle a. S.; Dr. Rudat, Königsberg (Pr.); Wilh. Scholz, Berlin; Dr. Schwarz, Prenzlau; Dr. Ulrich, Berlin

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

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

## Die Einschränkung der Restitutionsklage durch die Zivilprozessnovelle

Von Rechtsanwalt und Notar Dr. Roquette, Königsberg i. Pr.

Das Wiederaufnahmeverfahren hat in der Zivilprozessnovelle vom 27. Okt. 1933 (RGBl. 780) nur in zwei nebensächlichen Bestimmungen Erwähnung gefunden, die infolge der Beteiligung des Parteieides erforderlich geworden waren (Art. 1 Ziff. 17 und 50). Es hat deshalb den Anschein, als wenn das Wiederaufnahmeverfahren von der Novelle vollkommen unberührt geblieben sei. Dies trifft aber nicht zu. Tatsächlich ist durch die Novelle das Wiederaufnahmeverfahren in sehr weitgehendem Maße beeinflusst worden. Zwar ist der Wortlaut des Gesetzes der gleiche geblieben, aber der Sache nach sind die Voraussetzungen für die Erhebung der Restitutionsklage wesentlich eingeschränkt worden. Die Restitutionsklage steht mit den Beweismitteln der ZPO. in unmittelbarer Beziehung und Wechselwirkung. Daher läßt eine grundsätzliche Änderung der rechtlichen Ausgestaltung der Beweismittel, wie sie in der Novelle erfolgt ist, unmittelbare Rückwirkungen auf die Restitutionsklage aus.

Die Restitutionsklage ist — im Gegensatz zur Nichtigkeitsklage — dann gegeben, wenn dem Urteil eine unrichtige Tatsachenfeststellung zugrunde liegt. Durch sie soll es ermöglicht werden, daß das wirkliche Recht gegenüber dem formalen Recht Geltung gewinnt. Das formale Recht ist hier der Urteilspruch, der das Recht zwischen den Parteien festlegt. Der Idee nach soll der Urteilspruch mit dem sachlichen Recht übereinstimmen. Infolge der menschlichen Unvollkommenheit bleibt aber die Wirklichkeit oft hinter der Idee zurück. Solche Mängel des Urteilspruches werden durch die Rechtskraft gedeckt, die im Interesse der Befriedigung des Streitverhältnisses auch sachlich unrichtigen Urteilen unabänderliche Geltung verleiht. Dadurch erhält das formale Recht den Vorrang vor dem wirklichen Recht. Das Auseinanderfallen von sachlichem und formalem Recht wird vom Gesetz ausnahmsweise dann beachtet, wenn die Unrichtigkeit des Urteilspruches auf unrichtiger Tatsachenfeststellung (im Gegensatz zum Rechtsirrtum) beruht. Dann eröffnet das Gesetz den Weg der Restitutionsklage, um den Einklang des wirklichen Rechts mit dem formalen wiederherzustellen. Der Zweck der Restitutionsklage ist demgemäß die Berichtigung der Tatsachenfeststellung. Wird die Unrichtigkeit der Tatsachenfeststellung erwiesen, dann wird das Urteil aufgehoben und eine neue Entscheidung auf Grund des berichtigten Tatbestandes erlassen.

Die Tatsachenfeststellung des Gerichts beruht auf einem doppelten Grunde: Einmal auf dem Tatsachenvortrag der Parteien und sodann auf der Wertung der Beweise durch das Gericht. Die Unrichtigkeit der Tatsachenfeststellung kann in beiden Gründen ihre Ursache haben: Entweder haben die Parteien den Tatsachenstoff unvollständig vorgetragen oder das Gericht hat einem Beweis-

mittel eine Beweiskraft beigelegt, die es tatsächlich nicht besitzt. Daraus folgt, daß für die Berichtigung der Tatsachenfeststellung zwei Wege möglich sind: Entweder Ergänzung des Sachvortrages durch Vorbringen neuer Tatsachen und Beweismittel oder Erschütterung der Beweiskraft der benutzten Beweismittel. Beide Wege sieht das Gesetz für die Restitutionsklage vor. Beide Wege kennzeichnen die unmittelbare Beziehung und Wechselwirkung zwischen der Restitutionsklage und den Beweismitteln. Die Benutzung dieser beiden Wege wird aber vom Gesetz nur mit Einschränkungen zugelassen. Ohne solche Einschränkungen würde die Bedeutung der Rechtskraft in weitem Umfang praktisch untergraben werden.

Das Vorbringen neuer Tatsachen und Beweismittel ist besonders eingeeengt. Als neues Beweismittel läßt das Gesetz nur den Urkundenbeweis zu. Nur ein in derselben Sache ergangenes rechtskräftiges Urteil oder eine andere Urkunde, die eine günstigere Entscheidung herbeigeführt hätte, kann von der Partei, die diese Urkunden nachträglich vorfindet oder zu benutzen in den Stand gesetzt wird, als neues Beweismittel vorgebracht werden. Neue Tatsachen darf sie nur insoweit vortragen, als sie durch diese Urkunden bewiesen werden können (§ 580 Ziff. 7 ZPO.). In diesem Punkte ist die Restitutionsklage durch die Novelle nicht verändert worden, denn für den Urkundenbeweis ist eine Neuregelung nicht geschaffen worden.

Der zweite Weg, die Tatsachenfeststellung des Urteils anzugreifen, ist vom Gesetz wesentlich weiter ausgebaut. Alle benutzten Beweismittel, der Zeugen- und Sachverständigenbeweis, der Urkundenbeweis und der Beweis durch Parteivernehmung, auch der Beweis durch Verwertung von Urteilen aus anderen Prozessen, aus Strafprozessen oder Verwaltungsgerichtssachen, sind dem Angriff auf die Beweiskraft ausgesetzt (§ 580 Ziff. 1, 2, 3, 6). Die Beweiskraft dieser Beweismittel kann nun aber nicht einfach durch den Nachweis erschüttert werden, daß der Zeuge oder die Partei eine falsche Aussage gemacht, der Sachverständige ein falsches Gutachten abgegeben, das Gericht ein Fehlurteil erlassen habe. Der Beweis der Unrichtigkeit des benutzten Beweismittels kann nur dadurch geführt werden, daß eine gerichtliche Entscheidung rechtskräftig die Unrichtigkeit festgestellt hat. Der Zeuge oder Sachverständige oder die Partei muß wegen einer Verletzung der Eidespflicht bestraft sein. Die Fälschung der Urkunde muß durch strafgerichtliches Urteil gegenüber dem Täter oder seinem Gehilfen festgestellt sein. Von diesen Voraussetzungen wird nur ausnahmsweise abgesehen, wenn nämlich eine Verurteilung aus anderen Gründen als wegen Mangels an Be-



weisen nicht möglich ist (Geisteskrankheit oder Tod des Täters, Amnestie u. dgl.). Stützt sich das Urteil auf die Entscheidung eines ordentlichen Gerichts, eines Sondergerichts oder eines Verwaltungsgerichts, dann muß erst die Aufhebung dieser Entscheidungen durch rechtskräftiges Urteil erfolgt sein. Durch diese Voraussetzungen wird die Möglichkeit eines Angriffs auf die Beweisraft der benutzten Beweismittel schon wesentlich beschränkt. Keineswegs in allen Fällen, in denen die benutzten Beweismittel sachlich unrichtig sind, wird eine strafgerichtliche Verfolgung eintreten können. Nur selten wird es möglich sein, Fehlurteile, auf welche sich das anzusehende Urteil stützt, zur Aufhebung zu bringen. Von vornherein scheiden aber schon alle diejenigen Fälle aus, in denen unbeeidete Zeugen- oder Parteiaussagen bzw. Gutachten der Tatsachensfeststellung zugrunde liegen, da nur Verletzung einer Eidespflicht zu einer Verurteilung im Strafverfahren führt.

In den Beschränkungen der Mittel, mit denen die Tatsachensfeststellung eines Urteils angegriffen werden kann, zeigt sich der Ausnahmeharakter der Restitutionsklage: Sie ist nur ein außerordentlicher Rechtsbehelf gegenüber einem rechtskräftigen Urteil. Angriffe gegen den Bestand eines rechtskräftigen Urteils können und sollen nur Ausnahmefälle bleiben. Hierin liegt es begründet, daß von vornherein auch nur eine geringe Anzahl von Urteilen, deren Tatsachensfeststellung auf unrichtigen Erkenntnisquellen beruht, der Restitutionsklage überhaupt zugänglich ist.

Der Kreis der angreifbaren Urteile ist nun durch die Novelle 1933 noch wesentlich eingeschränkt worden. Die Novelle hat das Eidesrecht grundlegend umgestaltet und das Anwendungsgebiet des Eides erheblich eingeschränkt. In dem gleichen Umfang ist auch das Anwendungsgebiet der Restitutionsklage eingegrenzt worden.

Der Parteieid als Beweismittel ist gefallen. An seine Stelle ist die Parteivernehmung als Beweismittel getreten. Früher gab es die uneidliche Parteierklärung als Beweismittel nicht, nur die durch den gestabten Eid erhärtete Parteierklärung war Beweismittel. Jetzt ist grundsätzlich die uneidliche Parteiausssage schon Beweismittel, wenn sie durch Beweisbeschluss angeordnet und in den Formen der Parteivernehmung durchgeführt ist (RG.: JW. 1936, 45<sup>12</sup>). Die eidliche Vernehmung der Partei ist nur als Ausnahme vom Gesetz vorgesehen. Sie kommt nur dann in Frage, wenn das Ergebnis der uneidlichen Parteiausssage dem Gericht zum Beweise der streitigen Tatsache nicht hinreichend erscheint (§ 452 ZPO.). Die Parteivernehmung hat die gleiche Stellung im Prozeß, wie früher der Parteieid: Sie ist das letzte Beweismittel, das erst nach Erschöpfung aller sonstigen Beweismittel herangezogen wird. Wenn nun die uneidliche Parteiausssage nach dem Gesetz die Regel bildet, wird eine große Anzahl von Fällen, in denen früher eine Partei den Eid zu leisten hatte, ohne Eidesleistung erledigt. Es bleiben nur Ausnahmefälle übrig, wo eine Partei zur Eidesleistung herangezogen wird. Damit wird für eine große Anzahl von Fällen die Möglichkeit der Restitutionsklage überhaupt ausgeschlossen, in denen sie nach dem früheren Recht bestanden hatte.

Auch beim Zeugenbeweis ist das Eidesrecht vollkommen neu gestaltet worden. Früher galt der Grundsatz, daß jeder Zeuge zu beeidigen ist. Jetzt gilt als Grundsatz, daß der Zeuge uneidlich zu hören ist (Baumbach, Erl. 2 zu § 391 ZPO.). Auch früher gab es uneidliche Zeugenaussagen. Das Gesetz selbst ordnete für eine Reihe von Personen die uneidliche Vernehmung an; den Parteien stand es frei, auf Beeidigung zu verzichten. Die uneidliche Vernehmung von Zeugen bildete aber die Ausnahme von der Regel. Jetzt ist das Verhältnis von Regel und Ausnahme umgekehrt: Grundsätzlich unterbleibt die Beeidigung, ausnahmsweise kann sie erfolgen. Das Gericht entscheidet darüber, ob es diesen Ausnahmefall schaffen will. Es soll nach dem Gesetz die Zeugen beeidigen, wenn es dies mit Rücksicht auf die Bedeutung der Aussage oder zur Herbeiführung einer wahrheitsgemäßen Aussage für erforderlich hält und die Parteien nicht auf Beeidigung verzichten. Durch diese Neuordnung des Zeugenbeweises hat das Gesetz eine weitere — wohl sehr erhebliche —

Anzahl von Fällen von der Restitutionsklage ausgeschlossen.

Genau wie mit dem Zeugenbeweis steht es mit dem Sachverständigenbeweis. Auch hier ist der frühere Zwang zur Beeidigung beseitigt und die uneidliche Abgabe von Gutachten als Regel aufgestellt. Ausnahmen können unter den gleichen Voraussetzungen wie beim Zeugenbeweis vom Gericht angeordnet werden. Auch hier ist also die Möglichkeit der Restitutionsklage weiter eingeschränkt worden. Allerdings hat der Restitutionsgrund der Verletzung der Eidespflicht durch einen Sachverständigen auch früher in der Praxis nur eine untergeordnete Rolle gespielt, da die Verletzung der Eidespflicht durch einen Sachverständigen nur in äußerst seltenen Fällen zur strafrechtlichen Aburteilung gekommen ist.

Die Änderungen der Restitutionsklage, die durch die Umgestaltung der Beweismittel durch die Novelle herbeigeführt worden sind, lassen sich folgendermaßen zusammenfassen: Da der Eid einer Auskunftsperson nur noch als Ausnahmefall vorgesehen ist, ist auch die Möglichkeit einer Restitutionsklage, soweit sie einen Angriff auf die Aussage einer Auskunftsperson bezweckt, nur auf solche Ausnahmefälle beschränkt. Die Regelfälle dagegen, in denen Auskunftspersonen uneidlich gehört werden, sind der Restitutionsklage nicht zugänglich.

Diese Wirkung der Wechselbeziehung zwischen Restitutionsklage und Beweismittel ist von dem Gesetzgeber der Novelle bewußt gewollt worden. Es haben vor Erlass der Novelle, wie Jonas: JW. 1934, 1839 mitgeteilt hat, Erwägungen über eine Erweiterung des Wiederaufnahmeverfahrens stattgefunden für solche Fälle, in denen uneidliche Zeugenaussagen eine unrichtige Tatsachensfeststellung veranlaßt haben; man hat aber diesen Gedanken fallen lassen. Es liegt demnach keineswegs eine Lücke im Gesetz vor, wenn bei uneidlicher Vernehmung von Auskunftspersonen die Restitutionsklage abgeschnitten ist. Es ist der Gedanke erörtert worden, ob man in solchen Fällen mit Ausdehnung der Auslegung oder rechtsähnlicher Anwendung die Möglichkeit einer Restitutionsklage schaffen könnte (v. Selzam: JW. 1934, 1326). Dieser Gedanke ist aber zu verwerfen. Die Vorschriften der Restitutionsklage sind schon wegen ihrer Ausnahmenatur weder einer ausdehnenden Auslegung noch einer rechtsähnlichen Anwendung zugänglich (Stein-Jonas, Erl. 1 zu § 580); außerdem bedarf es einer Korrektur des gegenwärtigen Rechtszustandes nicht, weil er eben vom Gesetzgeber so gewollt ist.

Für die Praxis ist aber noch ein Hinweis von Wichtigkeit. Die Gerichte sind vielfach dazu übergegangen, Auskunftspersonen überhaupt nicht mehr zu beeidigen. Damit ist praktisch die Restitutionsklage überhaupt ausgeschaltet. Diese Übung entspricht nicht dem Gesetz. Die AbgWg. des RM. v. 11. Nov. 1935 über die Beschleunigung und Unmittelbarkeit des Rechtsganges (DZ. 1935, 1655 ff. = JW. 1935, 3445) weist auf diesen Fehler der Praxis mit folgenden Ausführungen hin:

„Wenn auch die Beeidigung der Zeugen nicht mehr zwingende Regel ist, so entspricht es doch dem Gesetz, daß Zeugen in den Fällen, in denen dies mit Rücksicht auf die besondere Bedeutung der Aussage oder zur Ermittlung der Wahrheit nötig erscheint, vereidigt werden. Wo statt dessen das Unterlassen der Beeidigung von Zeugen zur fast ausnahmslosen Regel wird, kann in der Bevölkerung leicht zum Schaden der Rechtspflege der Eindruck entstehen, daß man es in den gerichtlichen Vernehmungen mit der Wahrheit nicht mehr so genau zu nehmen brauche, wie früher.“

Bei der Entscheidung über die Beeidigung von Zeugen und Sachverständigen sollten sich die Gerichte auch ferner stets vor Augen halten, was Stein-Jonas, Erl. 13 zu § 391 mit so treffenden Worten sagt:

„Das Gericht wird sich in solchen Fällen, gerade auch wenn es dem Zeugen nach dem subjektiven Eindruck glaubt, der Prozeßmatrik der eigenen Menschenkenntnis bewußt sein und sich weiter stets vor Augen halten müssen, daß eine Wiederaufnahme des Verfahrens wegen unwahrer unbeeidigter Aussage im Gesetz nicht vorgesehen ist.“

Hält sich das Gericht bei der Beeidigung von Auskunftspersonen



Personen eng an den Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen, wie er hier gekennzeichnet ist, dann wird das Wiederaufnahmeverfahren nicht etwa ausgeschlossen, sondern in den vom Gesetzgeber gewollten Fällen den Parteien tatsächlich eröffnet.

Die Einschränkungen, die die Restitutionsklage durch die Novelle erlitten hat, haben zur Folge, daß das wirkliche Recht in vielen Fällen hinter das formale Recht des Urteilspruchs zurücktreten muß, wo früher die Möglichkeit bestand, das Auseinanderfallen von wirklichem und formalem Recht durch Restitutionsklage auszugleichen. Diese Folge ist aber eine Aus-

wirkung des gesteigerten Autoritätsgedankens des heutigen Staates. Es ist der Volksgemeinschaft mehr damit gedient, daß ein Streitverhältnis zwischen den Parteien endgültig beendet wird, als daß im Interesse des Gedankens der Gerechtigkeit die Wiederaufrollung des Streites ermöglicht wird. Die Befriedung der Volksgemeinschaft, die durch die Rechtskraft des Urteils herbeigeführt wird, ist dem Staat ein höherer Wert als die subjektive Gerechtigkeit im Einzelfall. Im Interesse der Volksgemeinschaft muß der Staat das Opfer verlangen, daß der einzelne Volksgenosse auch einmal Unrecht erleidet.

## Rechtsprobleme der nichtvalutierten Hypothek

Von Rechtsanwältin Dr. Agnes Meise, Frankfurt a. M.

Grundstücksbelastungen zur Kreditbeschaffung sind dem Laien ebenso wie dem Fachmann Alltagserscheinungen. Die Rechtsfolgen der Begründung, der wirtschaftlichen Verwertung und der Tilgung einer Hypothek oder einer Grundschuld sind den Beteiligten meist recht geläufig. Aber eine geringe Verschiebung im gewohnten Hergang schafft neue juristische Situationen und die unvermeidlichen Streitfragen. So der alte Fall der nichtvalutierten Hypothek: A. braucht Geld. B. will ihm dazu verhelfen. Sein Grundbesitz ist sein einziges Vermögen. Er läßt daher für den A. eine „Hypothek“ an seinem Grundstück ins Grundbuch eintragen. A. soll sich durch Zession dieser „Hypothek“ den Kredit beschaffen. Ein einfacher wirtschaftlicher Vorgang, und schon die erste Schwierigkeit für den Juristen. Wo ist die Forderung, die dieser „Hypothek“ zugrunde liegt? A. hat dem B. doch nichts gezahlt. Da aber der Jurist eine Hypothek ohne Forderung nicht kennt, hat er in solchem Falle eine konstruiert<sup>1)</sup>: der Grundstückseigentümer B. hat nach der früheren Meinung dem A. versprochen, ihm eine Geldsumme in Höhe der Darlehensvaluta zu schenken. Zur Sicherung dieses Schenkungsversprechens hat B. dem A. eine Hypothek an seinem Grundstück bestellt. Das Schenkungsversprechen war freilich formlos und daher nach §§ 518 Abs. 1, 125 BGB. unwirksam. Aber in der Bestellung der Hypothek sah man die Erfüllung jenes Schenkungsversprechens und damit die Heilung des Formmangels. Der wirksam gewordene Anspruch des eingetragenen Hypothekengläubigers gegen den Grundstückseigentümer sollte also dem Pfandrecht zugrunde liegen. Aber sie war wirklich keine reine Freude, diese zudem logisch mangelhafte Konstruktion. Man merkte bald, daß die Hypothekenbestellung doch nicht gut die Erfüllung jenes auf eine Geldleistung gerichteten Versprechens sein konnte.

Ein typischer Fall dafür, wie sehr man bei solchen oben drein fehlerhaften Denkprozessen den Lebensvorgang untersuchte, ja vergaß. B. hat doch in unserem Falle niemals daran gedacht, dem A. die Hypothekensvaluta als Geschenk zu versprechen, und A. war sich vollkommen darüber klar, daß er trotz der Eintragung des Rechts niemals einen Anspruch gegen B. auf Zahlung der eingetragenen Summe erwerben sollte. Eine solche Konstruktion schiebt den Beteiligten Dinge unter, an die sie nie gedacht und die sie nie gewollt haben. Die Vereinbarung ging in unserem Falle doch nur dahin, daß sich A. durch Verwertung eines Vermögensobjektes des B. Kredit beschaffen solle. Da B. nur Grundbesitz hatte, ließ man ein Pfandrecht ins Grundbuch eintragen mit der Absicht, daß der eingetragene Gläubiger A. es abtrete und sich so Bargeld verschaffe.

Da das Gesetz für die Festsetzung, zu welcher Zeit und in welcher Art die Forderung für die Hypothek zur Entstehung gebracht werden soll, keine Schranken kennt, hält man eine solche Abtretung allgemein für zulässig. Die Forderung wird dann durch den Zessionar zur Entstehung gebracht, wenn der als Gläubiger Eingetragene, in unserem Falle also A., die nichtvalutierte Hypothek abgetreten hat auf Grund der zwischen ihm und dem Grundstückseigentümer getroffenen Ver-

einbarung, daß erst der Zessionar die Forderung zur Entstehung bringen solle. Der Zessionar ist also der erste wahre Hypothekengläubiger. Damit entfällt auch die vereinzelt vertretene Annahme, in der Eintragungsbewilligung liege ein abstraktes Schuldanerkenntnis.

Über die Möglichkeit dieser Zession ist man sich in Rechtsprechung und Rechtslehre einig. Merkwürdigerweise macht man sich aber wenig Gedanken darüber, wie dieser Vorgang juristisch zu bewerten, insbesondere welcher Art das Innenverhältnis zwischen dem Grundstückseigentümer und dem eingetragenen Gläubiger der nichtvalutierten Hypothek sei.

Bis zur Abtretung steht, da ja eine Forderung fehlt, das eingetragene Recht dem Grundstückseigentümer als Grundschuld zu, § 1163 Abs. 1 BGB. Diese Eigentümergrundschuld soll der eingetragene Gläubiger im eigenen Namen abtreten dürfen. Juristisch heißt das: A. ist nach § 185 Abs. 1 BGB. ermächtigt, im eigenen Namen über das fremde Recht zu verfügen. Damit nun der Ermächtigte auch nach außen legitimiert sei, hat ihn der Eigentümer ins Grundbuch eintragen lassen.

Als Grundlage der folgenden Ausführungen sind einige Worte über das Wesen der Ermächtigung nötig: Unter Ermächtigung wird hier — unter ausdrücklicher Ablehnung einer an ein dingliches Verwaltungsrecht angenäherten, die entsprechende Rechtszuständigkeit des Mutterrechtshabers ausschließenden Rechtsübertragung — die bloße Überlassung der Ausübung eines Rechts verstanden, deren Grundlage und Grenze § 185 Abs. 1 BGB. bildet<sup>2)</sup>. Der Ermächtigte handelt, im Gegensatz zum Bevollmächtigten, kraft eigener Rechtsmacht. Seine Rechtsmacht ist eben die Befugnis zur Ausübung eines fremden Rechts. Daher ist die Erteilung einer Ermächtigung nur möglich, wenn man ein Recht innehat, das auch durch einen anderen ausgeübt werden kann. Die Vielfältigung der Ausübungsbefugnis begründet eine konkurrierende Rechtszuständigkeit: sowohl der wahre Träger des Rechts als auch der Ermächtigte können es ausüben.

Es ist nun jeweils aus den besonderen Vereinbarungen festzustellen, welcher Art die Ermächtigung ist und wo ihre Grenzen liegen: sie kann erteilt sein, ohne daß der Ermächtigte dinglich oder obligatorisch gebunden ist. Sie kann nach außen unbegrenzt erteilt und nur durch die interne Absprache obligatorisch eingeschränkt sein. D. h., der Ermächtigte ist juristisch in die Lage gesetzt, das Recht unbeschränkt und nach seinem Gutdünken auszuüben. Aber er ist dem wahren Rechtsinhaber gegenüber verpflichtet, nur der Abrede gemäß mit dem Rechte zu verfahren. Es kann aber auch dem Ermächtigten nur eine dem Vertragszweck entsprechende, also beschränkte Rechtsmacht übertragen werden, die pflichtwidrige Verfügungen nicht deckt. Diese reine, beschränkt erteilte Ermächtigung enthält an sich keine fiduziarischen Elemente; sie ist eine von vornherein dem erstrebten Zweck angepaßte Macht. Anders ist es aber, wenn sie mit einer formalen Legitimation verbunden ist. Hier ist die Rechtsmacht insofern doch eine

<sup>2)</sup> Vgl. dazu: Ludewig, Die Ermächtigung, Marburg, 1922; Siebert, Rechtsgeschäftliche Treuhänderverhältnisse, Arb. z. Handels-, Gewerbe- und Landwirtschaftsrecht Nr. 68.

<sup>1)</sup> Vgl. RGZ. 88, 366 = JW. 1916, 1394.



überschießende, als eben z. B. der Besitz oder der Grundbucheintrag die Möglichkeit pflichtwidriger, aber — bei gutem Glauben des Erwerbers — rechtswirksamer Verfügung gibt. Mit der gleichzeitigen Übertragung einer Formallegitimation (Besitz, Bucheintrag) tritt also zu der unmittelbar in die Rechtsmacht einbezogenen Beschränkung noch eine durch das Innenverhältnis bestimmte und insofern also fiduziarische Beschränkung hinzu: das Verbot des Mißbrauchs dieser Legitimation.

Bei der Hypothekenbestellung zur Kreditbeschaffung durch Abtretung der nichtvalutierten Hypothek sind nun verschiedene Möglichkeiten denkbar: entweder der Eigentümer stellt dem Buchberechtigten sein Recht zur Verfügung, damit dieser sich in seinem ausschließlichen Interesse und wozu immer er will, Kredit beschaffe. Oder aber: der Eigentümer stellt sein Recht zur Verfügung, damit der eingetragene Gläubiger es zu einem bestimmt vereinbarten Zwecke verwende, und schließlich, damit er es im Interesse des Eigentümers, zum mindesten auch im Interesse des Eigentümers verwende. Zum Beispiel: B. stellt dem A. das Grundstücksrecht zur Verfügung, weil A. zu irgendeinem Zwecke, um den B. sich nicht kümmert, Geld benötigt. Oder: B. stellt es zur Verfügung, damit A. von einem Fessionar, über den man sich geeinigt hat, innerhalb bestimmter Zeit zu einem genau festgelegten Zwecke Kredit beschaffe, und schließlich, damit er ihn für den B., mindestens aber im gemeinsamen Interesse beschaffe. Im ersten Falle handelt es sich um eine unbegrenzt erteilte Ermächtigung, auch ohne intern-obligatorische Beschränkung. Im zweiten Falle ist die Ermächtigung von vornherein beschränkt und dem genau festgelegten Vertragszweck entsprechend, sie ist nur deshalb eine „überschießende Rechtsmacht“, weil der Bucheintrag verbunden mit dem Briefbesitz eine rechtswirksame Verfügung an einen gutgläubigen Dritten ermöglicht. — In vielen praktischen Fällen aber wird sich der Wille, den andern nur einem festumrissenen Vertragszwecke entsprechend zu ermächtigen, nicht eindeutig feststellen lassen, und es wird bei der Annahme einer nach außen unbeschränkt wirksamen, lediglich intern-obligatorisch gebundenen Rechtsmacht bleiben müssen. — Soll endlich die Verwertung des Rechtes im Interesse des Eigentümers oder im gemeinsamen Interesse des Eigentümers und des Buchberechtigten erfolgen, so besteht zwischen dem Eigentümer und dem eingetragenen Hypothekengläubiger ein echtes Treuhandverhältnis.

Die causa der Rechtsmacht kann verschieden sein. Darf der Hypothekengläubiger das Recht in seinem ausschließlichen Interesse verwerten, so liegt, falls er nicht einen Gegenwert dafür hingibt, eine Schenkung vor: der Eigentümer verschafft dem Buchberechtigten schenkweise die Möglichkeit, über die Eigentümergrundschuld zu verfügen. Sollen aber bei der Verwertung auch die Interessen des Eigentümers gewahrt werden, so liegt insofern der Rechtsmacht ein Geschäftsbesorgungsverhältnis, bei unentgeltlicher Geschäftsführung also ein Auftrag zugrunde.

Die praktischen Folgen dieser verschiedenartigen Ermächtigungen zeigen sich in den Rechtswirkungen bei pflichtwidrigen Verfügungen. Der sowohl nach außen als auch nach innen unbeschränkt Ermächtigte kann nicht pflichtwidrig verfügen, da Art und Umfang der Rechtsausübung ganz in sein Belieben gestellt sind. Derjenige, dem eine dem Vertragszweck genau entsprechende Rechtsmacht erteilt ist, hat, wie

gesagt, nur dann die Möglichkeit pflichtwidriger Verfügung, wenn ihm gleichzeitig eine Legitimation erteilt ist, die dem gutgläubigen Dritten den Schein der vollen Rechtsinhaberschaft vermittelt (Besitz, Bucheintrag); im anderen Falle verfügt er als Nichtberechtigter und unwirksam. Diese reine Ermächtigung entfällt mit dem Vertragszweck und bedarf nicht des Widerrufs. — Der lediglich obligatorisch-beschränkt Ermächtigte aber verfügt, wenn er den Rahmen seiner Befugnisse überschreitet, immer wirksam, auch wenn der Dritte unredlich ist; Pflichtwidrigkeiten geben dem Grundstückseigentümer lediglich einen Schadenersatzanspruch.

Über die Frage der Beweislast beim Streit über die nichtvalutierte Hypothek ist man sich in Literatur und Praxis nicht einig. Die Meinungsverchiedenheiten gehen im Grunde um den Gegenstand und die Grenze der Grundbuchvermutung. Nach Staudinger-Rober und dem Kommentar der Reichsgerichtsräte<sup>3)</sup> soll die Rechtsvermutung der §§ 891, 1138 BGB. beseitigt sein, wenn feststeht, daß die Darlehensvaluta zur Zeit der Eintragung der Hypothek oder, bei der Briefhypothek, bei der Briefübergabe nicht bezahlt war, auch wenn der Gläubiger dies zugestehen, aber nicht beweisen kann, daß die Forderung nachträglich entstanden sei. Das ist m. E. unrichtig. Die Beweisregeln der §§ 891, 1138 (1155) BGB. sind die Folgen des vom Gesetze geschützten Rechtscheines für die Richtigkeit der Bucheinträge bzw. des Briefinhaltes. Dieser Rechtschein spricht für den Berechtigten, solange die Eintragungen ihn vermitteln. Und es hieße die berechtigten Schutzwirkungen des Rechtscheines verkennen, wollte man sie auf einen bestimmten Zeitpunkt fixieren, ohne daß die Grenzen dieses Schutzes nach außen auch nur irgendwie sichtbar wären. Richtig scheint mir folgende Beweislastverteilung:

Klagt der Grundeigentümer mit der Grundbuchberichtigungsklage auf Löschung der Hypothek mit der zugestandenem Behauptung, bei der Eintragung des Rechts bzw. bei der Briefübergabe habe eine Forderung nicht bestanden, so hat er zu beweisen, daß auch nachträglich eine Forderung nicht entstanden sei, falls der Hypothekengläubiger sich darauf beruft. Die Grundbuchvermutung spricht für den Gläubiger. In diesem Falle deckt sich die gesetzliche Beweisregel mit der allgemein-prozessrechtlichen, wonach der Kläger die Beweislast für alle klagebegründenden Behauptungen trägt. Der gleiche Grundsatz muß gelten, wenn der Hypothekengläubiger seinen Anspruch gegen den Grundeigentümer geltend macht: gesteht er zu, es habe ursprünglich eine Forderung nicht bestanden, sie sei aber vereinbarungsgemäß nachträglich zur Entstehung gebracht worden (z. B. in unserem Falle durch Zession der Eigentümergrundschuld), so kann sein Zugeständnis die Grundbuchvermutung nicht beseitigen. Es ist Sache des Eigentümers, zu beweisen, daß auch nachträglich kein Darlehen gewährt worden sei. Die Schutzwirkungen des durch Buch- oder Briefinhalt vermittelten Rechtscheines sind also stärker als die allgemeinen Beweisregeln: die Beweislast kehrt sich um, und der beklagte Grundeigentümer muß beweisen, daß die klagegründende Behauptung der nachträglichem Valutierung unrichtig ist<sup>4)</sup>.

<sup>3)</sup> Vgl. Staudinger-Rober § 1138 Anm. IIe; RGR-Komm. § 1138 Anm. 3a.

<sup>4)</sup> Vgl. dazu Pland-Streicher § 1138 Anm. IIe; Ruttner: Jher. Jahrb. 61, 160 ff.; Wollenbed: DNotW. 1910, 667; RÖZ. 98, 126 gegen RÖZ. 49, 9.

## Die rechtliche Bedeutung unrichtiger Negativatteste

Von Dozent Rechtsanwalt Dr. jur. habil. Arno Schanz, Frankfurt a. M.

In zahlreichen Fällen macht das Gesetz die Rechtswirksamkeit privatrechtlicher Rechtshandlungen, deren Auswirkungen nicht nur den unmittelbar beteiligten Rechtsgenossen treffen, sondern zugleich die Gesamtbelange der Rechtsgemeinschaft berühren, von einem obrigkeitlichen Akte, dem „Placet“ des Staates, abhängig. In derartigen Fällen ergeben sich häufig

Zweifel, ob der jeweilige Tatbestand noch von der gesetzlichen Vorschrift, die den obrigkeitlichen Akt zur Wirksamkeitsvoraussetzung macht, getroffen wird oder nicht. Diese Zweifel können naturgemäß sowohl bei der obrigkeitlichen Stelle auftauchen, der der in Frage stehende Akt obliegt, als auch bei einer späteren Nachprüfung der privatrechtlichen Wirksamkeit der frag-



lichen Rechtshandlung durch die hierüber zur Entscheidung berufenen Stellen — meist die Prozeßgerichte. Gehen die Ansichten der verschiedenen Stellen aneinander, hält insbesondere die in Frage kommende obrigkeitliche Stelle eine eigene Tätigkeit nicht für erforderlich oder sogar nicht einmal für zulässig, während ein Prozeßgericht der gegenteiligen Auffassung ist, während Konflikte, die praktisch meist auf dem Rücken der Beteiligten, an diesen Konflikten jedoch regelmäßig völlig unbeschuldigen Personen ausgetragen werden. Man denke beispielsweise an folgende Fälle:

1. Ein Vormund beantragt die Erteilung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung für ein Rechtsgeschäft seines Mündels. Das Vormundschaftsgericht erklärt diese Genehmigung nicht für erforderlich. In einem späteren Rechtsstreit wird das Rechtsgeschäft mangels vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung von dem Prozeßgericht für unwirksam erklärt.

2. Ein Antrag an die Devisenstelle auf Genehmigung einer Rechtshandlung wird dahin beschieden, daß ein genehmigungsbedürftiger Fall nicht vorliege. In einem späteren Rechtsstreit erklärt das Gericht die Genehmigung für erforderlich und die Rechtshandlung für unwirksam<sup>1)</sup>.

3. Ein Bauer beantragt beim Auerbengericht die Genehmigung zur Belastung seines vermeintlichen Erbhofs mit einer Hypothek. Das Auerbengericht erklärt die Genehmigung nicht für erforderlich, da das Anwesen nicht die Größe einer Ackernehmung besitze und deshalb nicht Erbhof sei. In einem späteren Feststellungsstreit gemäß § 10 RErbhofG. wird das Anwesen zum Erbhof erklärt; das Prozeßgericht soll nunmehr über die Löschung der genehmigungslos eingetragenen Hypothek entscheiden.

Man nehme nun noch an, die angerufene obrigkeitliche Stelle habe ihre Auffassung in einem regelrechten förmlichen Bescheid — in einem sog. Negativattest — zum Ausdruck gebracht, während die später angerufene andere Stelle den Inhalt dieses Negativattestes für unrichtig erklärt. Wie ist dann die Rechtslage?

Man hat bisher in Schrifttum und Rechtsprechung überwiegend versucht, der Lösung des Problems dadurch näher zu kommen, daß man die Frage nach der Bindung der einen Stelle an die Rechtsauffassung der anderen Stelle — sei es der Bindung des Prozeßgerichts an die Auffassung der obrigkeitlichen Stelle, sei es der Bindung der letzteren an die Auffassung des Gerichts — stellte. So wird beispielsweise in der Entscheidung RG.: JW. 1932, 1975 ausführlich die Frage erörtert, ob — wie die Vorinstanz dort angenommen hatte — die Entscheidung der Devisenstelle über die Notwendigkeit einer Devisengenehmigung für die ordentlichen Gerichte bindend sei oder ob die ordentlichen Gerichte einen abweichenden Standpunkt einnehmen könnten. Das RG. hat sich hier für die zweite Alternative entschieden. Schulze behandelt das gleiche Problem unter Hinweis auf die erwähnte Kammergerichtliche Entscheidung in JW. 1932, 2004 unter der für die Problemstellung kennzeichnenden Überschrift „Bindung an die Entscheidungen der Devisenbewirtschaftungsstelle?“. Mit den gleichen Worten überschreiben denn auch die führenden devisenrechtlichen Kommentare<sup>2)</sup> ihre auf das Problem bezüglichen Ausführungen. Auch die besonders eingehende Entscheidung RG.: JW. 1934, 3070 prüft, inwieweit eine Bindung der ordentlichen Gerichte an die Erklärung der Devisenstelle, eine Genehmigung sei nicht erforderlich, in Betracht kommen kann, wobei in Übereinstimmung mit der früheren Rechtsprechung die Annahme einer solchen Bindung schlechthin verneint wird. — Umgekehrt ist neuerdings (gelegentlich der Neufassung v. 4. Febr. 1935) in die Richtlinien für die Devisenbewirtschaftung eine Bestimmung (III 11) aufgenommen worden, nach der es für die Devisenstelle bindend ist, wenn „eine Behörde der streitigen oder freiwilligen Gerichtsbarkeit entgegen der Auffassung einer

Devisenstelle eine Handlung für genehmigungsbedürftig“ hält. Damit hat man — ausgehend von der Vorstellung, daß eine Bindung der Gerichte an die Auffassung der Devisenstelle grundsätzlich nicht besteht, während umgekehrt auch die Devisenstellen grundsätzlich nicht an die Auffassung der ordentlichen Gerichte gebunden sind — durch gesetzgeberischen Eingriff das Problem für das Teilgebiet des Devisenrechts praktisch gelöst; aber auf allen anderen Rechtsgebieten bleiben die Schwierigkeiten bestehen.

Gerade die Tatsache, daß man im Devisenrecht zu einer gesetzlichen Normierung der Bindung der Devisenstellen an die Rechtsauffassung der Gerichte schreiten mußte, zeigt, daß man das viel allgemeinere Problem, das weit über die Grenzen des Devisenrechtes hinaus besteht, auf dem Wege über die Fragestellung nach der Bindung ohne gesetzliche Regelung nicht befriedigend lösen kann. Es ist deshalb bereits verschiedentlich die auf einem ganz anderen Gebiet liegende Frage gestellt worden: ist nicht in Fällen, in denen die in Betracht kommende obrigkeitliche Stelle die Voraussetzungen für die Notwendigkeit ihrer Genehmigung verneint hat, die Rechtslage seitens des nachprüfenden Gerichts so anzusehen, als sei die Genehmigung — ihre objektive Notwendigkeit unterstellt — erteilt? Ist also die Erteilung eines Negativattestes in ihren Auswirkungen der Erteilung der Genehmigung gleichzustellen?

Gegen die Befahrung dieser Frage sprechen eine Reihe beachtlicher Gesichtspunkte. Macht das Gericht die Wirksamkeit einer Rechtshandlung von einer bestimmten Voraussetzung abhängig, so tritt die Wirksamkeit eben nur dann ein, wenn diese Voraussetzung auch objektiv wirklich gegeben ist. Bedarf also eine bestimmte Rechtshandlung nach der objektiven Rechtslage behördlicher Genehmigung, und ist diese Genehmigung objektiv nicht erteilt — gleichgültig, aus welchen Gründen —, so ist logischerweise die Rechtshandlung unwirksam. Die Genehmigung deshalb zu fingieren, weil die zur Genehmigung berufene Stelle sie nicht für erforderlich hielt, scheint nicht anzugehen. Denn gerade dann, wenn diese Stelle eine solche negative Erklärung abgab, gab sie damit zu erkennen, daß sie nur die Rechtsfrage der Zulässigkeit der Genehmigung geprüft, sich aber überhaupt nicht mit der gerade ihrer Entscheidung unterliegenden Zweckmäßigkeitsfrage befaßt hatte, ob unter dem Gesichtswinkel öffentlichen Interesses die Erteilung der Genehmigung wünschenswert sei oder nicht. Das Negativattest kann zwar bedeuten: die Rechtshandlung ist nicht genehmigungsbedürftig; wäre sie es, so würden wir die Genehmigung ohne weiteres erteilen. Es kann aber genau so gut bedeuten: die Rechtshandlung ist leider nicht genehmigungsbedürftig, so daß wir sie leider nicht verhindern können; wäre sie genehmigungsbedürftig, so würden wir die Genehmigung niemals erteilen, da ihr das öffentliche Interesse entgegensteht.

In diesem Sinne äußert sich beispielsweise die bereits oben erwähnte Entscheidung des RG.: JW. 1934, 3070. Sie führt aus, die Devisenstellen sollten Rechtsgeschäfte, die gewisse, für die deutsche Devisenbewirtschaftung gefährliche Merkmale aufweisen, auf ihre Unbedenklichkeit von volkswirtschaftlichen Gesichtspunkten aus nachprüfen; in eine solche Prüfung würden sie aber regelmäßig nicht eintreten, wenn sie sich darauf beschränken, dem Antragsteller mitzuteilen, daß aus Rechtsgründen eine Genehmigung nicht erforderlich sei. Die Schwierigkeiten, in die der einzelne Rechtssträger hierdurch unter Umständen kommen könne, seien kein Grund, „um ohne jede gesetzliche Grundlage, noch dazu unter verschiedener Behandlung der positiven und der negativen Zuständigkeitsannahme der Devisenbewirtschaftungsstelle, gerade die Erklärung, daß ein bestimmtes Geschäft nicht genehmigungsbedürftig sei, als allgemein verbindlich anzusehen“. Das RG. findet keinen anderen Ausweg als den Rat an die Devisenstellen, in allen zweifelhaften Fällen, in denen sie Rechtshandlungen nicht für genehmigungsbedürftig hielten, hilfsweise für den Fall, daß die Rechtshandlung etwa doch genehmigungsbedürftig sein sollte, über die Erteilung oder Verjagung der Genehmigung vorsorglich zu entscheiden.

Stellt man jedoch diese Gedankengänge, die sich mit ihrer

<sup>1)</sup> Vgl. in diesem Zusammenhang auch Beschluß des RG.: JW. 1936, 199<sup>2)</sup>. Dort verlangte das Gericht vom Kläger Bringung einer Zustimmungserklärung der Devisenstelle. Diese erklärte, daß devisenrechtliche Genehmigung nicht erforderlich sei.

<sup>2)</sup> Vgl. z. B. Gartenstein, DevW. § 23 Anm. 8; Gartenstein, DevG. § 39 Anm. 9 u. a. m.



Betonung begrifflicher Wirksamkeitsvoraussetzungen und Zuständigkeitsabgrenzungen stark dem begriffsjuristischen Denken nähern, einmal zurück und vergegenwärtigt man sich statt dessen den Sinn und Zweck der fraglichen Gesetzesbestimmungen unter besonderer Berücksichtigung der schutzwürdigen Interessenlage der Beteiligten, so verschiebt sich sofort das Bild. Wenn das Gesetz in den geschilderten Fällen die privatrechtliche Wirksamkeit einer Rechtshandlung von behördlicher Genehmigung abhängig macht, so liegt der Grund hierfür darin, daß regelmäßig ein mehr oder weniger beschränktes öffentliches Interesse an der Zulassung oder Verhinderung dieser Rechtshandlung vorliegt, das die jeweils zur Genehmigung berufene Behörde wahren soll. So hat die Devisenstelle das staatliche Interesse an der Kontrolle und Bewirtschaftung des Devisenverkehrs und der Auslandszahlungen bei allen Rechtshandlungen, die hiermit in Zusammenhang stehen, wahrzunehmen; das Vormundschaftsgericht hat im öffentlichen Interesse darüber zu wachen, daß ein Vormund sein Amt bei Rechtsgeschäften, die für das Mündel von besonderer Bedeutung sind, nicht mißbraucht; das Auerbengericht hat im öffentlichen Interesse der Schaffung und Erhaltung eines gefundenen deutschen Bauernstandes Belastungen von Erbhöfen nur dann zuzulassen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Überall ist es also hier Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung, einer behördlichen Stelle Gelegenheit zu geben, Rechtshandlungen, die mit dem jeweils zu wahren öffentlichen Interesse nicht im Einklang stehen, zu verhindern. Auf der anderen Seite kann man dem einzelnen Rechtsgenossen, der die fragliche Rechtshandlung vornehmen will, schlechterdings nicht mehr zumuten, als daß er der berufenen behördlichen Stelle von seinem Vorhaben Kenntnis gibt und sie bittet, zu diesem Vorhaben unter dem Gesichtswinkel des zu wahren öffentlichen Interesses Stellung zu nehmen. Kommt der einzelne Rechtsgenosse dieser seiner Pflicht, dem Staate Gelegenheit zur Wahrung der öffentlichen Interessen zu geben, ordnungsmäßig nach, stellt er also unter vollständiger Schilderung des Sachverhalts entsprechende Genehmigungsanträge, so hat er damit alles getan, was man vernünftigerweise von ihm erwarten kann. Jetzt hat die hierzu berufene Stelle Gelegenheit, das öffentliche Interesse zu wahren. Nimmt sie diese Gelegenheit nicht wahr, weil sie sich hierzu nicht berufen glaubt, so kann ihre Ablehnung, aus welchen Motiven auch immer sie erfolgt sein mag, nur als eine Erklärung des öffentlichen Desinteressements gewertet werden. Mit dieser Erklärung des Desinteressements muß sich der einzelne Rechtsgenosse zufrieden geben: es bleibt ihm ja auch gar nichts anderes übrig, da er schließlich die Behörde nicht zwingen kann, ein öffentliches Interesse zu wahren, zu dessen Wahrung sich die Behörde selbst nicht für berufen erklärt. Wenn nunmehr der einzelne Rechtsgenosse die in Frage stehende Rechtshandlung vornimmt: soll er trotz alledem das Risiko einer Unwirksamkeit dieser Rechtshandlung mangels behördlicher Genehmigung tragen? Soll er, der alles ihm Zumutbare getan hat, Gefahr laufen, eines Tages von einem Prozeßgericht zu hören, daß entgegen der früheren behördlichen Erklärung eine Genehmigung der Rechtshandlung erforderlich war, d. h. daß die in Frage kommende behördliche Stelle die Zulässigkeit der Rechtshandlung unter dem Gesichtswinkel öffentlichen Interesses zu prüfen hatte, obwohl sie diese Prüfung ausdrücklich abgelehnt hat? Stellt man in diesem Zusammenhang die Frage nach der Schutzwürdigkeit der Interessenlage, so gibt es hierauf eigentlich nur eine Antwort. Hat der Staat als Wahrer des öffentlichen Interesses die ihm gegebene Gelegenheit, die Zulässigkeit und Zweckmäßigkeit der fraglichen Rechtshandlung zu prüfen, durch Erklärung seines Desinteressements verabsäumt, so würde es jeder vernünftigen Überlegung widersprechen, wenn man dieses Interesse trotzdem nachträglich noch für schutzwürdig erklären und dem unschuldigen Rechtsgenossen das Risiko einer Unwirksamkeit seiner Rechtshandlung aufbürden wollte. Hier muß der Gedanke, daß das Vertrauen des einzelnen Rechtsgenossen auf die Richtigkeit des behördlichen Entschlusses, den er selbst ja nicht ändern kann, zu schützen ist, in den Vordergrund treten gegenüber dem anderen Gedanken, daß in einem Ausnahmefall

einmal ein öffentliches Interesse nicht gewahrt worden ist, das richtigerweise zu wahren gewesen wäre. Denn schließlich ist das öffentliche Interesse an der Ausrechterhaltung der allgemeinen Rechtssicherheit — und der Gedanke des Vertrauensschutzes beruht hierauf — schwerwiegender als der Nachteil, der für die Allgemeinheit in einzelnen Fällen durch Vernachlässigung bestimmter Sonderinteressen des Staates entstehen mag.

Diese Betrachtungsweise ist nichts durchaus Neues. Ansätze hierzu, die in die gleiche Richtung deuten, finden sich beispielsweise bereits in der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu der Frage, ob die ordentlichen Gerichte in Fällen, in denen der Rechtsweg nur nach Einholung einer behördlichen Vorentscheidung zulässig ist, urteilen können, sofern die zuständige Verwaltungsbehörde zu Unrecht den Erlaß der beantragten Vorentscheidung abgelehnt hat. Diese Fälle unterscheiden sich zwar in wesentlichen Punkten von dem hier zu erörternden Problem, zumal es sich dort nicht um die Einholung eines aus Zweckmäßigkeitsgründen zu erteilenden oder zu versagenden Placet des Staates, sondern um eine rechtliche Vorprüfung durch Verwaltungsorgane handelt. Aber die Richtung, die man bei Behandlung dieser Fälle eingeschlagen hat, ist doch die gleiche, in der auch die Lösung des vorliegenden Problems zu suchen ist. Schon in RGZ. 42, 281 ff., mit noch deutlicherer Begründung in RGZ. 59, 166 ff., hat das RG. die Zulässigkeit des ordentlichen Rechtsweges in derartigen Fällen angenommen. Es hat hierbei insbesondere betont, daß es sich bei der gesetzlich vorgeschriebenen Vorentscheidung der Verwaltungsbehörde um eine „Voraussetzung“ handelt, „deren Erfüllung zu erzwingen dem Beamten kein Mittel gegeben ist“, wenn die fragliche Verwaltungsbehörde in eine sachliche Nachprüfung des ihr unterbreiteten Tatbestandes nicht eintreten will, weil sie diese Nachprüfung „im gegebenen Falle wegen Mangels der gesetzlichen Voraussetzungen als unstatthaft betrachtet“. Der Beamte befindet sich dann in ganz ähnlicher Lage wie der Rechtsgenosse, dessen Genehmigungsantrag durch die Devisenstelle, das Vormundschaftsgericht, das Auerbengericht oder eine sonstige behördliche Stelle zu Unrecht als unstatthaft zurückgewiesen worden ist. Soll er, der die Verwaltungsbehörde angerufen und damit alles ihm Zumutbare getan hat, Gefahr laufen, den ordentlichen Rechtsweg zu verlieren, weil die Verwaltungsbehörde zu Unrecht die vorgeschriebene Voraussetzung für die Beschreitung dieses Rechtsweges nicht gesetzt hat? Soll er das Risiko der Unrichtigkeit des Entschlusses der Verwaltungsbehörde tragen? Soll ihm der Rechtsschutz versagt werden? Mit Recht verneint das RG. diese Frage, weil es ja nicht in seiner Macht steht, die Verwaltungsbehörde eines Besseren zu belehren, und weil infolgedessen seine Interessenlage auch dann als schutzwürdig erscheint, wenn die gesetzlich vorgeschriebene Vorentscheidung der Verwaltungsbehörde nicht vorliegt. — Für das hier zur Erörterung stehende Problem hat sich auf dem Gebiet des Devisenrechts das RG. I Berlin (JW. 1932, 2048) in gleichem Sinne entschieden. Es hat darauf hingewiesen, daß dem gesetzgeberischen Zweck der Devisengesetzgebung durch die Vorlage der Sache bei der Devisenstelle Genüge geschehen sei und daß deshalb das Negativtatsfest der Devisenstelle einer Genehmigung gleichgeachtet werden müsse. Diese Entscheidung ist zwar von einigen gebilligt<sup>3)</sup> worden, hat jedoch in Schrifttum<sup>4)</sup> und Rechtsprechung<sup>5)</sup> überwiegend Ablehnung gefunden. Mit Rücksicht auf die oben bereits erwähnte Neufassung der Richtlinien für die Devisenbewirtschaftung (III 11) ist der Streit heute auf dem Gebiete des Devisenrechts nicht mehr aktuell; das allgemeine Problem ist jedoch, wie bereits gesagt, nach wie vor ungelöst.

Zusammenfassend läßt sich nach alledem folgendes feststellen. Ist die privatrechtliche Wirksamkeit einer Rechts-

<sup>3)</sup> J. B. Schulke: JW. 1932, 2004; v. Edlinger: JW. 1935, 545; vgl. auch Volkmar, Devisennotrecht in Rechtspflege und Wirtschaft, 1933, S. 126. Zweifelnd Hartenstein, Bem. 8 zu § 23 DevBD.

<sup>4)</sup> Vgl. u. a. Hartenstein, Devisennotrecht, Anm. 9 zu § 39 DevBD.

<sup>5)</sup> Vgl. insbes. RG.: JW. 1934, 3070.



Handlung von behördlicher Genehmigung abhängig, so hat der einzelne Rechtsgenosse seiner Rechtspflicht genügt, wenn er den Genehmigungsantrag mit dem Erfolg gestellt hat, daß ihm ein Negativattest ausgehändigt worden ist. Auch dem öffentlichen Interesse, dessen Wahrung mit der vorgeschriebenen Genehmigung bezweckt wird, ist in diesem Falle Genüge getan. Stellt sich nachträglich die Unrichtigkeit des Negativattestes heraus, so muß das in Frage stehende Sonderinteresse der Öffentlichkeit, dessen Wahrung von der hierzu be-

rufenen Stelle verabsäumt worden ist, zurücktreten hinter dem Interesse der Öffentlichkeit an der Wahrung der Rechtssicherheit, die nur gewährleistet ist, wenn das Vertrauen des Rechtsgenossen in die Richtigkeit des Negativattestes geschützt wird. Die Rechtslage muß dann so angesehen werden, als habe die behördliche Stelle keine Bedenken gegen die Rechtshandlung gehabt. Das unrichtige Negativattest ist also in seiner Bedeutung der erteilten Genehmigung gleichzustellen.

## Gläubigerschutz bei Pfändung des Anwartschaftsrechts

### I.

Von Rechtsanwalt Dr. Hans Gülow, Berlin

Die Ausbreitung der Käufe auf Abzahlung und die damit verbundene Vereinbarung eines Eigentumsvorbehalts hat die Gläubiger vielfach auf den Weg der Pfändung des sogenannten Anwartschaftsrecht, ein schon 1911 bei Dr. Otto Hein, Handbuch der Zwangsvollstreckung<sup>1)</sup>, bekannter Begriff — das heißt Anwartschaft auf den Eigentumserwerb —, geführt.

Die Verwirklichung hängt aber davon ab, daß der Gläubiger zunächst zu der alten Schuld seines Schuldners durch Zahlung des Restkaufpreises eine neue fügt.

Während im Schrifttum und in der Rechtsprechung volle Einigkeit darüber herrscht, daß bei Pfändung des Anwartschaftsrechts der Drittschuldner, ohne Rücksicht auf die Fälligkeit<sup>2)</sup>, sich nicht weigern darf, sofern ein ihm angebotener Restkaufpreis anzunehmen ist (§ 271, 162 BGB.), herrscht Streit über die wichtige Frage, wie der Gläubiger wieder zu seinem zwecks Tilgung dieser Restforderung für den Schuldner verauslagten Gelde kommt.

Hat man sich früher dazu entschlossen, diese Beträge als zu den zur Durchführung der Zwangsvollstreckung notwendigen Kosten gehörig anzusehen, die gemäß § 788 ZPO. einfach durch den Gerichtsvollzieher beigetrieben werden, so geht die jetzt herrschende Ansicht dahin, daß dieser Satz nicht als Kosten der Zwangsvollstreckung, sondern allein als Bereicherung vom Schuldner verlangt werden kann (Gauypstein, § 857 Anm. II 9, S. 14), weil diese Aufwendungen der Vollstreckung nur mittelbar dienen (Stein-Jonasz, § 788, Anm. I, 2, S. 3).

Diese letzte Ansicht ist richtig und jeder Vollstreckungsbeamte darf sich mit Recht weigern, eine solche untitulierte Forderung zum Gegenstand einer Beitreibung zu machen.

Wuß man sich aber nun bei dem völlig unbefriedigenden Ergebnis beruhigen, daß der Gläubiger allein auf den Weg der Klage wegen ungerechtfertigter Bereicherung verwiesen wird?

Der Gedanke erscheint nun so unbilliger, als ja den alleinigen Vorteil davon der Schuldner hätte, der anstatt einer einwendungsarmen Vertragsklage aus Kauf jetzt lediglich einer außervertraglichen Klage aus §§ 812 ff. BGB. gegenübersteht, die für Angriffe aller Art Raum bietet.

Tritt man nun gar noch der herrschenden Ansicht bei (Hein a. a. O. S. 257 und Rühl a. a. O. S. 194), der Schuldner erwerbe durch die — sogar auch ohne sein Wissen von dritter Seite — geleistete Restzahlung automatisch Eigentum, so ist dieser vom Pfandgläubiger ungewollte Vorteil des Schuldners noch klarer ersichtlich.

Denn der Gläubiger wollte sich ja nur interventionsfreie Pfändungsmöglichkeiten verschaffen.

Die Folge aber, daß der Gläubiger, um zu seinem Gelde zu kommen, die Lage des Schuldners verbessert, ist unannehmbar.

Das Gesetz kennt ja diesen Sonderfall der Gläubigerbefrie-

digung durch Pfändung des Anwartschaftsrechts überhaupt nicht, und deswegen ist in ihm eine Abhilfe nicht zu finden.

Eine solche muß aus der Praxis kommen, die die Lücke des Gesetzes auszufüllen hat.

Auszugehen ist hierbei von der Person des Vorbehalts- (bzw. Sicherungs-) Eigentümers.

Er wird restlos befriedigt, und zwar meist, weil der Pfändungsgläubiger entweder nicht die letzte Ratenzahlung des Schuldners abwarten will, oder weil der Schuldner durch zögernde Zahlungsart die Interventionsfreiheit des Vollstreckungsgegenstandes mehr oder weniger böswillig verzögert, schon vor der vertraglichen Fälligkeit seiner Forderung.

Damit ist, wie oben ausgeführt, der Schuldner Eigentümer geworden und kann, wenn nicht der Pfandgläubiger vor Pfändung des Anwartschaftsrechts und Zahlung des Restkaufpreises die Sache gepfändet hat, mit ihr nach Belieben schalten und walten, wie er will.

Es ist also in Übereinstimmung mit Rühl der Gläubiger darauf hinzuweisen, die Sachpfändung im unmittelbaren Zusammenhang mit der Anwartschaftsrechtspfändung vorzunehmen.

Hat aber ein anderer Gläubiger des Schuldners die Sache vorgepfändet, so nützt unserem Pfandgläubiger das auf ihn übertragene Anwartschaftsrecht und die von ihm vorgelegte Restzahlung gar nichts, der Gegenstand ist durch diese seine Zahlung interventionsfrei geworden, Eigentümer und Schuldner sind dieselbe Person, und der zeitlich früher pfändende Gläubiger geht auch ohne Opfer des Betrages für den Restkaufpreis vor.

Unser Gläubiger muß den ausgelegten Betrag als ungerechtfertigte Bereicherung einlagern und kann dann hinter vielleicht zahlreichen anderen Gläubigern ohne Aussicht auf Befriedigung im Anschluß den Gegenstand pfänden, der erst durch seine Zahlung für den Zugriff der anderen frei wurde.

Daß ein solches Ergebnis unbillig ist, liegt auf der Hand. Verschuldet wird diese Härte allein, wie leicht erkennbar, dadurch, daß der den Rest zahlende Anwartschaftsgläubiger für seine Leistung keine Gegenleistung erhält. Für diese Gegenleistung kommt aber allein derjenige in Frage, der über den gepfändeten Gegenstand verfügen kann, das ist der Vorbehalts-eigentümer.

Man kann ohne weiteres annehmen, daß das Gesetz, hätte es das Anwartschaftsrecht schon gekannt und geregelt, dem zahlenden Gläubiger eine *cessio legis* gewährt, das heißt, bestimmt hätte, daß die Forderung des Vorbehalts-eigentümers kraft Gesetzes auf ihn durch die Zahlung übergehe.

Dann bliebe der Vorbehaltskaufvertrag mit allen seinen Bestimmungen in Kraft, und es hätte lediglich die Person des Berechtigten gewechselt (eine Verfügung, die dem Vorbehaltsverkäufer ohnehin jederzeit zustand). Berechtigter wäre dann der Gläubiger, dem mit den Rechten aus dem Kaufvertrage eine Sicherstellung seiner Belange ausreichend gewährleistet wäre.

Fehlt dieser Forderungsübergang, so kommt man zu dem unerfreulichen Ergebnis: es ist niemand vorhanden, der intervenieren kann. Denn der zahlende Gläubiger ist ja nicht Eigentümer geworden, der Vorbehaltsgläubiger aber, der den Vertrag noch besitzt, ist befriedigt, so daß ihm jedes Rechtschutzbedürfnis fehlt.

Ferner: der Kaufvertrag enthält, wie üblich, die Bestim-

<sup>1)</sup> Doch sind die sehr beachtlichen Ausführungen (2. Aufl., 1914) durch Schrifttum und Praxis überholt.

<sup>2)</sup> Rühl, Eigentumsvorbehalt und Abzahlungsgeschäft, S. 172 Anm. 26.



mung, daß der gesamte Restkaufpreis sofort fällig wird, wenn eine Rate nicht gezahlt wird.

Der Schuldner zahlt nicht, aber es ist niemand vorhanden, der die Fälligkeit geltend machen kann, wie ja lediglich vertraglich bestimmt worden ist.

Der Vorbehaltsgläubiger kann, da er befriedigt ist, mangels Rechtsschutzinteresses nicht klagen, der zahlende Gläubiger mangels Vertragsschutzes die Fälligkeit nicht geltend machen.

Seiner Klage aus ungerechtfertigter Bereicherung wird der Schuldner immer das außervertragliche seines Anspruchs entgegenhalten können.

Es ist klar, daß bei pünktlicher Zahlung des Schuldners der Pfandgläubiger sich mit den Raten begnügen muß, bis er sein verauslagtes Geld zurückerhalten hat. Damit dürfte einwandfrei klargestellt sein, daß man bisher den Ansprüchen des zahlenden Gläubigers (der ja den Restkaufpreis nur auslegt, um nicht auch sein anderes Geld zu verlieren) in keiner Weise gerecht geworden ist.

Teil der Zwangsvollstreckungskosten sind seine Auslagen einmal nicht, und zu welchem unbefriedigendem Ergebnis die Verweisung auf die Klage aus ungerechtfertigter Bereicherung führt, ist oben dargelegt.

Geholfen werden kann ihm nur von der Seite des Berechtigten, das ist, vom Vorbehaltseigentümer aus.

Da eine *cessio legis* nicht gegeben ist, muß diese Gesetzeslücke schlechthin durch Vertrag oder durch eine Maßnahme des Gerichts ersetzt werden.

Der Vorbehaltseigentümer ist der einzige, der aus der ganzen Aktion unmittelbar Vorteil zieht.

Denn er erhält den Restkaufpreis, auf den er nur in Teilzahlungen einen Anspruch besitzt, vorzeitig auf einmal ausgezahlt.

Daher erscheint es keineswegs unbillig, von ihm als Gegenleistung die kleine Mühe der Abtretung der Rechte aus dem Kauf- (Möbel-Leih-) Verträge zu verlangen.

Ihm wird dadurch nichts genommen, denn wie oben aufgezeigt, kann er mangels Rechtsschutzinteresses nicht das geringste Recht mehr aus diesem Verträge geltend machen, so daß der Vertrag bei ihm einfriert, auf der anderen Seite ist der Pfandgläubiger auf diesen Vertragsschutz gegenüber dem Schuldner angewiesen.

Da der Vorbehaltsgläubiger durch die Pfändung und Überweisung des Anwartschaftsrechts — worüber kein Streit herrscht — gezwungen wird, den Restkaufpreis anzunehmen, so wird er Zug um Zug gegen Zahlung dieses Restes dagegen seine Rechte aus dem Verträge abtreten müssen.

Denn es gibt keine Leistung ohne Gegenleistung (von Schenkungsabsichten kann ja hier nicht gut die Rede sein), und der Sinn der Pfändung des Anwartschaftsrechts ist nicht der, den Schuldner von den Vertragspflichten zu befreien, sondern den Pfandgläubiger an die Stelle des Vorbehaltseigentümers zu setzen.

Es hat also der Pfandgläubiger praktisch dem Vorbehaltseigentümer die Restzahlung Zug um Zug gegen Abtretung seiner Vertragsrechte anzubieten. Falls sich der Vorbehaltseigentümer weigert, die Abtretung vorzunehmen, so kann er dazu genau wie zur Annahme des Geldes, nach Treu und Glauben und dem der heutigen Auffassung entsprechenden Sinn der Pfändung des Anwartschaftsrechts im Klagewege, gezwungen werden.

Es ist aber zu erwägen, ob nicht der Sinn einer solchen Pfändung in dem Pfändungs- und Überweisungsbeschluß selbst auf Antrag dadurch zum Ausdruck gebracht werden kann, daß ein letzter Absatz hinzugefügt wird, etwa des Inhalts:

1. „Der Drittschuldner ist gehalten, dem Gläubiger Zug um Zug gegen Zahlung der Restschuld seine Rechte aus dem Verträge vom ... gegen den Schuldner abzutreten.“

Es würde dies eine dem Volksempfinden angepaßte Tat des Gerichts bedeuten, das dadurch einer ungewollten, weil ungenannten, Lücke des Gesetzes einen Inhalt gibt, der sich aus der Entwicklung des Wirtschaftslebens notwendig erwiesen hat.

## II.

Von Ministerialrat Dr. Jonas, Berlin

Bei der Zwangsvollstreckung in Gegenstände, die gegen Abzahlung unter Eigentumsvorbehalt gekauft sind, geht, wie oben zutreffend dargelegt, die herrschende Ansicht dahin, daß die restlichen Kaufgelddraten, die der Vollstreckungsgläubiger an den Abzahlungsverkäufer zwecks Ausschaltung seines Interventionsrechtes leistet, nicht Kosten der Zwangsvollstreckung i. S. des § 788 ZPO sind, sondern nur gegebenenfalls unter dem Gesichtspunkte der Bereicherung von dem Schuldner erstattet verlangt werden können. Gülow erkennt das erstere an, wendet sich aber gegen den zweiten Satz. Er vertritt, wenn ich ihn recht verstehe, nicht nur *de lege ferenda*, sondern bereits *de lege lata* die These, daß die vom Vollstreckungsgläubiger gezahlten Restkaufpreiszinsen im Wege der Abtretung kraft Gesetzes oder kraft eines bei Pfändung der Eigentumsanwartschaft erfolgenden richterlichen Ausspruchs auf den Vollstreckungsgläubiger übergehen sollen. Der Verfasser sieht darin einen besonderen Vorteil für den Sonderfall, daß nach der Zahlung seitens des Vollstreckungsgläubigers und dem damit automatisch eingetretenen Eigentumsübergang auf den Schuldner ein anderer Gläubiger mit einer Sachpfändung dazwischen kommt, denn in diesem Falle würde dem ersten Gläubiger, der mit seiner Zahlung hier nur dem anderen schnelleren Gläubiger den Weg geebnet hatte, wenigstens ein einwandfreier Anspruch in Höhe des Geleisteten verbleiben.

Auf den ersten Blick mag dieser Gedanke etwas für sich haben, namentlich wenn man sich die praktische Problematik des von der herrschenden Ansicht anerkannten Bereicherungsanspruchs vor Augen hält. Näherer Nachprüfung hält aber der Vorschlag nicht stand. Das, woran die These m. E. scheitert, ist, daß Neuwert und Altwert, im praktischen Leben durch aus verschiedene Dinge, hier einfach gleichgestellt werden. Man vergegenwärtige sich folgenden Fall: Von dem Kaufpreis für das damals neue Mobiliar im Betrage von 1000 *R.M.* sind 750 *R.M.* gezahlt. Im Zeitpunkt der Vollstreckung haben die Gegenstände als gebrauchte einen Schätzwert von 500 *R.M.* Der Gläubiger zahlt, um die Gegenstände zu einem interventionsfreien Zugriffsobjekt im Werte von 500 *R.M.* zu machen, 250 *R.M.*, und in der Versteigerung bringen die Sachen vielleicht nur 400 *R.M.* oder noch weniger. Ergebnis: der Schuldner hat das Mobiliar verloren, und seine Schuld ist im Endergebnis nur um den minimalen Betrag von 400 — 250 *R.M.* = 150 *R.M.* geringer geworden. Das scheint mir in der Tat ein kaum erstrebenswertes Ziel, und die Verufung auf das Volksempfinden dürfte hier nicht eben am Platze sein. Wenn der Vollstreckungsgläubiger es von seinem Standpunkte für vorteilhaft hält, das Zugriffsobjekt, ein gebrauchtes Mobiliar, bis zum vollen Altwert — im obigen Beispiel um  $\frac{1}{4}$  = 125 *R.M.* — durch Zahlung des noch ausstehenden Kaufpreises, d. h. der Neuwertquote, aufzufüllen, so mag er es tun, aber auf sein eigenes Risiko und nicht zu Lasten des Vollstreckungsschuldners. Gewiß wird der Fall im allgemeinen nur praktisch werden, wenn es sich bei den Rückständen um verhältnismäßig geringfügige Schlussraten handelt — aber sachlich macht das keinen Unterschied: es geht keinesfalls an, den Wert des Zugriffsobjekts um 50 *R.M.* dadurch zu erhöhen, daß man den Vollstreckungsschuldner mit 100 *R.M.* belastet!

Richtig ist, daß der Abzahlungsverkäufer den Restkaufpreisanspruch an den ihn befriedigenden Vollstreckungsgläubiger freiwillig abtreten könnte. Man darf dabei aber nicht übersehen, daß letzterer, wenn er dem Abzahlungsverkäufer die Kaufgegenstände im Wege der Zwangsvollstreckung wegnimmt, auch nicht mehr in der Lage wäre, den Restkaufpreisanspruch geltend zu machen. Der Abzahlungsverkäufer würde ihm das in der Wegnahme der Kaufsachen bekundete Verhalten als mit dem Kaufverträge nicht vereinbar ebenso einredeweise entgegenhalten können, wie er es gegenüber dem Abzahlungsverkäufer, der die gelieferten Sachen selbst pfändet, tun könnte.



# Wiederkehrschuldverhältnis, Sukzessivlieferungsvertrag und Gemeinschaft

Von Professor Dr. Wilhelm Herschel, Köln

Die Rechtsentwicklung empfängt ihre wirksamsten Antriebe von den Bedürfnissen der Praxis her. Indessen ist die Fragestellung, die sich so darbietet, mitunter einseitig. Sie bringt dann die Gefahr mit sich, daß ein ganzer Lebenskreis zu sehr nach den Notwendigkeiten jener vordringlichen Einzelfrage behandelt wird, die die Erörterung in Fluß gebracht hat. Man kommt so leicht zu Begriffsbildungen, die zwar einem bestimmten Zweck Genüge tun, die aber zur Erfassung der Gesamterscheinung ungeeignet sind, ja, die wahre Erkenntnis der Zusammenhänge erschweren.

Das beweist auf dem Gebiete des Kraftversorgungsrechts deutlich der Begriff des Wiederkehrschuldverhältnisses. Als dieses Rechtsgebilde zuerst im Schrifttum herausgestellt wurde, geschah es, um eine wichtige Frage des Konkursrechts einer billigen Lösung entgegenzuführen. Abgesehen davon, daß man auch ohne diesen Denkbefehl zu einem befriedigenden Ergebnis hätte gelangen können, leistete man so ungewollt einer mechanischen und atomisierenden Betrachtungsweise Vorschub. Man teilte das Kraftversorgungsverhältnis entgegen natürlicher Lebensanschauung in eine bloße Vielzahl selbständiger synallagmatischer Verträge auf und lehrte, das Wiederkehrschuldverhältnis erneuere sich nach Zeitabschnitten oder gar nur in jedem einzelnen Fortbezug. Eine solche Art der Betrachtung ordnet aus konstruktiven Gründen den Inhalt des Rechtsverhältnisses begrifflicher Form unter, sie entspricht einem logizistischen Denken, das zum Stil des Individualismus paßt. Außerhalb des erwähnten konkursrechtlichen Bedürfnisses mußte sie unfruchtbar bleiben. So erwies sie sich für das Umsatzsteuerrecht als nicht brauchbar<sup>1)</sup>. Die Gefahr war nicht von der Hand zu weisen, daß diese auflösende Anschauungsart sogar auf Miete, Pacht, Dienstverhältnis, periodische Versorgungsleistungen usw. übergriff; denn die Vorkämpfer des Wiederkehrschuldverhältnisses nahmen teilweise auch diese Dauerverhältnisse für sich in Anspruch.

Erfreulicherweise ging die Entwicklung einen anderen Weg. Man stellte mehr und mehr nicht auf die einzelne Kraftverorgungsleistung, auch nicht auf die einheitliche Verrechnungsplanke ab, sondern man faßte das Kraftversorgungsverhältnis als ein Gegenseitigkeitsdauerverhältnis auf. Freilich hat sich eine einheitliche Meinung hierüber noch nicht gebildet<sup>2)</sup>, aber die Lehre vom Gegenseitigkeitsdauerverhältnis (Sukzessivlieferungsvertrag), die das Versorgungsverhältnis als Einheit und die einzelnen Versorgungsleistungen als Glieder dieser Einheit auffaßt, dürfte im Begriffe sein, sich zu festigen. Allein auch diese Meinung kann in unserer Frage nicht das letzte Wort sein.

Gewiß wird das Rechtsgebilde des Gegenseitigkeitsdauerverhältnisses auch in Zukunft seine selbständige Bedeutung behalten, so bei gewissen Arten des Kaufes auf Abruf. Aber in vielen Fällen wird man auf der Bahn des Gemeinschaftsgedankens über das Gegenseitigkeitsdauerverhältnis hinausschreiten müssen, insbes. auch bei der Kraftversorgung. Ebensovienig wie man das Versorgungsverhältnis des einzelnen Abnehmers zu einem Inbegriff isolierter gegenseitiger Verträge aufspalten darf, ist es zulässig, diese Lebensbeziehung, als Ganzes betrachtet, aus dem überindividuellen Zusammenhang der Gesamtversorgung eines Werkes herauszugreifen. Daß die einzelnen Kraftversorgungswerke — wenigstens soweit es sich um Elektrizität und Gas handelt — ihrerseits gliedhaft der Gesamtwirtschaft zugeordnet sind, hat bereits das Energiewirtschaftsgesetz vom 13. Dez. 1935 (RGBl. I, 1451) sichergestellt.

Was aber das Versorgungsverhältnis des Abnehmers betrifft, so ist von der Einsicht auszugehen, daß der Gemeinschaftsgedanke auch auf dem Gebiete des bisherigen Schuldrechts immer mehr vorrückt. Das Arbeitsverhältnis ist von ihm schon beson-

ders sichtbar erfaßt<sup>3)</sup>. Auch die Gestalt der Hausgemeinschaft (Mietverhältnis) wird schon erkennbar; sie wird die Mieterschaft ablösen, „die sich aus der Addition der einzelnen Mieter zusammensetzt und rechtlich fast bedeutungslos war“<sup>4)</sup>. Wir bezeugen seit Jahren dem Gemeinschaftsgedanken aber auch sonst, z. B. beim Versicherungsverhältnis. Auch hier gab es eine beinahe klassenkämpferische Lehre, die künstlich oder wenigstens übersteigert einen Interessengegensatz zwischen Versicherern und Versicherungsnehmern aufrief, deren Sinnlosigkeit aber immer stärker offenbar wurde. „Der einzelne Versicherungsvertrag bildet nur ein Glied in der endlosen Kette von Versicherungsverträgen. Infolgedessen darf der einzelne Vertrag nicht getrennt betrachtet werden, sondern er kann nur als Bestandteil einer Gruppe von zusammenhängenden Verträgen gewürdigt werden“<sup>5)</sup>. Noch entschiedener äußert sich Petersen<sup>6)</sup>: „In Wirklichkeit stehen sich beim Versicherungsvertrag nicht der einzelne Versicherungsnehmer und der Versicherer gegenüber, sondern der einzelne Versicherungsnehmer und die Gesamtheit der übrigen Versicherten. Der Versicherer ist nichts anderes als deren Repräsentant. . . . Es macht in dieser Hinsicht auch keinen irgendwie wesentlichen Unterschied, in welcher Form die Versicherung betrieben wird, ob durch eine Aktiengesellschaft, einen Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit, eine öffentlich-rechtliche Anstalt oder einen Einzelunternehmer. Denn alle und jede Versicherung beruht begrifflich auf dem Grundsatz der Gegenseitigkeit.“

Man beachte auch das Gemeinschaftsverhältnis, das so oft bei wirtschaftlichen Schwierigkeiten hervortritt. So wird in Konkurs und Vergleich, bei der Schuldenregelung<sup>7)</sup> usw. immer mehr das wohlgegliederte Gemeinschaftsverhältnis der Beteiligten erkennbar (vgl. z. B. § 36 Abs. 2 Vergl. O.). Oder: wenn vorübergehend die Milchzufuhr hier und da stocken sollte, so würden sich sofort die Beziehungen des Milchhändlers zu seiner Stammkundschaft als Gemeinschaftsverhältnis abheben. Der Milchhändler ordnet dieses Verhältnis und weist jedem nach Maßgabe seines sozial bestimmten Bedarfs — z. B. unter Bevorzugung von Säuglingen, Kranken usw. — den auf ihn entfallenden Milchanteil zu. Meine Forderung aus dem Milchlieferungsverhältnis ist von vornherein inhaltlich durch die Notwendigkeit begrenzt, daß gegebenenfalls eine gerechte Verteilung innerhalb der Kundschaft vorgenommen wird; sie findet also an den Bedürfnissen und Notwendigkeiten der Kundengemeinschaft ihre innere Grenze. Dieses Eingebettetsein eines Rechtsverhältnisses ist ja für die echte Gemeinschaft bezeichnend<sup>8)</sup>.

In der Psychologie weiß man schon längst die Bedeutung krankhafter Zustände für die Erkenntnis des normalen Seelenlebens zu schätzen. Ähnlich können wir das Walten einer Gemeinschaft in Notfällen oft besonders deutlich wahrnehmen, und diese Beobachtung müssen wir auch rechtswissenschaftlich fruchtbar machen, nicht zuletzt für das Kraftversorgungsverhältnis. Hierbei sehen wir: der Anschluß an ein Kraftleitungsnetz ist etwas ganz anderes als etwa ein gelegentliches Tanken bei einer unbekanntem Zapfstelle. Ein solcher Anschluß ist vielmehr Aufnahme und Einordnung in eine Gemeinschaft. Der rein technische Vorgang, durch den mein Haushalt oder mein Betrieb physikalisch in das Kraftleitungsnetz einbezogen werden, deutet

<sup>3)</sup> So schon RGZ. 106, 272 = JW. 1923, 831; neuerdings § 2 Abs. 2 ArbZO. und vor allem Siebert, Das Arbeitsverhältnis in der Ordnung der nationalen Arbeit S. 53 ff., bespr. von Oppermann: JW. 1936, 311 f.

<sup>4)</sup> Roquette: DVohnArch. 1935, 531.

<sup>5)</sup> Brud in Festschrift für Heymann, angeführt nach Petersen: JW. 1932, 2498 N. 3.

<sup>6)</sup> Petersen a. a. O. S. 2498 I. Sp. — Allerdings bleibt Petersen auf halbem Wege stehen; denn in Wahrheit bildet der einzelne Versicherte mit seinem Versicherungsverhältnis nur ein Glied der ganzheitlichen Gemeinschaft der Versicherungsgegenossen, und er steht nicht etwa, wie Petersen sagt, dieser Gemeinschaft gegenüber.

<sup>7)</sup> Anschaulich neuerdings Hartig: JW. 1936, 71 zu I Abs. 2.

<sup>8)</sup> Herschel, Das Erbhofseigentum S. 60.

<sup>1)</sup> RFS.: JW. 1931, 373<sup>40</sup>.

<sup>2)</sup> Vgl. RG.: JW. 1935, 3614<sup>3</sup> mit Anm. von Rumpp; RGR.-Erläuterungsbuch, Bd. 2 (8), S. 9 Anm. 6a zu § 433.



schon darauf hin. Vor allem verweisen uns der Kreislauf des elektrischen Stroms, der durch die Apparate usw. der einzelnen Abnehmer hindurchgeht, der Kreislauf innerhalb eines Wasserwerks usw., nachdrücklich auf das Gemeinschaftsverhältnis aller, die sich in das Versorgungsnetz einschalten und sich als Glieder dem Gesamtverbrauch einfügen.

Die Bedeutung der Lehre vom Gegenseitigkeitsdauerverhältnis besteht nun darin, daß sie es gestattet, die den Einzelnen betreffenden Versorgungsvorgänge einheitlich zu beurteilen, wie das der natürlichen Sachlage entspricht. Aber diese — einheitlich zu beurteilende — Kraftversorgung des Einzelnen ist ihrerseits nur ein Glied innerhalb eines größeren Organismus. Diese Anschauungsweise zeigt sich sofort in ihrem praktischen Wert und zugleich in ihrer praktischen Richtigkeit, wenn Kraftversorgungsstörungen eintreten. Greift z. B. Wassermangel Platz, so mag ich einen Schadenserzagsanspruch gegen das Werk gewinnen; Erfüllung der Wasserlieferung kann ich nach zutreffender Auffassung nur anteilmäßig in dem Rahmen verlangen, den die soziale Rücksicht auf die Gemeinschaftsbelange und auf die Gemeinschaftsordnung zieht; denn jede andere Lösung wäre mit echter Ordnung der Gemeinschaft unverträglich und überhaupt eine unsachgemäße Erledigung der sich stellenden Verteilungsaufgabe. Noch ein anderes Beispiel sei genannt: nehmen wir an, ein

Abnehmer verursacht hinsichtlich der Kraftversorgung eines anderen Abnehmers desselben Wertes schuldhaft einen Schaden, z. B. durch Herbeiführung von Leitungsschäden zufolge Kurzschlusses oder durch plötzliche übermäßige Inanspruchnahme der Kraftversorgung, so daß andere zu kurz kommen. Dann haftet er nicht bloß aus unerlaubter Handlung, sondern auch unmittelbar aus dem Gemeinschaftsverhältnis. Das führt zu einer (durchaus gerechten) Ausdehnung der Haftung, insbes. auch zu einer (praktisch notwendigen) Haftung für Familienmitglieder, Gefolgsleute usw. nach den für Erfüllungsgehilfenhaftung geltenden Grundsätzen (§ 278 BGB.).

Es ist nicht der Zweck dieser Zeilen, im einzelnen darzustellen, wie weit bei der Kraftversorgung im weitesten Sinne des Wortes (einschließlich Rundfunk, Wärmeversorgung usw.) heute schon eine gemeinschaftsrechtliche Betrachtungsweise notwendig ist, und welche Folgerungen sich daraus ergeben, z. B. für den Konkurs des Abnehmers. Lediglich darauf sollte in aller Kürze hingewiesen werden, daß man sich auch bei dieser Frage nicht damit begnügen darf, das überlieferte Rüstzeug zu handhaben. Das deutschrechtlich-sozialistische Denken erfordert mehr, und dem wird jeder Rechnung tragen müssen, der sich künftig mit einschlägigen Fragen des Kraftversorgungsrechts in Rechtsprechung oder Schrifttum auseinandersetzt.

## Beeidigte Auktionatoren als Urkundsbeamte

Von Dr. jur. Hans Grünefeld, Steddausen (Ostfriesland)

In Nr. 43 der JW. von 1935 erschien ein Artikel von A. Dr. Behnes über das Thema „Beeidigte Auktionatoren als Urkundsbeamte“.

Der großen Mehrheit auch der deutschen Juristen wird bis dahin die Existenz einer derartigen Berufsgruppe, die ausschließlich in Ostfriesland und im RegBez. Osnabrück vorkommt, kaum bekannt gewesen sein. Durch den erwähnten Artikel angeregt, möchte ich in folgenden eine Darstellung der geschichtlichen Entwicklung dieser Einrichtung geben, und zwar unter Beschränkung auf die beeidigten Auktionatoren in Ostfriesland.

Diese Auktionatoren führten bis zur Nachkriegszeit die Bezeichnung „Königlich Preussische Auktionatoren“. In der Nachkriegszeit wurde ihnen dieser Titel genommen und ersetzt durch die Bezeichnung „Beeidigte Ostfriesische Auktionatoren“. Zur Vermeidung von Verwechslungen mit den — nicht beamteten — beeidigten Versteigerern in den übrigen Landesteilen wurde später die alte Bezeichnung unter Wegfall des „Königlich“ wieder eingeführt, so daß heute diese Beamten wieder das Dienstiegel und die Amtsbezeichnung „Preussische Auktionatoren“ führen.

Die Rechte und Pflichten der Auktionatoren oder — wie der alte Ausdruck lautet — Ausmiener (ausmienen = ut minen = versteigern; vgl. Deutsches Rechtswörterbuch, herausgegeben von der Preuß. Akademie der Wissenschaft 1914/1932, Sp. 1065) wurden in Ostfriesland schon sehr früh geregelt. Die erste nachweisbare Rechtsquelle findet sich in der am 26. Jan. 1596 erlassenen Ausmienerordnung (AO.) des Grafen Enno von Ostfriesland. Seit diesem Zeitpunkt ist das Versteigerungsverfahren in Ostfriesland fast ununterbrochen in ausführlichster Weise geregelt gewesen.

Bei der AO. von 1596 ist vor allem beachtenswert, daß den Ausmienern damals das ausschließliche Recht zur Versteigerung von Grundstücken (Häuser und Gründe) zustand. Die von ihnen gefertigten Urkunden über die Versteigerungen hatten öffentlichen Glauben.

Die Gesetzgebung über das Versteigerungsverfahren wurde fortgesetzt durch die im Jahre 1630 vom Grafen Ulrich erlassene AO., die den Ausmienern ihre alten Rechte beließ. Sie behielt Geltung während der ganzen staatlichen Selbständigkeit Ostfrieslands. Daneben befaßten sich Vergleiche zwischen den Landesherren und den Ständen und Verordnungen der Fürsten mit der Auslegung der AO. und schufen darüber hinaus noch Ergänzungen.

Als Preußen im Jahre 1744 das Fürstentum Ostfriesland okkupierte, blieb die Einrichtung der ostfriesischen Ausmiener unangetastet, obwohl sie im Hinblick auf die Regelung in den übrigen preussischen Landesteilen als Sonderregelung anzusehen war. Friedrich der Große erließ am 24. Jan. 1752 eine neue AO. für Ostfriesland, die in ihren Grundzügen die alten ostfriesischen Bestimmungen übernahm. Diese Ausmienerordnung hat gegolten bis zum 31. Jan. 1810, behielt also auch noch unter holländischer Regierung (seit Okt. 1806) ihre volle Gültigkeit.

Der französischen Fremdherrschaft war es vorbehalten, die altbewährte Einrichtung der ostfriesischen Ausmiener zu beseitigen. Nachdem durch das am 9. Juli 1810 von Napoleon erlassene Dekret von Rambouillet Holland mit dem Kaiserreich vereinigt war, wurden am 1. Jan. 1811 die französischen Gesetze in den holländischen Staaten eingeführt und die bestehenden aufgehoben. Nach französischem Recht waren für Grundstücksversteigerungen ausschließlich die „Notarien“ zuständig. Damit waren die aus dem Volke hervorgegangenen und mit ihm besonders verbundenen Ausmiener ausgeschaltet.

Unter der späteren hannoverschen Herrschaft wurde die Einrichtung durch die Ausmienerordnung v. 8. Aug. 1822 erneut wieder hergestellt. Nach dieser Verordnung hatten die Auktionatoren, wie sie von jetzt ab hießen, die Befugnis zu öffentlichen Immobilienverkäufen mit den Gerichten und Notaren zu teilen. Die Versteigerungsprotokolle über Immobilienverkäufe galten im Sinne der allgemeinen Gerichtsordnung als notarielle Kontrakte.

Am 16. Dezember 1834 erging eine neue Versteigerungsordnung für Ostfriesland und Harlingerland. In ihr wurde angeordnet, daß bei Versteigerungen allgemein die gesetzlichen Bestimmungen über die Ausübung der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu beachten seien. Diese Verordnung hat gegolten bis zum Inkrafttreten des PrZGB.

Durch die Einführung der Gewerbefreiheit war schon die Stellung der ostfriesischen Auktionatoren bedroht. Es war aber zu befürchten, daß mit Inkrafttreten des BGB. das Institut endgültig seine Bedeutung verlor. Durch die Bestimmungen der §§ 313 und 873 Abs. 2 BGB. war für eine beauftragende Tätigkeit anderer Organe als der Gerichte und Notare bei der Übertragung von Grundstücken kein Raum mehr. Die einzige Möglichkeit zur Aufrechterhaltung der bisherigen Rechte der beeidigten Auktionatoren ergab sich aus Art. 142 GG/BGB. Nach dem



Wortlaut dieses Artikels waren die ostfriesischen Auktionatoren nur dann noch zur Versteigerung von Grundstücken befugt, wenn sie Beamte waren. Es sprach zwar vieles dafür, daß die ostfriesischen Auktionatoren unter die in Art. 142 BGB. genannten „anderen Behörden oder Beamte“ fielen. Die Verordnung von 1834 war landesgesetzliche Vorschrift im Sinne des BGB., zumal nach Art. 2 BGB. unter Gesetz im Sinne des BGB. und BGB. jede Rechtsnorm zu verstehen sein sollte. Auch hatte nach dem ganzen Inhalt der Verordnung von 1834 der ostfriesische Auktionator einen Beamten- oder doch beamtenähnlichen Charakter. Hinzu kam noch, daß die angeführten Bestimmungen des BGB. und BGB. vorzugsweise die Absicht hatten, übereilte Geschäfte zurückzudrängen, nicht aber zu dem Zwecke erlassen waren, bewährte Einrichtungen zu beseitigen. Daher entschloß sich die Regierung, im Interesse der ostfriesischen Bevölkerung, die dringend die Beibehaltung der ihr vertrauten altbewährten Einrichtung verlangte, den beeidigten Auktionatoren in Ostfriesland und im RegBez. Osnabrück die Beamteneigenschaft zu verleihen.

Der Entwurf eines Gesetzes über die freiwillige Gerichtsbarkeit in Preußen bestimmte deshalb in Art. 124:

„In Ostfriesland und Harlingerland sowie im RegBez. Osnabrück können zur Vornahme und Beurkundung öffentlicher Versteigerungen besondere Beamte (beeidigte Auktionatoren) angesetzt werden.“

In der Begründung wurde unter Hinweis auf das langjährige Bestehen und die sorgfältig geregelte Aufsicht die Daseinsberechtigung der ostfriesischen Auktionatoren ausdrücklich anerkannt. Zur Begründung wird wörtlich angeführt:

„Nach dem Wegfall der Befugnis zur Vornahme und Beurkundung von Grundstücksversteigerungen würde das Institut der ostfriesischen Auktionatoren kaum noch lebensfähig sein, die Beseitigung dieser alten Einrichtung aber ... von der dortigen Bevölkerung als eine große Härte empfunden werden. Die beeidigten Auktionatoren erfreuen sich bei der ostfriesischen Bevölkerung eines großen Vertrauens und haben sich bisher im allgemeinen durchaus bewährt. Sie besitzen meist große Geschäftsgewandtheit und Erfahrung, auch ist durch die vorgeschriebene Prüfung dafür gesorgt, daß es ihnen an der erforderlichen Rechtskenntnis nicht fehlt. Da ihnen die tatsächlichen Verhältnisse in der Regel genau bekannt sind, ... kann durch ihre Mitwirkung die Gewährung eines Personalkredits in Fällen ermöglicht werden, in denen ohne ihre Mitwirkung eine dingliche Sicherheit erforderlich sein würde.“

### Kann nach § 648 BGB. die Bestellung einer Hypothek auch für eine Kostenforderung des Bauunternehmers verlangt werden?

Nach § 648 BGB. kann der Unternehmer eines Bauwerkes oder eines einzelnen Teiles eines Bauwerkes für seine Forderungen aus dem Verträge die Einräumung einer Sicherungshypothek an dem Grundstück des Bestellers verlangen. Der Bauunternehmer hat also einen gesetzlichen Anspruch auf Bestellung einer Hypothek. Der Anspruch kann gemäß § 883 BGB. durch Eintragung einer Vormerkung in das Grundbuch gesichert werden. Die Vorschrift hat in den letzten Jahren durch die verstärkte Bautätigkeit wieder erhöhte Bedeutung erlangt. Damit ist die Frage erneut praktisch geworden, ob der Unternehmer die Bestellung einer Hypothek auch für seine Kostenforderung verlangen kann.

Von dem Recht auf Bestellung einer Bauversicherungshypothek wird in der Regel nur Gebrauch gemacht, wenn der Bauherr gegen den Willen des Bauunternehmers und entgegen den Abreden wegen angeblicher Mängel des Baues, wegen Zahlungsunfähigkeit oder aus sonstigen Gründen nicht zahlt. Sonst hat die Vorschrift kaum eine Bedeutung. Denn wenn gezahlt wird, bedarf es einer Sicherung der Forderung nicht, und wenn der Bauunternehmer Kredit gewährt, pflegt er sich fast immer vor Beginn des Baues eine Hypothek für seine Forderung bestellen zu lassen, so daß er die gesetzliche Sicherung seiner Forderung gemäß § 648 BGB. nicht braucht. Wenn der Bauunternehmer nun entgegen seinem Willen keine Zahlung erbringt, sucht er sich durch Eintragung einer Vormerkung in das Grundbuch zu sichern. Er will dann oft nicht nur seinen Anspruch auf die Werklohnforderung, sondern auch seinen künftigen Anspruch auf Er-

Der Entwurf wurde unverändert als Art. 125 PrFG. zum Gesetz erhoben. Auf Grund der Ermächtigung des Art. 126 PrFG. erließen der JustMin. und der Minister für Handel und Gewerbe unter dem 19. Juli 1902 die Vorschriften für die beeidigten Auktionatoren in Ostfriesland und Harlingerland und im RegBez. Osnabrück (SMBl. 303). Diese Vorschriften gelten noch heute.

Mit dem Wortlaut von Art. 125 PrFG. ist die Zuständigkeit der beeidigten Auktionatoren in Ostfriesland und Osnabrück scharf umrissen. Ihre Urkundsbefugnis beschränkt sich nur auf Versteigerungen. Bei Grundstücksversteigerungen sind ihre Protokolle den notariellen Kaufverträgen gleichgestellt. Damit sind aber auch die aus der Beamteneigenschaft sich ergebenden Rechte erschöpft. Insbes. sind sie nicht berechtigt, Auflassungen entgegenzunehmen.

Nachdem sämtliche Versteigerungsordnungen sich über die Frage, wie der Eigentumsübergang auf Grund der von dem Auktionator beurkundeten Protokolle vor sich gehen solle, ausschwiegen, bestimmte eine am 10. Jan. 1840 ergebende „Deklaration über die Besitztitel-Verrichtung auf Grund der Versteigerungsprotokolle der Auktionatoren“, daß „auf Grund von Auszügen aus den Versteigerungsprotokollen der zu Immobilienversteigerungen befugten Auktionatoren, welche unter ihrer Unterschrift und ihrem Siegel erteilt werden“, die Verrichtung des Besitztitels im Grundbuche erfolgen könne.

Diese Bestimmung behielt, als Ostfriesland zugleich mit Hannover im Jahre 1866 an Preußen fiel, noch ihre Gültigkeit bis zum Erlaß des Preussischen Gesetzes über Grundeigentum und Hypothekenrecht v. 5. Mai 1872, in dem bestimmt wurde:

§ 1. Im Falle einer freiwilligen Veräußerung wird das Eigentum an einem Grundstück nur durch die auf Grund einer Auflassung erfolgte Eintragung des Eigentümers im Grundbuche erworben und

§ 2. Die Auflassung eines Grundstücks erfolgt durch die mündlich und gleichzeitig vor dem zuständigen GVN. abzugebenden Erklärungen des eingetragenen Eigentümers, daß er die Eintragung des neuen Erwerbers bewilligt und des letzteren, daß er diese Eintragung beantrage.“

Da für die auf Grund der Versteigerungsprotokolle der beeidigten Auktionatoren vorzunehmenden Eigentumsänderungen in den preussischen Gesetzen nirgends Ausnahmebestimmungen erlassen sind, kann der Vorbehalt des Art. 143 BGB. nicht zur Anwendung kommen und es bedarf in jedem Falle einer Auflassung gemäß § 925 BGB.

staltung der Kosten des Prozesses gesichert wissen, den er voraussichtlich gegen den Bauherrn wegen der Werklohnforderung führen muß. Er sucht deshalb den Erlaß einer einseitigen Verfügung auf Eintragung einer Vormerkung auch zur Sicherung seines Anspruchs auf Bestellung einer Hypothek für die künftige Kostenforderung nach. Im Schrifttum und in der Rechtsprechung überwiegt die Auffassung, daß der Bauunternehmer auf Grund des § 648 BGB. auch eine Sicherung seiner Kostenforderung durch eine Hypothek und damit auch die Eintragung einer Vormerkung verlangen kann (vgl. u. a. Vertmann, Recht der Schuldverhältnisse [1929], § 648 Anm. 5; Beschl. des OLG. Berlin v. 18. Juli 1934, 252 T 18581/34). Die Forderung auf Erstattung der Kosten des künftigen Prozesses wegen der Werklohnforderung soll eine Forderung „aus dem Verträge“ i. S. d. § 648 BGB. sein. Begründet wird diese Auffassung nirgends. Das frühere BayObLG. hat die Kostenforderung dann als „Forderung aus dem Verträge“ angesehen, wenn der Schuldner im Verzuge gewesen ist (Recht 1908 Nr. 3121, 1909 Nr. 459).

Diese Auslegung des § 648 BGB. ist nicht zu billigen. Unrichtig ist daran zunächst, daß zwischen den Kosten des Prozesses auf Bestellung der Hypothek für die Werklohnforderung und auf Bezahlung der Werklohnforderung nicht unterschieden wird. Für die Kosten, die durch einen Prozeß auf Bezahlung der Werklohnforderung entstehen, kann der Bauunternehmer gemäß § 648 BGB. bestimmt nicht die Bestellung einer Hypothek und damit auch nicht die Eintragung einer Vormerkung verlangen. Sonst würde die Kostenforderung u. U. einen besseren Rang erhalten als die Hauptforderung, die als Geldforderung nur durch eine Zwangshypothek gemäß §§ 866, 867 ZPO., also an letzter Stelle gesichert werden kann. Aber auch für die durch Geltendmachung des Anspruchs auf



Bestellung der Hypothek für die Werklohnforderung entstehenden Prozeßkostenforderung hat der Bauherr keine Hypothek zu bestellen. Das soll näher dargelegt werden.

Die gegenseitige Auffassung stützt sich lediglich auf den Wortlaut des § 648 BGB. („Der Unternehmer eines Bauwerkes . . . kann für seine Forderung aus dem Vertrage die Einräumung einer Sicherungshypothek . . . verlangen“). § 1118 BGB., nach dem das Grundstück kraft der Hypothek auch für die Kosten der Befriedigung aus dem Grundstück bezweckenden Rechtsverfolgung haftet, kann ihr nicht zur Stütze dienen, weil der Prozeß auf Bestellung der Bauhypothek nicht die Befriedigung aus dem Grundstück, sondern nur die Sicherung der Forderung bezweckt. Es soll zugegeben werden, daß der Wortlaut des § 648 BGB., der allgemein von Forderungen aus dem Vertrage und nicht, wie etwa die §§ 631, 649 BGB., von der vereinbarten Vergütung handelt, bei einer ersten Betrachtung die Auffassung rechtfertigen kann, der Bauunternehmer könne auch für seine Kostenforderung die Bestellung einer Hypothek verlangen. Wenn man aber näher hinsieht, läßt sich diese Auslegung nicht rechtfertigen.

Ihr widerspricht zunächst der Zweck der Bestimmung. Sie will den Werkunternehmern, die durch Mitwirkung an einem Bau den Grundstückswert aus ihren Mitteln gesteigert haben, für die Forderung auf Vergütung ihrer Leistungen eine Sicherheit geben und verhindern, daß sich andere Gläubiger des Bauherrn durch rechtsgeschäftliche oder im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgende Belastungen des Grundstücks die durch die Werkunternehmer geschaffene Werterhöhung zunutze machen. Dieser Zweck verbietet die hier abgeleitete Auslegung des § 648 BGB. Denn durch den Prozeß gegen den Bauherrn auf Bestellung der Hypothek für die Werklohnforderung wird der Grundstückswert nicht erhöht.

Daß nur für den Hauptanspruch und nicht für die Kostenforderung eine Hypothek zu bestellen ist, ergibt sich auch aus einer Bestimmung des ZwVergStG., die denselben Zweck hat wie § 648 BGB. Nach § 10 Abs. 1 Ziff. 2 ZwVergStG. können die auf einem land- oder forstwirtschaftlichen Grundstück beschäftigten Personen bei einer Versteigerung des Grundstücks wegen ihrer Lohnansprüche für die letzten zwei Jahre an zweiter Stelle vor allen übrigen Gläubigern, insbesondere auch den dinglich berechtigten, Befriedigung aus dem Grundstück verlangen. Die Vorschrift hat denselben Zweck wie § 648 BGB., wenn sie ihn auch mit anderen Mitteln erreicht. Sie will dem, die durch ihre Arbeit den Grundstückswert erhalten und ihn gesteigert haben, ihre Ansprüche sichern. Nach dem ZwVergStG. sind nun aber zweifellos nur die Lohnforderungen selbst gesichert, nicht auch die Ansprüche auf Erstattung der wegen der Lohnforderungen geführten Prozesse (vgl. Jaechel-Gütke, ZwVergStG. [6. Aufl. 1929], § 10 Note 25). Der Grund liegt offensichtlich darin, daß durch den Prozeß um die Lohnansprüche der Grundstückswert nicht erhalten oder gesteigert worden ist. Die Gleichheit des Zwecks des § 648 BGB. und des § 10 Abs. 1 Ziff. 2 ZwVergStG. gebietet es, den Kostenanspruch des Werkunternehmers genau so zu behandeln wie den der im § 10 ZwVergStG. bezeichneten Bediensteten, ihm also nicht die Sicherheit wie dem Hauptanspruch zu geben.

Diese Auffassung rechtfertigt sich noch durch eine andere Überlegung. Wenn sich ein Grundstückszeigener zur Bestellung einer Hypothek rechtsgeschäftlich verpflichtet, so erstreckt sich die Verpflichtung nur auf die Hauptforderung und nicht auch auf die Kosten des Prozesses auf Bestellung der Hypothek. Wenn er also die Hypothek nicht bestellt und kostenpflichtig dazu verurteilt wird, so kann eine Hypothek nur zur Sicherung der Hauptforderung eingetragen werden. So hat das RG. entschieden (RGZ. 90, 172). Für die Kostenforderung kann sich der Gläubiger nur eine Sicherheit durch Eintragung einer Zwangshypothek an letzter Stelle schaffen (§§ 866, 867 ZPO.). Es ist nun nicht einzusehen, weshalb etwas anderes gelten sollte, wenn die Verpflichtung zur Bestellung der Hypothek nicht eine rechtsgeschäftliche, sondern wie im Falle des § 648 BGB. eine gesetzliche ist.

Schließlich wird die hier vertretene Auffassung durch das Gesetz über die Sicherung der Bauforderungen v. 1. Juni 1909 (RGBl. 459 ff.) gerechtfertigt. Der zweite Abschnitt des Gesetzes, der allerdings noch nicht in Kraft getreten ist, steht u. a. von Amts wegen der Eintragung von Bauhypotheken für Bauforderungen vor (§ 27). Was unter einer Bauforderung zu verstehen ist, sagt § 20 des Gesetzes. Er lautet:

„Als Bauforderung gilt nur der Anspruch eines Baugläubigers auf die in Geld vereinbarte Vergütung. Der Anspruch kommt nur insoweit in Betracht, als die Leistung in den Bau verwendet worden ist.“

Dadurch ist eindeutig bestimmt, daß nach dem Gesetz v. 1. Juni 1909 die Kostenforderungen nicht zu den durch die Bauhypotheken zu sichernden Forderungen gehören. Da nun aber nach diesem Gesetz die Rechte der Bauunternehmer nicht etwa geringer, sondern im Gegenteil größer sind als die durch § 648 BGB. geschaffenen, ist der Schluß gerechtfertigt, daß § 648 BGB. dem Bauunternehmer keinen

Anspruch auf Bestellung einer Hypothek für seine Kostenforderung gewähren will.

Der Bauunternehmer hat also keinen Anspruch auf Bestellung einer Hypothek auch für seine Kostenforderung. Er hat nur eine Geldforderung. Mangels eines vormerkbaren Anspruchs kann nicht die Eintragung einer Vormerkung im Wege der einstweiligen Verfügung angeordnet werden. Der Bauunternehmer kann eine Sicherung seiner Kostenforderung als einer Geldforderung nur nach den Vorschriften über den Arrest erlangen (§§ 916 ff. ZPO.). Er muß also insbesondere, anders als bei der Erwirkung einer einstweiligen Verfügung auf Eintragung einer Vormerkung (vgl. § 885 Abs. 1 Satz 2 BGB.), eine Gefährdung seines Kostenanspruchs glaubhaft machen (§§ 917, 920 Abs. 2 ZPO.), und wenn er einen Arrest erwirkt hat, kann nur eine Arrestsicherungshypothek an letzter Stelle eingetragen werden (§ 932 ZPO.).

AGN. Dr. Greifer, Berlin.

## Kulturelle Zusammenarbeit zwischen Deutschland und Polen

Wie JB. 1936, 563 berichtet ist, hat der Vortrag des Reichsjuristenführers, Reichsministers Dr. Frank, in Warschau über Rechtspolitik und Justiz im nationalsozialistischen Deutschland ein außerordentliches Interesse gefunden. Dies erklärt sich vor allem daraus, daß auch Polen vor großen rechtspolitischen Aufgaben steht, Ähnliches, wie das nationalsozialistische Deutschland zu lösen hat.

Am zweiten Tag seines Aufenthaltes in Warschau wohnte Reichsminister Dr. Frank auf Einladung des Präsidenten des Polnischen Obergerichts einer Verhandlung dieses Gerichts bei und erhielt auch bei dieser Gelegenheit einen interessanten Einblick in die gerichtliche Verfassung und Rechtsprechung des Landes. Von hier aus fuhr der Reichsjuristenführer nach Krakau, besuchte den Wawel und legte am Sarge des Marschalls Piłsudski einen Kranz nieder. Beim Verlassen Polens sandte Reichsminister Dr. Frank als Dank für die herzliche Aufnahme und Gastfreundschaft in Polen an den polnischen Justizminister Michałowski ein Telegramm, welches dieser ebenso freundlich erwiderte.

Im Zeichen der kulturellen Zusammenarbeit zwischen Deutschland und Polen stand auch die auf Einladung des NSDAP. durchgeführte Deutschlandreise einer Gruppe von 80 polnischen Jungjuristen. Diese Reise fand ihren Abschluß in Berlin, wo die Teilnehmer vom Reichsgeschäftsführer des NSDAP., Dr. Heuber, auf einem Kameradschaftsabend im Hause der Deutschen Rechtsfront begrüßt wurden. Am zweiten Tage ihres Berliner Aufenthaltes wurden die polnischen Gäste in den Räumen der Akademie für Deutsches Recht empfangen.

Hier begrüßte Reichsminister Dr. Frank die Juristen Polens im Namen des deutschen Rechtswahrerturns und des deutschen Rechtslebens in dem geschichtlichen Bewußtsein, daß auch im Recht die Gemeinschaftsarbeit die einzig denkbare Form der Entwicklung darstellt. Die junge Generation des Rechtsdienstes wolle, so erklärte der Reichsjuristenführer, sich die Hand reichen in der Ausnahmefreundigkeit und Fähigkeit, große europäische Ideen überall da zu verwirklichen, wo die Belange des eigenen Volkes es erforderten. In jedem Unrecht liege der Keim des kommenden Sieges des Rechts. Man könne Völkern ebensowenig auf die Dauer Unrecht tun wie dem Einzelnen. Völker trügen Hunderte von Jahren die Sehnsucht nach dem Recht in sich, das ihnen für das einmal erlittene Unrecht zuteil werden müsse. Die Geschichte Polens sei ein unwiderlegbarer Beweis für die siegreiche Kraft der Treue zum Rechtsgedanken eines Volkes. Auch der Nationalsozialismus sei der Ausdruck der Rechtssehnsucht des deutschen Volkes, eines Volkes, das kraft seiner Kulturleistungen einen ersten Platz in der Welt beanspruchten könne und dem man so oft schon im Wege der Gewaltanwendung diesen Platz bestritten habe.

Im weiteren Verlauf seiner Rede sprach Reichsminister Dr. Frank die Hoffnung aus, daß aus dem Gleichklang der geschichtlichen Erlebnisse, des polnischen Kampfes um die Freiheit des polnischen Volkes und des deutschen Ringens um die friedliche Durchsetzung des Lebensrechtes unseres Volkes, eine immer stärker werdende gleichklingende Grundmelodie des Rechtsdenkens entstehen möge. Was Marschall Piłsudski und Adolf Hitler durch ihre weltgeschichtliche Leistung des Aufbaues einer Gemeinschaftshaltung unserer Völker im Lebensraum Europa begründet hätten, wollten wir als Juristen auf unserem Gebiet gleichfalls verwirklichen.

Abschließend hat der Minister die polnischen Gäste, ihren Kameraden die Grüße der deutschen Rechtswahrer zu übermitteln, und betonte, daß sie in Deutschland stets willkommen sein würden.

Sodann hielt Staatsanwalt Gozalkowski, ein Mitglied



der polnischen Abordnung, in deutscher Sprache einen Vortrag über „Die neue polnische Verfassung“, in dem er besonders das Verhältnis des Einzelnen zur Gemeinschaft beleuchtete und die der deutschen und polnischen Auffassung gleichen Gesichtspunkte hervorhob.

Der Reichsinspekteur des BNSD, Dr. Raefe, sagte in seinem Dankwort an den polnischen Vortragenden, daß seine Ausführungen über die negative und positive Freiheit sowie über den Begriff „Gemeinnutz geht vor Eigennutz“ den deutschen Zuhörern aus dem Herzen gesprochen seien.

Nach dem Empfang durch Reichsminister Dr. Frank äußerte sich der Vizepräsident des Großen Rates des Verbandes der Jungjuristen Polens und Leiter seiner Auslandsabteilung, Referendar Dobersti (Warschau), als Führer der polnischen Abordnung zu Pressevertretern über seine Reiseindrücke. Er sprach sich höchst begeistert aus über die verschiedenen Abschnitte der mehrtägigen Reise — Dresden, München, Garmisch-Partenkirchen und Berlin — und hob vor allem die aufmerksame Betreuung durch die Reichsgruppe Jungjuristen des BNSD hervor. Seine Kameraden seien mit hochgespannten Erwartungen nach Deutschland gereist und hier nicht enttäuscht worden, sondern nähmen trotz der Kürze der Zeit angenehme und wertvollste Erinnerungen mit in ihre Heimat.

Nach dem eigentlichen Zweck seines Besuches befragt, erklärte Vizepräsident Dobersti, daß die Zusammenarbeit zwischen den Jungjuristen, insbesondere denen Deutschlands und Polens, eine Notwendigkeit sei, da beide Länder aneinander grenzen. Eine Ver-

ständigung der Juristen sei eine Voraussetzung für die Verständigung der Völker. Denn gerade die Juristen seien in erster Linie dazu berufen, Mißverständnisse und falsche Auslegungen zu beseitigen. „Die Jungjuristen Deutschlands und Polens“, so erklärte Dobersti, „können stolz darauf sein, daß ihnen die Rolle zufällt, einen Teil der Ziele zu verwirklichen, die der große Führer des deutschen Volkes Adolf Hitler und der Erneuerer des polnischen Staates Marschall Piłsudski ihren Nationen gesteckt haben.“

Als Antwort auf die Frage nach seinen Eindrücken von der Organisation des Rechtslebens in Deutschland erklärte der Führer der polnischen Jungjuristen u. a., daß die Akademie für Deutsches Recht seines Wissens die einzige Einrichtung dieser Art in der ganzen Welt sei. Eine solche Institution sei geradezu eine Notwendigkeit in jedem Staate, der sich ernsthaft mit der Neugestaltung seiner Rechtsformen beschäftige.

An dem Wirken der Akademie für Deutsches Recht wie überhaupt an der gesamten deutschen Rechtsstruktur erkenne man die feste und zielbewusste Tatkraft, mit der an der Reorganisation des deutschen Rechtslebens gearbeitet werde.

Auch nach der Überzeugung der Polen haben die jungen Juristen aller Kulturnationen eine gemeinsame Aufgabe in der Entwicklung des Rechts und der Verständigung der Völker auf der Grundlage nationaler Achtung und Würde. Diese Ansicht fand ihren berechneten Ausdruck in einer an die deutschen Jungjuristen gerichteten Einladung nach Polen. Dieser Besuch soll im Herbst dieses Jahres stattfinden.

## Aus dem BNSD und der Deutschen Rechtsfront

### Der Notar im Dritten Reich

Reichsminister Dr. Frank  
auf der Arbeitstagung der Reichsgruppe Notare

Auf Anordnung des Reichsjuristenführers, Reichsminister Dr. Frank, hatte sich im Hause der Deutschen Rechtsfront der Reichsgruppenrat der Reichsgruppe Notare des NS-Juristenbundes zu einer Arbeitstagung versammelt, auf der Reichsminister Dr. Frank in grundlegender Stellungnahme die nationalsozialistische Auffassung von dem Wesen des Notarberufs bekanntgab. Als Vertreter des dienstlich verhinderten Reichsministers der Justiz, Dr. Gürtner, nahm Staatssekretär Dr. Schlegelberger an der Tagung teil. Ferner waren der Reichsinspekteur des NS-Juristenbundes, Reichsamtseiler Dr. Raefe, der Reichsgeschäftsführer, Reichsamtseiler Dr. Heuber, der Chef des Ministeramts Dr. Frank, Oberstaatsanwalt Dr. Bühler, der Präsident der Reichsrechtsanwaltskammer Dr. Neubert und Vertreter des Reichsfinanz- und Reichswirtschaftsministeriums anwesend.

Nach einleitenden Worten des Reichsgruppenleiters Notare, Notar Wolpers, betonte der Reichsjuristenführer zunächst die Unmöglichkeit, in der Gegenwart Einzelinteressen irgendeiner Berufsgruppe zu verfolgen. Jede Maßnahme könne nur unter dem Gesichtswinkel ihrer Notwendigkeit für das Gemeinwohl betrachtet werden. Der Notar sei der Treuhänder des Vertrauens des Bürgers des Volkes in dem Staat; ohne den Notar sei ein reibungsloses Funktionieren einer sozialen, staatlichen, völkischen Gemeinschaft nicht denkbar. Als Treuhänder dieses Vertrauens des Staates sei der Notar eine der eminentesten Figuren des Stabilisationsmoments, das in dem Staat an sich liege. Ein Staat ohne Notar wäre eine reine Gewaltseinrichtung genau so, wie eine Rechtssicherheit ohne Rechtsordnung.

Im weiteren Verlauf seiner Ansprache stellte Reichsminister Dr. Frank vier Leitsätze auf, die die Auffassung des Nationalsozialismus von dem Beruf und der Stellung des Notars darlegen.

1. Unbedingte Erhaltung des unabhängigen, freiberuflichen Notars als Vertrauensinstrument zwischen Volk und Staat, darin liegend jede Bekämpfung einer weiteren Verbeamtung und einer weiteren Abhängigkeitssteigerung des Notars.
2. Die Ausgestaltung des Notariats mit möglichst anschließender Urkundszuständigkeit auch gegenüber Verwaltungsbehörden, die in eigener Sache tätig werden.
3. Ausbau der Selbstverwaltung der Notare durch Kammern und eigene Ehrengerichtbarkeit.
4. Der Kampf gegen weitere Beeinträchtigungen des Arbeitsgebietes der Notare im Interesse der Rechtspflege und zur Beseitigung der ungünstigen Wirtschaftslage der Notare.

Als Vertreter des Reichsjustizministeriums erklärte Staatssekretär Dr. Schlegelberger, daß ein sich so klar zum Recht bekennender Staat, wie das nationalsozialistische Deutschland, einen Notar nicht ent-

behren kann. Es sei erforderlich, den Notar so fest zu verankern, daß das Volk mit ihm als einem festen, starken Bestandteil der Rechtsordnung rechnen dürfe. In Übereinstimmung mit dem Reichsjuristenführer halte es das Reichsjustizministerium für eine sehr wichtige und vordringliche Aufgabe, die Zuständigkeitsgrenze für die Tätigkeit des Notars richtig zu finden. Als weitere Aufgabe unterrichtete Staatssekretär Dr. Schlegelberger die Notwendigkeit, die Pflichten des Notars gegenüber der Allgemeinheit so stark und so klar herauszustellen, daß sich als Spiegelbild dieser Pflichten auch ein dem Amt des Notars entsprechender Rechtskreis ergäbe.

### Mitgliedschaft im Gau Ausland des BNSD.

Bzüglich der Mitgliedschaft im Gau Ausland des BNSD ist unter dem 7. Febr. 1936 eine Anordnung ergangen, die im „Mitteilungsblatt“, Ausgabe Februar 1936, veröffentlicht ist.

Dem Gau Ausland des BNSD gehören — unter der Voraussetzung, daß die sachungsmäßigen Vorbedingungen der Bundesmitgliedschaft erfüllt sind — die nachstehend bezeichneten Personengruppen an:

1. die ständig im Ausland lebenden Bundesmitglieder einschließlich derjenigen Rechtswahrer, die bei den ausländischen Missionen des Deutschen Reiches tätig sind;
2. die innerhalb des Deutschen Reiches im Auslandsdienst, insbesondere im Auswärtigen Amt tätigen Rechtswahrer;
3. die innerhalb des Deutschen Reiches bei der Auslandsorganisation der NSDAP tätigen Rechtswahrer;
4. diejenigen deutschstämmigen Rechtswahrer ausländischer Staatsangehörigkeit, die ihren ständigen Wohnsitz nicht im Lande ihrer Staatszugehörigkeit, sondern in einem anderen außerdeutschen Lande haben.

In den weiteren Bestimmungen sind die Überweisungen der Bundesmitglieder von Reichsgauen an den Gau Ausland, die Ehrengerichtbarkeit für die Mitglieder des Gau's Ausland und die Zahlungen der Mitgliedsbeiträge geregelt.

### Unkostenbeitrag „Deutscher Juristentag 1936“

Gemäß Anordnung des Reichsjuristenführers des BNSD und der Deutschen Rechtsfront v. 11. Febr. 1936 (veröffentlicht im „Mitteilungsblatt“ S. 25) wird zur Deckung der für die Ausgestaltung des Deutschen Juristentages entstehenden Kosten von sämtlichen Mitgliedern des BNSD ein einmaliger Unkostenbeitrag von 4 RM als Grundbeitrag erhoben, der entsprechend den bestehenden Ermäßigungsstufen für den Bundesbeitrag auf 3, 2 und 1 RM herabgesetzt ist.

Mit der Einziehung des Unkostenbeitrages sind die Ortsgruppenobmänner beauftragt.



# Schrifttum

**Die nationalsozialistische Revolution 1933.** Dokumente der Deutschen Politik, Bd. I. Bearbeitet von Dr. Ugel Friedrichs. Berlin 1935. Junker und Dünhaupt Verlag. 355 S. Preis geb. 12 RM.

Wie das Geleitwort des Herausgebers feststellt, ist dieses Buch der Anfang eines fortlaufenden Dokumentenwerkes der Deutschen Hochschule für Politik zur Geschichte des Dritten Reiches.

Das hier begonnene Quellenwerk will diejenigen Dokumente sammeln, aus denen die entscheidenden Etappen des Aufbaues des Dritten Reiches erkennbar sind. Deshalb soll hier all das zusammengestellt werden, was Politikern, Forschern, wie auch Dienststellen politischer Organisationen als Material in ihrer täglichen Arbeit dienen kann. Darüber hinaus haben es sich die Mitarbeiter des Quellenwerkes zum Ziel gesetzt, möglichst viele Volksgenossen an der durch die nationalsozialistische Revolution in Gang gebrachten Wiedergeburt des deutschen Volkes teilnehmen zu lassen.

An der deutschen Hochschule für Politik wird künftig alljährlich ein neuer Band bearbeitet werden, der die „Dokumente“ des vorhergehenden Jahres enthält. Der historische Aufbau des Dritten Reiches wird in diesen Jahrbüchern durch die Wiedergabe von Gesetzen und Staatsverträgen, Reden und Rundgebungen des Führers und seiner Mitarbeiter festgehalten.

In eindringlicher Lebendigkeit spricht der vorliegende erste Band zu uns:

Die Ereignisse des Jahres 1933 ziehen wieder an uns vorüber. Damals wiesen die Rundgebungen der NSDAP. in eine bessere deutsche Zukunft, heute stehen wir mitten in der Verwirklichung der damals ausgesprochenen Gedanken, Pläne und vor allem des Parteiprogramms selbst, das Stück für Stück realisiert wird. Vieles, was damals für absehbare Zeiträume noch nicht durchführbar erschien, ist heute schon selbstverständliche Wirklichkeit geworden.

Der erste Band beginnt mit der Eroberung der Macht durch den Nationalsozialismus. Vor uns ersehen wieder der Tag von Potsdam, die denkwürdige Reichstagsitzung in der Kroll-Oper.

Jeder Volksgenosse, der dieses Buch zur Hand nimmt, wird mit größter Spannung die Schilderung der einzelnen Phasen des Zusammenbruchs des Parteienstaates verfolgen.

Die großen Friedensreden des Führers, die die außenpolitische Lage und Zielsetzung des Neuen Reiches im Jahre 1933 schildern, nehmen jetzt unser Interesse in Anspruch; im folgenden Abschnitt ist dann der Kampf um den deutschen Arbeiter wiedergegeben.

Der Hauptteil des ersten Bandes hat den Titel: „Der Neubau von Staat, Wirtschaft, Kultur und Recht.“ Hier finden wir die wichtigen Gesetze und Reden im Wortlaut abgedruckt; besonders sei auf den Abdruck des ReichshofG. v. 29. Sept. und des Schriftleitergesetzes v. 4. Okt. als die bahnbrechenden Neuschöpfungen der nationalsozialistischen Gesetzgebung hingewiesen.

Unter dem Untertitel „Neubildung des Rechts“ wird das Schreiben des Führers v. 30. Mai 1933 an den Führer der deutschen Juristen, Dr. Frank, veröffentlicht, das die bereits erteilten Vollmachten des Reichsjuristenführers vollinhaltlich bestätigte. Hier ist auch die Rede Dr. Franks bei der Gründungsfeier der Deutschen Rechtsfront in Hamburg am 1. Juli 1933 aufgezeichnet. Den Höhepunkt des Jahres 1933 in rechtspolitischer Hinsicht bilden die Ausführungen Dr. Franks auf dem Deutschen Juristentag in Leipzig, die in gekürzter Form wiedergegeben worden sind.

Eine Inhaltsübersicht und Zeitafel zeigen dem Rechtswahrer wichtige Abschnitte der rechtspolitischen Entwicklung, wie z. B. die „Ernennung von Dr. Frank zum Reichsjustizkommissar“ u. a.

Ein bibliographischer Anhang bildet mit einem ausführlichen Sach- und Namensregister den Abschluß des 1. Bandes.

Dr. 3.

**Werner Weber, Berlin, und Franz Weacker, Kiel: Eigentum und Enteignung.** (Der deutsche Staat der Gegenwart, Heft 19.) Hamburg 1935. Hanseatische Verlagsanstalt. 68 S. Preis brosch. 2 RM.

Wer sich aus der Kampfzeit der nationalsozialistischen Bewegung

her an die verlogenen Auslegungen erinnert, die hinsichtlich der Enteignungsfrage der Punkt 17 des Parteiprogramms der NSDAP. seitens politischer Gegner erfuhr, und beobachtet hat, wie bis heute die Nachwirkungen dieser verleumderischen Zehe sich bis weit in juristische Fachkreise hinein erhalten haben, wird die vorliegende knappe Schrift dankbar begrüßen, da sie geeignet ist, über die wesentlichsten Eigentums- und Enteignungsprobleme sowie über die bisherige gesetzgeberische Entwicklung einen Überblick und Klarheit zu verschaffen. Im Vorwort haben die beiden Verf. ihren Ausführungen die Leitfäden vorangestellt, die auf einer Arbeitstagung der Reichsfachgruppe Hochschullehrer des NSDAP. im Sommer 1935 als Ergebnis der gemeinsamen Beratungen zusammengefaßt wurden.

Im ersten Teil der vorl. Schrift schildert Prof. Weber, Berlin, den „Weg zum neuen Enteignungsrecht“ und verweist zu Beginn seiner Studie darauf, daß die Gesetzgebung des nationalsozialistischen Reiches es nicht unternommen hat, die Frage der Eigentumsgarantie mit einem Schlage aufzuzrollen und sofort einer neuen Gesamtlösung zuzuführen. Verf. beantwortet die Frage, welche Lösungen der Gesetzgeber seit 1933 hinsichtlich der Eigentumsgestaltung und Enteignungsfrage gesucht hat und zu welchem Gesamtplan er dabei geblieben ist, an Hand des vorl. nationalsozialistischen Gesetzgebungswerks. 69 nach dem 24. März 1933 erlassene Gesetze und wichtigere Verordnungen unterzieht Weber einer kritischen Prüfung insbes. unter dem Gesichtspunkt der Enteignungsentschädigung. In Übereinstimmung mit den erwähnten Leitfäden, aber in scharfem Gegensatz zu der Auffassung Rosenbergers (Zeitschr. d. N. f. D. Recht 1935, Heft 9, S. 654) und Schmid-Ernsthauens (Zeitschr. d. N. f. D. Recht 1935, Heft 9, S. 657 ff.), vertritt der Verf. die Ansicht, daß die in Art. 153 WRV. verwendeten und vorausgesetzten Begriffe einschließlich des „posthumen“ Fortwirkens (S. 10) der von der Nspr. entwickelten Auslegung dieses Weimarer Grundrechtsartikels für die Gestaltung eines in der neuen völkischen Lebensordnung wurzelnden Enteignungsrechts unverwendbar sind. Daß das nationalsozialistische Recht nicht bei der bloßen Beseitigung der liberalistischen Eigentumsgarantien Halt macht, sondern bereits starke Anstöße zeigt, „durch besondere Vorkehrungen das Eigen des Volksgenossen zu wahren und Erschütterungen seiner Gliedstellungen in der volksgenössischen Ordnung zu verhüten“ (S. 14), beweist die vom Verf. in ein (nach bestimmten Gesichtspunkten geordnetes) System gebrachte Sichtung und Prüfung der bisherigen Gesetzgebung. Eine übersichtliche Tabelle dieser Enteignungsgesetzgebung seit 1933 mit ihren veränderten Möglichkeiten und Kantelen sowie der Angabe der im Entschädigungsrecht letztlich entscheidenden Instanz vervollständigt das Bild des knapp gehaltenen Berichts und trägt wesentlich zum Verständnis und Überblick der Ausführungen des Verf. bei. Nach der Erörterung der Fälle der Anerkennung einer unbedingten Entschädigungspflicht geht der Verf. zum Problem der beschränkten Entschädigungspflicht und Billigkeitszuwendung über, um dann mit der Darstellung des Enteignungsverfahrens und der Rechtswegklausel und einer Gesamtwürdigung seinen Bericht zu beenden.

Im zweiten Hauptteil der vorl. Schrift nimmt Weacker, Kiel, zum Problem Eigentum und Enteignung Stellung und unternimmt den Versuch einer „Neufassung der Grundfragen“, die für die staatliche oder ständische Eigentumseinwirkung im Rahmen der völkischen Eigentumsordnung wesentlich sind. Um den Neuaufbau einheitlicher Grundsätze hinsichtlich der Enteignungsfragen in einer völkischen Güterverfassung in seiner ganzen Bedeutung ermessen zu können, gibt der Verf. in wenigen, der Kürze der Schrift angepaßten Abschnitten einen Überblick über die geschichtliche Entwicklung, die das Enteignungsrecht im Polizeistaat und in der Zeit des klassischen Liberalismus durchlaufen hat. Der eigentümliche Gegensatz zwischen der grundgesetzlichen Garantie, die die formale Demokratie gegen Enteignung durch Verwaltungsakte geschaffen hatte und dem zu jeder Zeit und in jedem Umfang zulässigen und entschädigungsreichen Gesetzesergriff (z. B. Art. 9 PrVerf. von 1850, Art. 153 II WRV.) wird vom Verf. klar herausgearbeitet. Die unter reicher Literaturverwertung anschließende Schilderung des Zerfalls der klassischen Enteignungsgrundsätze, die im Laufe des 19. Jahrhundert „in alle kontinentalen Verfassungen eingegangen“ sind (S. 44), leitet über zum „Versuch der Neufassung“ einheitlicher Gesichtspunkte einer völkischen Enteignungslehre. In diesen Punkten kann hier auf Weacker, „Wandlungen der Eigentumsverfassung“ (vgl. Bepr. JW. 1935, 2124 ff.) verwiesen werden; so, wenn er darlegt, daß „die Zuweisung und Anerkennung des Eigens an einen Genossen und seine Familie auf der gliedmäßigen Einordnung des



Eigners in die Gemeinschaft oder in einen konkreten Stand der Gemeinschaft beruht" (S. 50). Mein sprachlich schlägt der Verf. die Ausdrücke „Eigener“ und „Eigner“ für die Sachzugehörigkeit im neuen Sinn vor, während die Bezeichnungen „Eigentum“ und „Eigentümer“ für die Kennzeichnung des bisherigen formalen Begriffs beibehalten werden sollen (S. 52). Bezüglich der Folgerungen des neuen Sinngehalts des „Eigens“ für die Enteignung kommt Wieacker zu dem Ergebnis, daß für die zukünftige Fragestellung nicht mehr der Übergangsvorgang maßgebend ist, sondern die „Art der Einwirkung auf die gliedchaftliche Einordnung des Volks- und Berufsgenossen, in der seine Existenz und der Sinn seiner Sachgüter erst begründet sind“ (S. 56 ff.). Den innerständischen Einwirkungen stellt der Verf. die gesamtvolklichen Einwirkungen gegenüber. Für beide seien die Grundsätze des Art. 153 WVB. nicht mehr anwendbar, sondern an ihre Stelle neue Gesichtspunkte getreten, die der Verf. in wenigen Thesen zusammenfaßt (S. 65). Eine gedrängte Übersicht über die Arten des Verfahrens für Ausgleichsansprüche rundet das Bild über die Grundsätze des neuen Enteignungsrechts ab, das Wieacker mit seinem Bericht vermitteln will. Nach der bisherigen Gesetzgebung glaubt der Verf. aus der Neigung des Gesetzgebers entnehmen zu können, „innerständische Ausgleichsaufgaben den innerständischen Schiedsgerichten, dagegen die Ausgleichung für gesamtvolkliche Inanspruchnahme überständischen Spruchstellen zu überweisen, in denen neben der entscheidenden Instanzbehörde auch die beteiligten berufsständischen Organisationen mitwirken“ (S. 68).

Zusammengefaßt: Die vorl. Schrift ist jedem zu empfehlen, der einen bei gedrängter Formulierung doch alles Wesentliche berücksichtigenden Überblick über die Enteignungsprobleme im neuen nationalsozialistischen Recht sich verschaffen will.

Herbert Wißmann, Göttingen.

**Dr. Roger Diener: Staatsauffassung und Staatsverbrechen.** (Deutsche Rechtsbücherei, Herausgeber Dr. Hans Frank.) Berlin 1935. Deutsche Rechts- und Wirtschaftswissenschaften Verlags-GmbH. 77 S. Preis geb. 2,40 RM.

Die Problemstellung der Abhandlung ergibt sich aus dem Umbruch des staatlichen und politischen Lebens, der uns die Aufgabe einer wissenschaftlichen Vorbearbeitung der neuen Rechtsgestaltung stellt. Nach den einleitenden Ausführungen des Verf. ist davon vor allem die rechtliche Regelung der Staatsverbrechen betroffen, da „Staatsauffassung und Gestaltung der Staatsverbrechen naturnotwendig besonders eng miteinander verknüpft“ sind.

Das Thema ist hier von einem neuzeitlichen Blickpunkt aus angepackt worden, wobei von einer rechtsvergleichenden Darstellung der Staatsverbrechen im Sowjetstrafrecht und im RStGB. ausgegangen wurde.

Der Verf. hebt hervor, daß es an einer für unsere Zeit brauchbaren rechtsgeschichtlichen Untersuchung der Staatsverbrechen noch völlig fehle; dies erklärt sich daraus, daß das zu bearbeitende Problem „überhaupt erst auftauchen konnte, seit im bolschewistischen Rußland, im faschistischen Italien und nunmehr im nationalsozialistischen Deutschland völlig neue Staatsformen in Erscheinung getreten sind“.

Nach der Meinung des Verf. ist das italienische Staatsgesetz von 1930 für eine Rechtsvergleichung in diesem Rahmen nicht so sehr geeignet, da es „kein grundsätzlich neues System der Staatsverbrechen“ bietet. Demgegenüber repräsentiere allein das Sowjetstrafrecht ein für die Rechtsvergleichung geeignetes neuartiges System der Staatsverbrechen.

Uns interessiert hier die Feststellung, wonach in Sowjetrußland „Staat und Recht einzig und allein Machtmittel des herrschenden Systems zur Durchsetzung seiner weltanschaulich-politischen Ziele“ seien. Das Wesen der Staatsverbrechen ist hier in der gegnerischen politischen Gefinnung zu erblicken und wird besonders durch den Gedanken des Klassenkampfes und der bewußten und gewollten Klassenjustiz charakterisiert.

Im folgenden setzt sich Verf. mit dem Entwurf Krylenko auseinander, der in deutscher Übersetzung der Arbeit als Anhang beigefügt ist.

Der Vergleich zwischen dem Sowjetstrafrecht und dem RStGB. ist nach einer doppelten Hinsicht hochbedeutend:

„Der Gegensatz zwischen der Auffassung vom Staat als Machtorganisation oder als Gemeinschaft muß für uns im nationalsozialistischen Staat von grundlegender Bedeutung werden. Organisation ist eine mechanische und äußerliche Zusammenfassung von Individuen, eine Gemeinschaft dagegen ein inneres Zusammengehören von Menschen auf Grund gemeinsamer geistiger Erlebnisse.“ Hier tritt der Mangel des RStGB. zutage, denn es kennt den Staat nicht als Gemeinschaft; der Bolschewismus „baut zwar auf der Idee der Klassenolidarität auf“, kann ihr aber nicht mehr als rein wirtschaftliche Inhalte geben

und arbeitet im übrigen mit dem alten Begriff des Staates als Machtorganisation weiter.

Zu greller Beleuchtung zeigt dieser Vergleich ferner die liberalistische Ausprägung des Staatsgedankens, der dem RStGB. zugrunde liegt.

Der zweite Teil der Arbeit hat die rechtspolitische Neugestaltung in Deutschland zum Gegenstand.

Die Ausführungen des Verf. hierzu lassen erkennen, daß eine starre und endgültige Formgebung für das nationalsozialistische Rechtswollen nicht erreicht ist und auch nicht gesucht wird; die nationalsozialistische Gesetzgebung hat sich zunächst vielmehr mit einer Reihe einzelner Bestimmungen begnügt.

Um so lebhafter ist aber die geistige Vorbereitung und Auflockerung der nationalsozialistischen Staatsproblematik im Gange.

Dies wird auch an den vom Verf. zitierten neuen Formulierungen ersichtlich, die das nationalsozialistische Denken aus der art-eigenen Gemeinschaft heraus geschaffen hat und weiterzubilden bestrebt ist. So weist Diener besonders auf die Darlegungen des Reichsjuristenführers, Dr. Hans Frank, zu diesen Fragen im „NS-Handbuch für Recht und Gesetzgebung“ hin, in denen der nationalsozialistische Rechtspolitiker die Substanzwerte der Nation zugrunde gelegt werden.

Aus dem Gedanken der Volksgemeinschaft heraus wird das politische Verbrechen als Verrat am Volk angesehen und gewertet; damit wird mit dem liberalen System der Staatsverbrechen endgültig aufgeräumt.

Aufgabe der Zukunft sei es, die gesamte strafrechtliche Dogmatik neu zu erarbeiten; je stärker die Volksgemeinschaft, um so mehr werde jede innere Voraussetzung für politische Verbrechen aufhören, besonders dann, „wenn alle Volksgenossen sich innerlich und ehrlich in diese Gemeinschaft eingliedern“.

Die Abhandlung vermittelt eine Fülle von Anregungen und kann trotz der Gedrängtheit der Darstellung in ihrem zweiten Teil ein reges Interesse für sich beanspruchen.

Dr. J.

**Dr. Karl Juchs: Germanische und englische Selbstverwaltung.** (Deutsche Rechtsbücherei, Herausgeber RMin. Dr. Hans Frank.) Berlin 1936. Deutsche Rechts- und Wirtschaftswissenschaften Verlags-GmbH. 61 S. Preis geb. 2,40 RM.

Die Reichsjachgruppe „Verwaltungsjuristen“ im BNSD. hatte im vergangenen Jahr auf Anregung des Oberbürgermeisters Dr. Marquardt eine Preisaufgabe „Germanische und englische Selbstverwaltung“ ausgeschrieben, „um dem Ideenwettbewerb, der sich um den Selbstverwaltungsbegriff entsponnen hatte, eine historisch-wissenschaftliche Grundlage zu geben“ (so Dr. Marquardt im Vorwort des Buches). Dem Verf. des hier angezeigten Buches ist der Preis zuerkannt worden.

In den Ausführungen des Verf. wird nur die Selbstverwaltung im kommunalen Bereich, die sog. kommunale Selbstverwaltung, behandelt. Ihr spürt der Verf. in den verschiedenen Erscheinungsformen nach, die sie in England und in Kontinental-Europa, besonders in Deutschland, gehabt hat. Der Verf. verfolgt in knappen Ausführungen den geschichtlichen Entwicklungsgang der kommunalen Selbstverwaltung und wendet sich dann schließlich der Gegenwart, der Selbstverwaltung im Dritten Reich, zu. Das Ergebnis seiner rechtsvergleichenden und rechtsgeschichtlichen Betrachtungen stellt der Verf. gleich an den Anfang seiner Untersuchung: Selbstverwaltung ist „ein politischer und darum zeitgebundener und nicht starrer Begriff. Wenn dem Begriff der Selbstverwaltung auch das eine oder andere Moment wesentlich immer innewohnt, so kann er doch nur aus der jeweiligen politischen Situation erfaßt werden, deren Ausdruck er ist“ (S. 11). Im Sinne seiner Arbeit und als Begriff der Selbstverwaltung unserer unmittelbaren deutschen Gegenwart bezeichnet er die „Verwaltung der Angelegenheiten öffentlicher Gemeinwesen (Kommunen) durch die (ehrenamtliche) Mitarbeit der Staatsbürger“ (a. a. D.). Er führt aus (S. 38 ff.), daß der nationalsozialistische Staat „einen neuen Typus von Selbstverwaltung“ geschaffen habe, der sich in Anlehnung an das grundlegende Führerprinzip des Dritten Reiches ergeben habe. „Die neue nationalsozialistische Lehre sieht schon in der Mitwirkung der Bürgerchaft bei der Willensbildung, im Mitberatungsrecht, ein Grundelement der Selbstverwaltung“ (S. 39). „In der Überlassung nur noch beratender Tätigkeit an die Gemeindevertretungen wird darum zu Unrecht ein besonderes Kennzeichen für die Beseitigung der Selbstverwaltung gesehen“ (S. 40). Der vom Verf. entwickelte „neue Typus von Selbstverwaltung“ ist also frei von den bekannten demokratischen Requiraten des überkommenen Selbstverwaltungsbegriffs der Wahlen, Abstimmungen usw. Bemerkenswert ist die vom Verf. vorgenommene Klarstellung des Führerprinzips. Mit Recht sagt er hierüber, es sei „ein reaktionäres Mißverständnis, die Gefolgschaft im bloßen Gehorsam gegen das Kommando oder in der bloßen Zustimmung erschöpft



zu glauben" (S. 38). Hierzu darf an ein Wort von St. Sekr. Dr. Lamers erinnert werden, der es als „selbstverständlich“ bezeichnet hat, daß — etwa in der D. Gem. D. — „neben das Führerprinzip das Beratungsprinzip getreten ist“ und „daß das System unseres neuen Aufbaues nur dann ordnungsmäßig funktionieren kann, wenn von der Beratung durch die neu geschaffenen Organe auch in der Tat weitgehend Gebrauch gemacht wird“ (Beamt. Jahrb. 1935, 681/2).

Die Ausführungen des Verf. sind in leichtverständlicher Form geschrieben und vermitteln dem Leser einen anschaulichen Überblick über viele gegenwartsnahe Probleme. Diese Anerkennung des Buches muß jedoch leider pflichtgemäß eine Einschränkung erfahren, wenn man die Schrift unter dem Gesichtspunkt der wissenschaftlichen Wertbarkeit betrachtet. Carl Schmitt (Verfassungslehre, Vorwort S. VIII) hat zutreffend bemerkt, daß „in einer wissenschaftlichen Auseinandersetzung unerkäuflich sind“. Es ist zu bedauern, daß sich der Verf., der in einer lebendigen und leicht faßlichen Art sein Thema behandelt hat, so stark von wissenschaftlichen Auseinandersetzungen fernhält. Vor allem hätte er dem grundlegenden Begriff der Selbstverwaltung, um dessen wissenschaftliche Klarstellung sich fast eine ganze Spezialliteratur bemüht hat (vgl. die Behandlung dieses Themas bei Peters, Grenzen der kommunalen Selbstverwaltung in Preußen S. 5 ff.), mehr als geschehen seine kritische Aufmerksamkeit widmen sollen. Bei einer Neuauflage des Buches wäre zu wünschen, daß der Verf. alsdann seinem Werk auch ein Verzeichnis des verwerteten Schrifttums beifügt.

R. A. Reuß, Berlin.

**Die Gesetzgebung des Kabinetts Hitler.** Die Gesetze in Reich und Preußen seit dem 30. Januar 1933 in systematischer Ordnung mit Sachverzeichnis. Heft 16 (16. November bis 31. Dezember 1935), Heft 17 (Gesamtverzeichnisse der Veröffentlichungen 1933 bis 1935). Herausgegeben von Min. Dr. W. Hoche. Berlin 1936. Verlag Franz Vahlen. Heft 16 488 S. Preis kart. 4,65 *R.M.*, geb. 5,40 *R.M.*; Heft 17 280 S. Preis kart. 3,30 *R.M.*, geb. 4 *R.M.*

Mit dem 16. Heft der bewährten Hochedschen Sammlung wird das 3. Jahr der nationalsozialistischen Gesetzgebung zum Abschluß gebracht. Durch das systematische zu einzelnen Rechtsgebieten zusammengefaßte Verzeichnis der Veröffentlichungen in den Heften 12—16 wird ein schnelles Finden der gesuchten Gesetze und Verordnungen nebst Begründungen aus dem Jahr 1935 gewährleistet.

Heft 17 bringt das Gesamtregister für die Jahre 1933—1935. Dadurch wird die Benutzung der bisher erschienenen 16 Hefte wesentlich erleichtert. Das Register enthält in seinem 1. Teile ein nach Sachgebieten geordnetes Gesamtverzeichnis. Teil 2 bringt unter besonderer Hervorhebung der erlassenen Gesetze die in Heft 1—16 enthaltenen Vorschriften in zeitlicher Reihenfolge. Der 3. Teil enthält ein ausführliches alphabetisches Sachverzeichnis.

**Jahrbuch des Deutschen Rechts.** Herausgegeben von den Staatssekretären Dr. Schlegelberger und Dr. Freisler, R. A. Dr. Neubert und den Min. Dr. Hoche und Staud. Neue Folge Bd. 3, Heft 1, 34. Jahrg. Berlin 1936. Verlag Franz Vahlen. 252 S. Preis brosch. 10,80 *R.M.*

Mit dem vorl. Heft beginnt das bereits wiederholt an dieser Stelle anerkennend besprochene „Jahrbuch des Deutschen Rechts“ den 3. Band der Neuen Folge. Es gibt einen Überblick über Gesetzgebung, Schrifttum und Rechtsprechung für die Zeit von Oktober bis Dezember 1935 einschließl. Ein Blick in die einzelnen Abschnitte des neuen Heftes zeigt wieder die Fülle des Gebotenen: Aufbau und Verwaltung des nationalsozialistischen Staates, Bauernrecht, Straf- und Strafprozessrecht, Bürgerliches Recht und Wirtschaftsrecht sowie Verfassungsrecht.

**Rechtsanwalt Hermann Carl, Düsseldorf: Übersicht über die Rechtsprechung zum Straßenverkehrs- und Verkehrshaftpflichtrecht, sowie zu den einschlägigen Nebengesetzen für die Zeit vom 1. Mai 1935 bis 15. Januar 1936.** (Heft 2 der Schriftenreihe der ZW.) Leipzig 1936. Verlag W. Moeser Buchhandlung. 96 S. Einzelpreis 2,50 *R.M.*

Als Beilage zu dem der Deutschen Autoschau 1936 gewidmeten Heft 7 der ZW. v. 15. Febr. 1936 ist die oben bezeichnete Schrift erschienen. Der Verf. setzt mit ihr die von ihm bereits in Heft 20/1935 der ZW. (S. 1449 ff.) zusammengestellte „Übersicht über die Rechtsprechung zum Straßenverkehrsrecht und zu den einschlägigen Neben-

gesetzen für die Zeit vom 31. Juli 1934 bis 1. Mai 1935“ fort. Das Bedürfnis nach derartigen Zusammenstellungen muß gerade auf dem Gebiete des Verkehrsrechts besonders anerkannt werden. Die ständige Zunahme insbesondere des motorisierten Straßenverkehrs und die sich hieraus ergebenden Schwierigkeiten zeigen sich auch in dem außerordentlich wachsenden Anteil der „Verkehrsfälle“ an den Prozentsahlen unserer Zivil- und Strafgerichte. Die Abkehr der R. Straß. Verord. von kaiserlichen Regeln legt der Rechtsprechung die Aufgabe auf, an Hand der Generalklauseln selbst ein neues, lebendiges und bewegliches Verkehrsrecht zu schaffen. Die Einseitigkeit und Verbändnislosigkeit, mit dem die frühere Rechtsprechung meist dem Kraftfahrer als dem Sündenbock des Verkehrs gegenüberstand, mußten einer gänzlich veränderten Beurteilungsweise der Verkehrsvorgänge Platz machen. Erfreulicherweise zeigt die Rechtsprechung auch der oberen Gerichte nach anfänglichem Zögern neuerdings mehr und mehr eine Abkehr von veralteten und schon lange bekämpften Grundsätzen und die Entwicklung zu einer besseren und richtigeren Verkehrsauffassung. Daneben läßt das moderne Verkehrsleben neue Probleme entstehen, wie auch die R. Straß. Verord. das Ziel eines möglichst zweifellosen Inhaltes ihrer Bestimmungen naturgemäß nicht ganz hat erreichen können, die Ausführungsanweisung vielmehr leider manche Klarheit, die bereits zu herrschen schien, wieder beseitigt hat.

Die Beherrschung der vielgestaltigen Verkehrsrechtsprechung ist für den mit Verkehrsfragen befaßten Juristen ebenso notwendig, wie wegen ihres täglich wachsenden Umfangs und der Zerstreutheit der Quellen schwierig und zeitraubend. Systematische, in nicht zu langen Zeitabständen erscheinende Zusammenstellungen, wie die vorliegende, erleichtern diese Aufgabe außerordentlich, ermöglichen sie sogar teilweise überhaupt erst und dienen andererseits durch die Verbreitung, welche sie der Rechtsprechung geben, wieder sowohl der Erziehung des Verkehrs nach den von der Rechtsprechung entwickelten Lehren und Regeln, als auch der weiteren Entwicklung und Vereinheitlichung der Rechtsprechung selbst.

Die Einteilung der Übersicht nach Materien ist zweckmäßig geordnet, innerhalb dieser Einteilung erleichtert die sehr deutlich herausgehobene Vorsetzung der für die einzelnen Entscheidungen maßgeblichen Gesetzesparagrafen die Auffindung der gesuchten bzw. in Frage kommenden Entscheidungen. Daß bei mehrfach veröffentlichten Entscheidungen — und das sind die meisten — alle Abdruckstellen und nach Möglichkeit auch die Abkürzungen angegeben sind, ist für den praktischen Gebrauch besonders wertvoll. Ebenso die Zitierung der zu Entscheidungen veröffentlichten Besprechungen bzw. besonderer Veröffentlichungen zu einzelnen wichtigen Streitfragen. Es ist zu wünschen, daß die ebenso vollständige wie geschickt und sorgfältig ausgearbeitete Übersicht insbesondere auch auf dem Arbeitstisch jedes mit Verkehrsfragen befaßten Richters ihren Platz finden möge. Denn es ist die bedeutungsvolle Aufgabe der Rechtsprechung in Verkehrsfällen, nicht nur die Folgen geschehener Verkehrsunfälle zu regeln und Ordnungswidrigkeiten zu strafen, sondern mehr noch und darüber hinaus durch die Entwicklung und Aufstellung möglichst klarer und allgemeinverständlicher Rechtsgrundsätze und Verkehrsregeln den Verkehr zu ziehen und zu lenken. Gerade in Verkehrsfällen wirkt sich jede Zuspaltung und Verschiedenheit der Rechtsprechung, die von den Organen der einzelnen Interessentengruppen je nach Bedarf verwertet wird, besonders unheilvoll aus. Ich habe es bereits an anderer Stelle (D. R. 1935, 76) ausgesprochen, daß, solange über viele praktische Verkehrsfragen noch hohe und höchste Gerichte verschiedener und entgegen gesetzter Ansicht sind, man es auch dem einzelnen Verkehrsteilnehmer oft nicht allzuehr wird verüben können, wenn er eine Verkehrsfrage oder Verkehrslage anders beurteilt hat, als es der späteren Ansicht der gerade zur Aburteilung seines Falles zuständigen Gerichte entspricht. So erscheint in der vorliegenden Übersicht, um nur zwei Beispiele herauszugreifen, die unterschiedliche Rechtsprechung in den Fragen der Begerechtfahrzeuge (Pöschfahrzeuge) und der Verpflichtung zum Rechtsfahren praktisch besonders unheilvoll. Zur Abstellung derartigen Mängel der Rechtsprechung, welche die Verkehrs- und Rechtsicherheit ebenso sehr wie das Vertrauen zu unseren Gerichten gefährden, würde es wesentlich dienen, wenn der Grundsat. Nr. 432 der „Richtlinien für das Strafverfahren v. 13. April 1935“ (Nr. 7 der amtlichen Sonderveröffentlichungen der Z. J.), die Bearbeitung von Verkehrsstrafsachen bei den Staatsanwaltschaften und Gerichten möglichst solchen Kräften zu übertragen, die selbst Kraftfahrer sind und über praktische Kenntnisse des Straßenverkehrs verfügen, möglichst bald und möglichst restlos in die Praxis umgesetzt würde.

Da ein großer Teil aller Verkehrsstrafsachen, nämlich der, welcher die Übertretungen der Bestimmungen der R. Straß. Verord. betrifft (und wenn nur Geldstrafe verhängt ist), in der zweiten und letzten Instanz an die verschiedenen Oberlandesgerichte geht, besteht die Gefahr einer regional unterschiedlichen Rechtsprechung zu wichtigen prinzipiellen Verkehrsfragen. Ich halte daher die Schaffung einer einheitlichen oberen Instanz für diese Fälle für äußerst wünschenswert.

UGR. Dr. Ralfelz, Cottbus.



# Rechtsprechung

Nachdruck ohne vorherige Genehmigung der Schriftleitung nicht gestattet

## Reichsgericht: Zivilsachen

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

1. RPräsVD. zur Sicherung von Wirtschaft und Finanzen v. 5. Juni 1933 (RWB. I, 279, 283); BayVD. v. 16. Okt. 1931 (WB. I, 302) (Ausf. Best. und Richtlinien zur VAW. vom 9. Sept. 1931); §§ 4 Satz 2, 10 WB. G.; 3. Durchf. V. d. z. WB. G. v. 6. Mai 1933 (RWB. I, 245). Rückzahlungspflicht nach § 10 WB. G. In § 10 Abs. 2 WB. G. ist an die Fälle gedacht, in denen durch die Entsch. der zuständigen Behörde einem Beamten aus irgendwelchen Gründen höhere Bezüge zugesprochen worden waren, als ihm nach den Richtlinien, die in Anlehnung an die RPräsVD. v. 5. Juni 1931 auf Grund der Gehaltskürzungs- und Befoldungsangleichungs-V. D. erlassen waren, zugestanden hätten, insbesondere an solche Fälle, in denen von Durchführung der Richtlinien mit Rücksicht auf vermeintliche wohlverworbene Rechte Abstand genommen worden war. Das WB. G. konnte es unmöglich billigen, daß Beamte, die nach ihrer Abstammung oder nach ihrer bisherigen politischen Betätigung für unwürdig der Beamtenstellung erkannt waren, unter dem Deckmantel wohlverworbener Rechte übermäßige Vergütungen bezogen hatten. Es ordnete daher die Rückzahlung der seit einem bestimmten Stichtag empfangenen Überbezüge an.

Streitig ist, in welcher Weise die dem Kl., der früher Oberbürgermeister der Besh. war, gem. § 4 Satz 2 WB. G. bis zum 31. März 1934 zu gewährenden Bezüge nach § 10 Abs. 1 WB. G. zu berechnen sind und ob sich aus der Vorschrift des § 10 Abs. 2 für ihn eine Rückzahlungspflicht ergibt.

Die für die Kürzung des Vertragsgehalts des Kl. in Betracht kommenden bay. Vorschriften sind folgende:

Nachdem die RPräsVD. zur Sicherung von Wirtschaft und Finanzen v. 5. Juni 1931 (RWB. I, 279, 283) in § 7 des 2. Teils angeordnet hatte, daß die Länder, Gemeinden usw. berechtigt und verpflichtet sein sollten, die Dienstbezüge ihrer Beamten ... herabzusetzen, soweit sie höher lagen, als die Dienstbezüge gleichzubewertender Reichsbeamten, jedoch unter Wahrung wohlverworbener Rechte, erging für Bayern die zweite Verordnung über die Gehaltskürzung usw. v. 17. Juni 1931 (WB. I, 157), die in § 13 vorschrieb:

„1. Die Gemeinden ... sind berechtigt und verpflichtet, die Dienstbezüge ihrer Beamten ... herabzusetzen, soweit sie höher liegen, als die Dienstbezüge gleichzubewertender Reichsbeamten.“

2. Soweit Bezugsberechtigte wohlverworbene Rechte nach § 129 Abs. 1 Satz 3 RW. oder nach § 67 Abs. II Satz 2 BayVerf. haben, werden diese Rechte durch Abs. 1 nicht berührt.

3. Die Durchführung vorstehender V. D. wird durch besondere V. D. geregelt.“

Die in Abs. 3 vorgesehene Durchf. V. D. ist am 9. Sept. 1931 als sog. Befoldungsangleichungsverordnung (kurz: VAW.) ergangen (WB. I, 249). Sie besagt in § 1, daß die Dienstbezüge ... der Beamten ... der Gemeinden nicht günstiger geregelt werden dürfen als die gleichzubewertender bay. Staatsbeamten. In § 2 ist den Gemein-

den die Verpflichtung auferlegt, innerhalb eines Monats nach Inkrafttreten der V. D. zu prüfen, ob die bestehende Regelung der Dienstbezüge ihrer Beamten ... den Grundsätzen des § 1 entspreche, nötigenfalls die erforderlichen Änderungen mit Wirkung v. 1. Nov. 1931 vorzunehmen und die geänderte Regelung der Aufsichtsbehörde vorzulegen oder, wenn sie eine Änderung für nicht erforderlich halten sollten, dies unter Beifügung der geltenden Regelung der Aufsichtsbehörde in derselben Frist anzuzeigen. (Bei Gemeinden mit mehr als 20 000 Einwohnern konnte die Aufsichtsbehörde die Frist angemessen verlängern.) Nach § 2 hat die Aufsichtsbehörde unverzüglich zu prüfen, ob die vorgelegte Regelung den Grundsätzen des § 1 entspricht, nötigenfalls selbst die erforderlichen Änderungen mit Wirkung v. 1. Nov. 1931 festzusetzen oder, wenn sie eine Änderung nicht für veranlaßt hält, dies der Gemeinde mitzuteilen. § 6 sieht vor, daß eine Gemeinde mit Genehmigung der Aufsichtsbehörde von der festgesetzten oder nicht beanstandeten Regelung abweichen, auch allgemein oder in einzelnen Fällen eine Neuregelung treffen darf. Im § 10 ist das Staatsministerium des Innern ermächtigt worden, im Benehmen mit den beteiligten Staatsministerien Ausf. Best. zu erlassen und bindende Richtlinien aufzustellen.

Dies ist geschehen durch die V. D. v. 16. Okt. 1931 (WB. I, 302), bezeichnet als „Ausf. Best. und Richtlinien zur VAW. v. 9. Sept. 1931“. Die hier unter B gegebenen „Richtlinien“ bestimmen in Abschn. I, daß das Endgrundgehalt der berufsmäßigen Bürgermeister und der sonstigen berufsmäßigen Gemeinderatsmitglieder bestimmte Beträge nicht überschreiten darf; für den 1. Bürgermeister von R. ist diese Höchstgrenze auf 23 000 RM festgesetzt. Dann folgen (für den gegenwärtigen Rechtskreis belanglose) Vorschriften über Wohnungsgeldzuschüsse, Aufwandsentschädigung usw. Bedeutend ist sodann wieder der Abschn. II:

„Abweichungen. In besonders begründeten Ausnahmefällen kann das Staatsministerium des Innern eine abweichende Regelung zulassen.“

Zu erwähnen ist noch Abschn. VI der Ausf. Best. zur VAW. v. 9. Sept. 1931, d. i. der schon genannten V. D. v. 16. Okt. 1931. Diese „zu § 6“ ergangene Ausf. Best. besagt im 1. Absatz ihrer Nr. 1, daß die Gemeinden allgemein ermächtigt seien, ohne besondere Genehmigung der Aufsichtsbehörde gewisse hier nicht in Betracht kommende Milderungen eintreten zu lassen, und in Abs. 2, daß sonstige Abweichungen der Genehmigung der Aufsichtsbehörde gem. § 6 Abs. I VAW. unterliegen.

Endlich kommt noch in Betracht die Bekanntmachung über den Vollzug des WB. G. in den Gemeinden usw. v. 6. Juli 1933 (WB. I, 178), die unter Nr. 10 „zu § 10 WB. G.“ bestimmt:

a) Richtlinien i. S. des § 10 sind die allgemeinen Befoldungsvorschriften (BayBeamtenbefoldungsG. nebst Ausf. Best.) sowie die reichs- und landesrechtlichen Befoldungsangleichungsvorschriften.

b) Bei Beamten, die gemäß Entsch. der zuständigen Behörde mit Rücksicht auf die vorbehaltslose Zusicherung über die Richtlinien hinausgehende Bezüge erhalten haben, berechnen sich die Dienst- und Versorgungsbezüge nach den Richtlinien. ...

c) Soweit eine Entsch. über die Anwendung von Richtlinien noch nicht ergangen ist, hat sie unverzüglich zu erfolgen.“

Die Angleichung der Dienstbezüge des Kl. hat folgenden Verlauf genommen:

Am 9. Dez. 1931 beschloß der Stadtrat der Besh., es solle davon Abstand genommen werden, eine neue allgemeine Befoldungsordnung für die berufsmäßigen Mitglieder des Stadtrats aufzustellen, weil für deren Befoldung usw. im



Einzelfall der schriftliche Dienstvertrag maßgebend sei. Was die Überleitung der am 1. Nov. 1931 bereits im Dienst gewesenen Gemeindebeamten, insbes. der berufsmäßigen Mitglieder des Stadtrats betreffe, so sei der Stadtrat der Überzeugung, daß diese Beamten auf die ihnen nach den bisherigen Vorschriften zustehenden Dienstbezüge wohlverworbene Rechte besäßen und daß deshalb ihre Bezüge nicht durch einseitigen Willensakt des Stadtrats gekürzt werden könnten; es werde somit als „abweichende Regelung“ i. S. des § 6 BAW. beschlossen, daß die bereits am 1. Nov. 1931 im Dienst gewesenen vollbeschäftigten Gemeindebeamten die ihnen in den bisherigen Regelungen und Dienstverträgen zugestandenen Rechte behalten sollten, die Aufsichtsbehörde solle unter Bezugnahme auf § 6 BAW. und Abschn. II der Richtlinien v. 16. Okt. 1931 um Genehmigung dieser abweichenden Regelung ersucht werden. Dieser Beschluß wurde der Regierung vorgelegt. Die Regierung erwiderte:

„In den Dienstverträgen des 1. und 2. Bürgermeisters sei eine dem Art. 58 Bay-BeamtenbesoldungsG. entsprechende Vorbehaltsklausel, die die Möglichkeit einer nachträglichen Minderung der Bezüge vorsehe, nicht enthalten. Die den beiden Bürgermeistern vorbehaltlos zugesicherten Bezüge seien als wohlverworbene Rechte i. S. der WVerf. zu erachten. Es dürfe jedoch erwartet werden, daß die betreffenden Beamten auf einen Teil ihrer die Richtlinien übersteigenden Bezüge freiwillig verzichten würden.“

Der Kl. hat sich darauf bereiterklärt, für die Zeit der Geltungsdauer der BAW., jedoch nicht über die Zeit der aktiven Dienstdauer hinaus, auf bis zu 25% des Unterschiedsbetrages zwischen den ihm auf Grund seines Dienstvertrages zustehenden und den in den Richtlinien festgesetzten Gesamtbezügen freiwillig zu verzichten. Diese Erklärung wurde von der Regierung genehmigt.

Nunmehr wurde von Herabsetzung des Kl. Gehalts auf den in den Richtlinien festgesetzten Betrag von 23 000 RM Abstand genommen.

Im Dez. 1933 machte die Befl. dem Kl. sodann folgende Eröffnung:

Nach § 10 BVG. müßten seine Bezüge mit Rückwirkung v. 1. April 1932 ab unter Zugrundelegung der Richtlinien v. 16. Okt. 1931 neu festgesetzt werden. Danach stehe ihm nur ein Grundgehalt von 23 000 RM ... zu. Unter Berücksichtigung der mit dem 1. Okt. 1933 in Auswirkung des RGes. v. 30. Juni 1933 und der 2. Bay-BesoldungsangleichungsVD. eingetretenen Kürzung habe er auf die Zeit v. 1. April 1932 bis 31. Dez. 1933 insgesamt 37 015,82 RM zu beanspruchen gehabt. Gezahlt seien ihm auf diese Zeit 40 930,82 RM. Danach habe er gem. § 10 Abs. 2 BVG. 3915 RM zurückzuerstatten.

Der Kl. widersprach der Anwendung des § 10 Abs. 2. Er steht auf dem Standpunkt, eine Rückzahlungspflicht nach § 10 Abs. 2 komme für ihn deshalb nicht in Frage, weil er niemals höhere Bezüge erhalten habe, als ihm nach den Richtlinien hätten zugestanden werden dürfen.

Das OLG. hat sich der Auffassung des Kl. angeschlossen.

Die Erwägungen des OLG. verletzen den § 10 BVG.

Die 3. Durchf. des BAW. v. 6. Mai 1933 (RGBl. I, 245) sagt zu § 10 BVG., daß Richtlinien i. S. des § 10 alle allgemeinen und besonderen Grundsätze sind, die zur Ergänzung oder Ausführung der Besoldungsgesetzgebung aufgestellt sind. Daß darunter auch die bay. Richtlinien vom 16. Okt. 1931 fallen, kann nicht zweifelhaft sein. Da es sich hier eben nur um Richtlinien handelte, wurden durch ihre Aufstellung die Bezüge der betreffenden Beamten nicht unmittelbar geändert, sondern es bedurfte dazu in jedem einzelnen Fall einer besonderen Entsch. der zuständigen Behörde, über die Anwendung der Richtlinien, also wo nötig eine Herabsetzung der Bezüge auf den den Richtlinien entsprechenden Betrag. Wie § 10 Abs. 1 Satz 2 zeigt, rechnete das Gesetz damit, daß bei seinem Inkrafttreten in einzelnen Fällen solche Entsch. noch nicht ergangen waren; es ordnete deshalb für diese Fälle ihre unverzügliche Nachholung an. Diese, ergangenen oder nachgehenden, „Entsch.“ sollen der Berechnung der Dienstbezüge und Ruhegelder der nach den §§ 3 und 4

entlassenen Beamten zugrunde gelegt werden, und zwar, wie der Wortlaut des § 10 Abs. 1 mit eindeutiger Klarheit ergibt, ohne Rücksicht auf wohlverworbene Rechte. In allen Fällen nun, in denen eine „Entsch.“ über die Anwendung der Richtlinien“ bisher noch nicht ergangen war, ebenso aber auch in den Fällen, in denen die durch die RPräsVD. v. 5. Juni 1931 angeordnete Gehaltskürzung nicht unverzüglich, sondern mit Verzögerung durchgeführt worden war, ergab sich, daß die nunmehr entlassenen Beamten mehr oder weniger lange Zeit hindurch noch die vom Reich mißbilligten übermäßig hohen Bezüge genossen hatten. Dasselbe war der Fall, wo die zuständigen Behörden zwar versucht hatten, die Bezüge nach den Richtlinien zu kürzen, wo sich aber die betroffenen Beamten auf wohlverworbene Rechte berufen hatten und damit, namentlich auch in Ausnutzung der Entsch. des StOG. v. 20. Juni 1932 (RGBl. 137 Anh. 37), durchgedrungen waren. Es mag auch vorgekommen sein, daß aus besonderen Gründen für einzelne Beamte deren Bezüge höher festgesetzt worden waren, als es nach den Richtlinien hätte geschehen dürfen. Abschn. II der bay. Richtlinien v. 16. Okt. 1931 sah ausdrücklich Abweichungen für „besonders begründete Ausnahmefälle“ vor.

Den nach §§ 3 und 4 BVG. entlassenen Beamten diese von ihnen über die festgesetzten Richtlinien hinaus bezogenen Beträge zu belassen, mußte dem Gesetzgeber des BVG. ungerechtfertigt erscheinen, und zwar nicht nur in den erstgenannten Fällen, wo die Angleichung verzögert oder grundlos überhaupt unterlassen war, sondern gerade auch in den Fällen, in denen die Berufung auf wohlverworbene Rechte die beabsichtigte Angleichung verhindert hatte. Das Gesetz, das so tief in die nach der WeimVerf. als wohlverworbene betrachteten Rechte der Beamten eingriff, konnte es unmöglich billigen, daß Beamte, die nach ihrer Abstammung oder nach ihrer bisherigen politischen Betätigung für unwürdig der Beamtenstellung erkannt waren, unter dem Deckmantel wohlverworbener Rechte übermäßige Vergütungen bezogen hätten. Es ordnete daher die Rückzahlung der seit einem bestimmten Stichtag — 1. April 1932 — empfangenen Überbezüge an.

Betrachtet man unter diesen Gesichtspunkten den Wortlaut des § 10 Abs. 2, so kann nicht zweifelhaft sein, daß hier an die Fälle gedacht ist, in denen durch die Entsch. der zuständigen Behörde einem Beamten aus irgendwelchen Gründen höhere Bezüge zugesprochen worden waren, als ihm nach den Richtlinien zugestanden hätten, insbes. an solche Fälle, in denen von Durchführung der Richtlinien mit Rücksicht auf vermeintliche wohlverworbene Rechte Abstand genommen worden war. Nur so gibt Abs. 2 einen verständigen Sinn. Es ist schon sprachlich unmöglich, wie das OLG. will, das Wort „hiernach“ als „nach der Entsch. der zuständigen Behörde“ zu verstehen, sofern man die vorangegangenen Worte „nach der Entsch. usw.“ nicht im zeitlichen Sinn, sondern in der Bedeutung von „nach dem Inhalt der Entsch.“ versteht, wie unter den Parteien zuletzt unstreitig war und auch durchaus sinngemäß ist. Es gibt keinen vernünftigen Sinn, wenn man mit dem OLG. den Abs. 2 dahin verstehen will, der Beamte müsse zurückzahlen, was er gemäß der über die Angleichung seiner Bezüge getroffenen Entsch. mehr erhalten habe, als diese Entsch. ihm zubilligte. Das Wort „hiernach“ kann vielmehr nur als Gegensatz zu „nach der Entsch.“ verstanden werden und kann sich somit nur auf die Richtlinien selbst beziehen im Unterschied von der Entsch. der Behörde über die Anwendung dieser Richtlinien. Nach der Auffassung des OLG. trifft Abs. 2 nur Fälle, in denen der Beamte mehr erhalten hatte, als ihm durch die Entsch. der Behörde endgültig zugesprochen worden war. Solche Fälle werden sehr selten gewesen sein und brauchten kaum durch eine besondere Gesetzesvorschrift geregelt zu werden, abgesehen etwa davon, daß man für sie den Einwand der nicht mehr bestehenden Bereicherung ausschließen wollte. Daß sich aber der Sinn des Abs. 2 in seinem zweiten Satz völlig erschöpfte, kann nicht angenommen werden.

Es ist zuzugeben, daß danach der Wortlaut des § 10 Abs. 2 nur einen Teil der oben angegebenen Fälle deckt, in



denen eine Rückzahlung gerechtfertigt erscheint. Namentlich werden durch den Wortlaut solche Fälle nicht erfasst, in denen eine Entsch. bis zum Inkrafttreten des BBG. oder womöglich bis zur Entlassung des betreffenden Beamten überhaupt noch nicht ergangen war oder in denen sich diese Entsch. wenigstens ungebührlich verzögert hatte. Es kann hier dahingestellt bleiben, ob deshalb eine ausdehnende Auslegung der Vorschrift des § 10 Abs. 2 dahin geboten ist, daß auch diese Fälle von ihr ergriffen werden. Jedenfalls erlaubt sie Fälle, in denen einem Beamten durch Entsch. der zuständigen Behörde eine über den Richtlinienbetrag hinausgehende Vergütung zugestanden worden war.

Ein solcher Fall ist hier gegeben. Die bay. „Richtlinien“ v. 16. Okt. 1931 setzten für die Stelle des Kl. ein Gehalt von 23 000 RM fest. Der Stadtrat entschied mit Billigung des Staatsministeriums, daß eine einseitige Kürzung des weit höher liegenden vertraglichen Gehalts des Kl. mit Rücksicht auf den verfassungsmäßigen Schutz wohlervorbener Rechte nicht zulässig sei, und beließ es deshalb bei der vom Kl. freiwillig zugestandenen geringfügigen Kürzung. Wenn der Kl. geltend macht, daß Abschn. II der Richtlinien Abweichungen mit Genehmigung des Staatsministeriums gestatte und daß die vom Staatsministerium genehmigte Entsch. des Stadtrats lediglich eine solche in den Richtlinien selbst vorgesehene Abweichung darstelle, daß also die Richtlinien nicht verletzt, sondern gerade beachtet seien, so ist das nicht richtig. In Wahrheit handelte es sich nicht um eine Abweichung, die im Ermessen des Stadtrats und des Staatsministeriums gelegen hätte. Nur solche Abweichungen hatte offensichtlich der Abschn. II der Richtlinien im Auge. Vielmehr haben Stadtrat und Staatsministerium, wie der Stadtratsbeschluss und die Entschließung des Staatsministeriums unzweideutig ergeben, auf dem Standpunkt gestanden, eine Durchführung der Richtlinien im Falle des Kl. sei mit Rücksicht auf den verfassungsrechtlichen Schutz wohlervorbener Rechte schlechthin unzulässig. Gerade solche Rücksicht hat aber das BBG. nachträglich mißbilligt. Es verstößt also durchaus nicht gegen den Sinn des BBG., wenn die bay. VollzugsV. z. BBG. v. 6. Juli 1933 unter Nr. 10 (zu § 10 BBG.) auspricht, daß die „Richtlinien“ die Grundlage für die Berechnung der Dienst- und Versorgungsbezüge entlassener Beamten insbes. in den Fällen abzugeben haben, in denen Beamte mit Rücksicht auf vorbehaltlose Zusicherung, m. a. W. mit Rücksicht auf wohlervorbene Rechte, Bezüge erhalten haben, die über die Richtlinien hinausgingen.

Keinen Anspruch hat der Kl. auf Zinsen. Einem solchen Anspruch steht die Bestimmung des Art. 7 B. v. 12. Dez. 1923 über die 12. Ergänzung des BesoldungsG. (RGBl. I, 1181) entgegen.

(U. v. 8. Okt. 1935; III 86/35. — Nürnberg.) [v. B.]

\*

2. § 242 BGB. Wer einem Bevollmächtigten gegenüber ein Rechtsgeschäft vornimmt, ist bei begründeten Zweifeln an dessen Treue verpflichtet, das Innenverhältnis zwischen Bevollmächtigtem und Bevollmächtigten nachzuprüfen.

Der 1928 verstorbene Paul A. hat der Bekl. Wertpapiere im Nennwerte von rund 400 000 RM in Verwahrung gegeben, die in das Depot 93 596 genommen wurden. In seinem Testament hat A. seine Frau als befreite Vorerbin und seine beiden Töchter: Frau D. und Frau S. als Nacherben eingesetzt; ferner hat er seinen Schwiegersohn Peter S. zum Testamentvollstrecker bestimmt.

Frau A. übernahm die Wertpapiere als Vorerbin und teilte dies der Bekl. schriftlich mit; in dem Schreiben erklärte sie zugleich, daß sie ihrem Schwiegersohn Peter S. und einem Prokuristen der Firma A., namens Heinrich M., Vollmacht für geschäftlichen Verkehr einschließlich des Wechsel- und Scheckverkehrs erteile, und zwar jedem für sich. Im Okt. 1930 verpfändete S. die im Depot 93 596 ruhenden Wertpapiere zur Sicherstellung einer Erhöhung seines persönlichen Kredites von 15 000

auf 95 000 RM und aller weiteren gegen ihn noch erwachsenden Ansprüche. Das bestätigte er der Bekl. am 18. Okt. 1930 schriftlich.

Über das Vermögen des S. ist am 29. Aug. 1932 das Konkursverfahren eröffnet worden. Die Bekl. will sich wegen erheblicher Ausfälle in diesem Verfahren an den verpfändeten Wertpapieren schadlos halten. Dagegen hat Frau A. deren Freigabe versagt mit der Begr., daß S. nicht befugt gewesen sei, die Papiere für sich zu verpfänden.

Das BG. hat die Klage abgewiesen.

Das OLG. hat nach dem Klageantrage erkannt.

Das BG. hat ausgeführt, im Innenverhältnis sei S. zu einer Verpfändung zu eigenem Nutzen nicht berechtigt gewesen. Nach den gesamten Umständen hätte die Bekl. aber dies Innenverhältnis nachprüfen müssen. Da sie es nicht getan habe, so habe sie grob fahrlässig gehandelt und müsse sich den Einwand der Arglist entgegenhalten lassen, wenn sie sich auf das Pfandrecht berufe. Die Bekl. sei der Frau A. als einer langjährigen Kundin gegenüber zu besonderer Sorgfalt verpflichtet gewesen.

Das Urteil geht von folgender rechtlicher Grundlage aus: Jeder rechtsgeschäftliche Verkehr verlange von den Beteiligten, auch wenn ihnen weder durch Gesetz noch durch Vertrag eine besondere Prüfungspflicht auferlegt worden sei, ein gewisses Maß eigener Sorgfalt bei der Prüfung der Verfügungsberechtigung des Gegners. Darum halte die Rspr. denjenigen, der einem Bevollmächtigten gegenüber ein Rechtsgeschäft vornehme, für verpflichtet, das Innenverhältnis zwischen Bevollmächtigtem und Machtgeber nachzuprüfen, wenn sich ihm bei redlicher Rücksichtnahme auf die Belange des Vollmachtgebers begründete Zweifel an der Treue des Bevollmächtigten aufdrängen müßten und ihm Schritte zur Aufklärung zuzumuten waren. Das ergebe der das ganze Schuldrecht beherrschende Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB.). Tue der Vertragsgegner das nicht, dann müsse er sich vom Vollmachtgeber die Einrede der Arglist entgegenhalten lassen mit der Wirkung, daß diesem gegenüber das Rechtsgeschäft unverbindlich sei.

Diese Rechtsätze entsprechen der Rspr. des RG., an der festzuhalten ist.

Voraussetzung für die Anwendung dieser Rechtsätze auf den vorl. Fall ist zunächst, daß S. im Innenverhältnis zu Frau A. nicht berechtigt war, über die Papiere zu eigenem Nutzen durch Verpfändung zu verfügen, und daß er sich dessen bewußt war. Das hat das BG. festgestellt.

Nach Annahme des BG. hätten der Bekl. mehrere Umstände Anlaß geben müssen, zu prüfen, ob S. im Innenverhältnis befugt sei, die Wertpapiere für eigene Zwecke zu verpfänden. Als wesentlichster Umstand wird bezeichnet: Bei der Übernahme der Wertpapiere habe Frau A. der Bekl. mitgeteilt, daß die Papiere zum Nachlaß ihres verstorbenen Mannes gehörten, und daß sie befreite Vorerbin und ihre beiden Töchter Nacherben seien. Durch die Verpfändung der Papiere sei das Recht der Nacherbinnen an den Papieren beträchtlich beeinträchtigt worden; sie habe auch in Widerspruch zu den Rechten gestanden, welche Frau A. am Nachlaß ihres Mannes gehabt habe; sie stelle eine unentgeltliche Verfügung dar, die mit der Pflicht der Vorerbin, den Nachlaß wie ein guter Hausvater zu verwalten, offensichtlich nicht zu vereinbaren und deshalb nach § 2113 Abs. 2 BGB. den Nacherbinnen gegenüber unwirksam gewesen sei. Die Vertreter der Bekl. hätten als Bankfachleute gewußt, daß die befreite Vorerbin keineswegs zu allen Verfügungen über den Nachlaß, insbes. nicht zu unentgeltlichen, befugt sei. Diese Bedenken hätten sie zur Rückfrage veranlassen müssen. Sie könnten sich zu ihrer Entschuldigung nicht darauf berufen, daß S. ihnen gegenüber behauptet habe, seine Schwiegermutter sei mit der Verpfändung einverstanden.

Diese Erwägungen laufen darauf hinaus: Der Bank hätten Bedenken aufsteigen müssen, ob Frau A. S. zu einer Verfügung habe berechtigen wollen, zu der sie selbst nur unter Verletzung der Rechte der Nacherbinnen in der Lage gewesen wäre. Sie sind rechtlich nicht zu beanstanden und geeignet, die Feststellung zu tragen, daß die Bank es aus grober Fahrlässigkeit unterlassen habe, das Innenverhältnis zwischen S. und seiner Vollmachtgeberin durch Nachfrage aufzuklären. Es kommt nicht entscheidend darauf an, ob die Verpfändung eine unentgeltliche Ver-



fügung i. S. von § 2113 Abs. 2 BGB. darstellte und welcher Meinung S. darüber war. Maßgebend ist, daß die Verpfändung ausschließlich im Interesse des S. geschah und geeignet war, den Nachlaß und damit die Rechte der Nacherben erheblich zu gefährden. Es ist bei der Sachlage auch nicht von Bedeutung, ob S. zugleich seinen Verpflichtungen als Testamentsvollstrecker zuwidergehandelt hat, und ob die Bekl. dies hätte erkennen müssen. Es genügt, daß begründeter Verdacht bestand, daß er seine Vollmacht mißbrauche.

Die Tatsache allein, daß die Bekl. die Eigenschaft der Frau A. als befreiter Vorerbin gekannt und gewußt hat, daß die Verpfändung die Rechte der Nacherben gefährden, genügt für die Annahme, daß die Bekl. aus grober Fahrlässigkeit unterlassen hat, Erkundigungen über das Innenverhältnis zwischen S. und Frau A. einzuziehen. Diese konnten nur durch eine Anfrage bei Frau A. selbst erfolgen. Auf die bloße Versicherung S.s, seine Schwiegermutter sei einverstanden, durfte sie sich nicht verlassen. Eine solche Anfrage unter Darlegung der bestehenden Zweifel war ihr zuzumuten; das Verlangen stellt keine Überspannung der ihr obliegenden Sorgfaltspflicht dar. Die Bekl. war auch der Pflicht nicht deshalb überhoben, weil S. in der Öffentlichkeit ein großes Ansehen genoß. Denn es handelte sich hier um ganz bestimmte Bedenken, nicht um solche allgemeiner Art, welche dadurch ausgeräumt werden konnten, daß S. allgemein als tüchtiger und zuverlässiger Geschäftsmann galt.

(Urt. v. 9. Okt. 1935, I 347/34. — Jena.)

[R.]

\*

3. § 276 BGB. Nach der Rechtsprechung des Senats (vgl. RGZ. 83, 71 [74] = JW. 1913, 976; RGZ. 97, 4; Urt. v. 8. Okt. 1929, III 541/28; v. 20. Juni 1930, III 328/29; RG Warn. 1930 Nr. 208 = JW. 1931, 1466<sup>o</sup>, sowie v. 16. Jan. 1930, III 181/33) hängt es von den Umständen des Einzelfalles ab, ob das Zurücklassen von Gegenständen im Körper des Operierten dem operierenden Arzt als Verschulden anzurechnen ist. Wenn nichtvorausgesehene und nichtvoraussehbare Zwischenfälle den Arzt plötzlich vor neu und schnell zu erledigende Operationsaufgaben stellen, die seine ganze Aufmerksamkeit beanspruchen, so ist das eine Sachlage, die ganz besonders geeignet ist, das Übersehen von Gegenständen beim Schließen der Operationswunde als entschuldbar erscheinen zu lassen. Die bei dem Operierten aufgetretenen Zwischenfälle können den Arzt in eine solche Zwangslage versetzt haben, daß selbst das Zurücklassen von zwei Mulltupfern keine Außerachtlassung der von einem ordentlichen Arzt anzuwendenden Sorgfalt darstellt.

(U. v. 12. Nov. 1935; III 76/35. — Hamm.)

[v. B.]

\*

4. Es bedeutet eine Überspannung der Sorgfaltspflicht des § 276 BGB., wenn einem Bauern allgemein zugemutet wird, daß er einen Handwerksmeister beaufsichtigt. Im allgemeinen muß sich ein Bauer auf den Handwerksmeister als den Fachmann verlassen dürfen. Es müssen besondere Umstände vorliegen, wenn die gegenseitige Annahme berechtigt sein soll.

(U. v. 17. Dez. 1935; VII 180/35. — Celle.)

[L.]

\*

5. § 326 BGB. Vertragsaufhebung. Wenn aus einem vom Gegner gekündigten (Lizenz-) Vertrag wegen der Vergangenheit Schadensersatzansprüche erhoben werden, so liegt darin und in dem Umstand, daß auf Erfüllung nicht mehr bestanden wurde, noch keine Aufgabe der Vertragsrechte für die Zukunft.

Der Kl. ist seit dem 23. April 1931 in der Patentreolle als

Inhaber des DM. Nr. 512 212 eingetragen. Das Patent ist erteilt für einen Fersenschuh aus beiderseitig glattem Material, bestehend aus einer Bodenplatte mit Seitenteilen. Der Kl. hat das Patent erworben von der ursprünglichen Inhaberin, Frau Margarete Th. Diese hat mit dem Bekl. einen schriftlichen Vertrag vom 21. Aug. 1930 geschlossen. In ihm hat sie dem Bekl. das alleinige Recht zur Herstellung des — damals noch durch GM., jetzt durch das bezeichnete Patent — geschützten Fersenschoners eingeräumt (§ 2). In § 4 des Vertrages ist bestimmt, daß Frau Th. das alleinige Vertriebsrecht habe, daß sie die Fersenschoner aber nur vom Bekl. beziehen dürfe und — in Zahlen angegebene — Mindestmengen monatlich abnehmen müsse. Nach § 6 hat Frau Th., falls sie die Abnahmeverpflichtung nicht erfüllt, für jedes nicht abgenommene Paar Fersenschoner 17½ Pfennige an den Bekl. zu zahlen. Der Vertrag soll zunächst laufen bis zum 31. Dez. 1932 und sich jeweils um ein Jahr verlängern, wenn er von keiner Partei mindestens drei Monate vor Ablauf durch eingeschriebenen Brief gekündigt wird (§ 9).

Frau Th. hat den Vertrag durch eingeschriebenen Brief vom 5. Dez. 1930 sofort gekündigt. Der Bekl. hat das in § 11 des Vertrages vorgesehene Schiedsgericht angerufen und vor diesem gegen Frau Th. wegen Verletzung der Abnahmeverpflichtung auf Zahlung von 7266,20 RM geklagt. Das Schiedsgericht hat Frau Th. verurteilt. Der Schiedsspruch ist durch Urteil des OLG. I in Berlin v. 17. Sept. 1931 für vollstreckbar erklärt worden.

Der Kl. hat vorgetragen, der Bekl. habe die patentierten Fersenschoner bewußt widerrechtlich hergestellt und vertrieben, und hat beantragt, den Bekl. zur Unterlassung zu verurteilen.

Das RG. versagt dem Bekl. auch die Ver. auf ein vertragliches Recht zur Herstellung der Fersenschoner. Zu Entscheidung ist also, ob die Herstellungshandlungen, die nach der Feststellung des RG. im Sept. 1932 vom Bekl. vorgenommen worden sind, den Unterlassungsanspruch rechtfertigen. Das bejaht das RG. Die Begr., die es dafür in erster Linie gibt, wird von der Rev. mit Recht als rechtsirrig bekämpft. Das RG. führt aus: Der Vertrag vom 21. Aug. 1931 sei infolge der Kündigung durch Frau Th. spätestens am 31. Dez. 1932 abgelaufen. Er sei aber schon Ende 1930 oder Anfang 1931 durch übereinstimmende Willenserklärungen der Vertragsparteien aufgehoben worden.

Die Umdeutung der Sofortkündigung in die vertragsmäßige unterliegt keinen durchgreifenden rechtlichen Bedenken, wohl aber die Annahme einer vereinbarten Vertragsaufhebung. Zwar hat Frau Th. durch die Kündigung ihren Willen zur Aufhebung des Vertrages erklärt. Eine entsprechende Erklärung des Bekl. will das RG. darin finden, daß dieser Frau Th. auf Schadensersatz verklagt und auf Erfüllung des Vertrages nicht mehr bestanden habe. Das RG. nimmt also an, der Bekl. habe im Schiedsverfahren einen das Verlangen auf weite Erfüllung ausschließenden Schadensersatzanspruch (vgl. § 326 BGB.) verfolgt. Es übersieht, daß der Anspruch des Bekl. seine Stütze in § 6 des Vertrages vom 21. Jan. 1931 findet. Der Bekl. hat die ihm nach dieser Best. zustehende Entschädigung für die Vergangenheit eingeklagt. Unmöglich kann also in dieser Klage die Losfagung vom Vertrag im ganzen erblickt werden. Die Klage ist nur eine in die Vergangenheit gerichtete Erklärung, kein Aufgeben irgendwelcher in die Zukunft wirkender Erfüllungs- oder Schadensersatzansprüche. Ebensovienig kann ein Losfagen vom Vertrag darin erblickt werden, daß der Bekl. auf der Vertragserfüllung nicht bestanden hat. Nur unter ganz besonderen — hier weder ausdrücklich vorgebrachten noch ersichtlichen — Umständen kann aus dem Schweigen einer Vertragspartei auf den Willen der Aufgabe von Vertragsrechten geschlossen werden.

Eine einverständliche Aufhebung des Vertrages vom 21. Aug. 1930 ist also nicht erfolgt. Vielmehr war der Vertrag, wenn nicht etwa die sofortige Kündigung der Frau Th. wirksam war, im Sept. 1932, als der Bekl. nach der Feststellung der Vorinst. Fersenschoner oder Teile für solche hergestellt hat, noch in Kraft.

(U. v. 5. Okt. 1935, I 355/34. — Berlin.)

[R.]

\*



6. §§ 398 ff. BGB. Eine Abtretung zur Kreditverschaffung überträgt die Forderung ebenso wie bei der Sicherungsabtretung zu vollem Recht auf den neuen Gläubiger. Beide dienen im Gegensatz zur Abtretung zur Einziehung allein und vorwiegend den Interessen des neuen Gläubigers; sie können deshalb auch nicht von dem bisherigen Gläubiger frei widerrufen werden.†)

Aus einem Güterüberlassungsvertrag schuldete der Beil. seinem Vater Reinhold P. 9000 RM nebst Zinsen. Bei pünktlicher Zinszahlung sollte eine Kündigung des Kapitals zu Lebzeiten des Vaters ausgeschlossen sein. Reinhold P. trat die Forderung nebst Zinsen an seine Tochter, die Ehefrau des Kl., ab. Diese übertrug die Forderung mit Zustimmung des Kl. auf ihre und des Kl. Tochter. Als gesetzlicher Vertreter seiner Tochter verlangt der Kl. nach vorausgegangener Kündigung vom Beil. die Zahlung. Er behauptet, daß seit 1930 Zinsen nicht mehr gezahlt worden seien.

Das angef. Urteil des OVG. ruht auf der tatsächlichen Feststellung, daß Reinhold P. die streitige Forderung an die Ehefrau des Kl. nur zu dem Zweck abgetreten habe, den Kl. kreditwürdig erscheinen zu lassen.

Der Zweck der Kreditverschaffung hätte, wenn die streitige Forderung überhaupt hierfür tauglich war, durch Gestattung ihrer Verpfändung gem. § 185 BGB. auch ohne Abtretung erreicht werden können. Hier haben die Beteiligten die Form der Abtretung gewählt und damit rechtlich mehr getan, als zur Verwirklichung des angestrebten wirtschaftlichen Erfolges nötig war. Dessenungeachtet überträgt eine Abtretung zur Kreditverschaffung gleich der Sicherungsabtretung die Forderung zu vollem Recht auf den neuen Gläubiger (RG.: Gruch. 55, 634; RGZ. 99, 142). Daß der Fortfall des Kreditbedarfes die Abtretung auflösend habe bedingen sollen, hat der Beil. nicht behauptet. Reinhold P. hatte mit hin nur das Recht, von der Ehefrau des Kl. die Rückabtretung der Forderung zu verlangen, wenn die Aufgabe der Kreditverschaffung erledigt war. Daß die Bindung der Abtretung an einen bestimmten Zweck jede anders gerichtete Verfügung der Abtretungsempfängerin über die Forderung ausschließen sollte, verstärkte die Rechtsstellung des Reinhold P. nicht. Denn nach § 137 Satz 1 BGB. kann die Befugnis zur Verfügung über ein veräußerliches Recht nicht durch Rechtsgeschäft ausgeschlossen oder beschränkt werden. Der nach § 399 Halbsatz 2 BGB. einräumliche Ausfluß der Abtretung kommt, da er nicht mit dem neuen Gläubiger, sondern mit dem Schuldner zu vereinbaren ist, im Streitfall nicht in Betracht. Reinhold P. blieb also angewiesen auf einen schuldrechtlichen Anspruch gegen die Ehefrau des Kl. auf Rückabtretung zu gegebener Zeit.

Übertrug die Ehefrau des Kl. die Forderung abredewidrig auf ihre Tochter, so verletzte sie damit ihre Vertragspflicht gegenüber Reinhold P. Dieser könnte ihr gegenüber den Vorwurf der Treulosigkeit erheben. Dagegen trafe der gleiche Vorwurf nicht die Erwerberin der Forderung, und vollends ist es dem Beil. als dem Schuldner der Forderung verwehrt, sich auf die Verletzung einer Vertragspflicht zu berufen, die nicht auf ihn gegenüber besteht und die ihn nicht berührt. Für ihn ist durch die Abtretung an die Stelle seines alten Gläubigers zunächst die Ehefrau des Kl. und nunmehr deren Tochter getreten (§ 398 BGB.).

Daran würde sich auch dann nichts ändern, wenn Reinhold P., wie der Beil. vorgetragen hat, ihm „alle diesbezüglichen Rechte“ abgetreten haben sollte, so daß er der Forderung „alle Einwände seines Vaters auch seinerzeit entgegensetzen könne“. Abtretbar sind nach §§ 398, 413 BGB. nur Forderungen und andere Rechte, nicht aber Einwendungen und Einreden. Selbst wenn man zugunsten des Beil. annehmen wollte, daß der Erwerb der Legitimation zur Geltendmachung eines dem Reinhold P. zustehenden Anspruchs auf Rückabtretung im eigenen (des Beil.) Namen rechtlich zulässig und ausreichend behauptet sei und daß ferner ein bestehender Anspruch dieses Inhalts dem Klageanspruch mit dem Erfolg seiner Abweisung entgegengehalten werden könnte, wäre das

Vorbringen des Beil. immer noch nicht schlüssig. Denn der gedachte Anspruch würde sich gegen die Ehefrau des Kl., nicht gegen dessen Tochter und mithin nicht gegen die Trägerin der eingeklagten Forderung richten. Deren Verpflichtung würde sich nicht schon allein daraus ergeben, daß ihr gesetzlicher Vertreter bei Annahme der Abtretung den Anspruch des Reinhold P. auf Rückabtretung der Forderung kannte (vgl. für die Sicherungsabtretung RG.: Gruch. 50, 990 und RGZ. 95, 244, für die Abtretung zur Einziehung RGZ. 99, 142). Anders läge die Sache, wenn der gesetzliche Vertreter der Minderjährigen mit deren Mutter bei der Abtretung in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise zusammengewirkt hätte, um Reinhold P. durch die weitere Abtretung zu schädigen, wenn also eine unter den § 826 BGB. fallende unerlaubte Handlung anzunehmen wäre (RGZ. 99, 142).

Auch das BG. hat nicht verkannt, daß die der Abtretung gegebene Zweckbestimmung die dingliche Wirkung des Rechtsüberganges nicht minderte, sondern daß sie dem (nur Reinhold P. und die Ehefrau des Kl. bindenden) Grundgeschäft angehörte. Das ist das Wesentliche. Sprachliche Unterscheidungen wie die, daß die Ehefrau des Kl. nur nach außen hin, nur formell wirkliche und voll legitimierte Gläubigerin habe sein sollen, daß aber im Innenverhältnis materiell das Gläubigerrecht bei Reinhold P. verblieben sei, führen hier nicht näher an den Kern der Sache heran. Sie dienen eher dazu, die Rechtslage zu verdunkeln. Das BG. vermischt das zunächst richtig gezeichnete Bild der Rechtslage, wenn es der zeitigen Gläubigerin der Forderung als der „nur formell zur Geltendmachung legitimierten“ ein eigenes berechtigtes Interesse an der Einziehung deshalb abspricht, weil der wahre Gläubiger Reinhold P. die Einziehung nicht wolle. Solange Reinhold P. sein vermeintlich ihm zustehendes Recht auf Rückabtretung nicht durchgesetzt hat, ist die Tochter die vollberechtigte Gläubigerin der Forderung.

Für seine gegenteilige Rechtsauffassung hat das BG. sich auf zwei Entsch. des RG. berufen (RGZ. 39, 166; 53, 417). Die ältere von ihnen betraf das frühere gemeine Recht. Die jüngere, aus dem Jahre 1902 stammende, ist allerdings für das geltende bürgerliche Recht ergangen. Sie behandelt aber einen Fall der Abtretung zur Einziehung, in dem die Abtretung lediglich den Interessen des Abtretenden diente und der ihr zugrunde liegende Einziehungsauftrag befugtemassen widerrufen worden war. Für diesen Fall ist angenommen worden, daß der Schuldner ein eigenes berechtigtes Interesse daran habe, nicht wider den Willen des wahren Gläubigers durch einen sachlich Unbeteiligten mit einem auf Beibehaltung der Forderung gerichteten Prozeß überzogen zu werden, und daß er dieses Interesse vermöge der Einrede der allgemeinen Arglist zur Geltung bringen könne. Ob die Entsch. nicht durch die (richtige) Vorstellung beeinflusst worden ist, daß in einem derartigen Fall weniger der durch die Vorschriften in den §§ 407 ff. BGB. hinreichend geschützte Schuldner als vielmehr der Abtretende ein Interesse an Abweisung der Klage des Abtretungsempfängers hat, läßt sich heute nicht mehr sagen. Den Ausschlag hat jedenfalls die Erwägung gegeben, daß durch den Widerruf des Einziehungsauftrages der Rechtsgrund für die von vornherein ausschließlich im Interesse des Abtretenden vorgenommene Rechtsübertragung fortgefallen war. Dagegen dienen die Abtretung zur Kreditverschaffung und die ihr insoweit gleichstehende Sicherungsabtretung anders als die sonst auch zu ihnen gehörende Abtretung zur Einziehung allein oder vorwiegend den Interessen des neuen Gläubigers; sie können deshalb auch nicht wie regelrecht die letztere von dem bisherigen Gläubiger frei widerrufen werden. Die Interessenlage und die Rechtslage sind also im Streitfall andere als bei der Abtretung zur Einziehung, und schon deshalb können die von dem BG. angezogenen Entsch. das angef. Urteil nicht stützen. Für die Sicherungsabtretung ist bereits in RGZ. 102, 385 = JW. 1921, 1456 ausgesprochen worden, daß es dem Schuldner verjagt sei, in einem Rechtsstreit mit dem neuen Gläubiger die zwischen diesem und dem Abtretenden bestehenden Rechtsbeziehungen aufzurollen, weil es sich dabei um die Erhebung von Einreden aus der Person eines Dritten handeln würde.



An dieser Rspr. ist festzuhalten. Bei der Abtretung zur Kreditverschaffung liegt aber die Sache für den Schuldner insofern nicht günstiger als bei der Sicherungsabtretung.

Das sonstige Vorbringen des Bekl. steht der Klage ebenfalls nicht entgegen. (Wird weiter ausgeführt.)

(U. v. 4. Okt. 1935; V 453/34. — Raumburg.) [v. B.]

**Anmerkung:** Die vorliegende Entsch. bringt eine erneute Bestätigung der Ergebnisse, die für die fiduziarische Abtretung und für die Inkassoabtretung von der Rspr. des RG. herausgearbeitet worden sind.

1. Es ist zu unterscheiden zwischen der fiduziarischen Abtretung einer Forderung und der bloßen Abtretung zur Einziehung (Einziehungsermächtigung). Die fiduziarische Abtretung ist entsprechend der allgemeinen Eigenart des fiduziarischen Rechtsgeschäfts eine Vollabtretung mit lediglich schuldrechtlicher Innenbindung; der Fiduziar ist also Gläubiger geworden und ist nur verpflichtet, das Forderungsrecht nicht ausschließlich in seinem Interesse auszuüben. Bei der Einziehungsermächtigung dagegen bleibt die Forderung bei dem bisherigen Gläubiger, der „Zessionar“ ist in Wahrheit eben nur Einziehungsberechtigter; die Rechtsgrundlage für eine derartige Ermächtigung wird, gerade auch vom RG., in § 185 Abs. 1 BGB. erblickt (vgl. hierzu bes. RGZ. 117, 72 = JW. 1927, 2419; RGZ. 133, 234, 241 f. = JW. 1932, 397; RGZ. 136, 102 = JW. 1932, 1965; RGZ. 142, 142 = JW. 1933, 2825).

2. Wann die eine oder die andere Gestaltung der Rechtszuständigkeit an der Forderung anzunehmen ist, hängt von dem Zweck des Geschäfts ab. Bei einer Abtretung zur Sicherung sowie bei einer Abtretung zur Kreditverschaffung ist regelmäßig eine Vollabtretung (mit lediglich schuldrechtlicher Innenbindung) anzunehmen, während bei einer „Zession“ mehr zu Verwaltungszwecken, also z. B. zur Einziehung im Interesse des Zedenten, eine bloße Einziehungsermächtigung gegeben ist.

Diese Unterscheidungen sind von der Rspr. und vom Schrifttum erst im Laufe einer längeren Entwicklung herausgearbeitet worden. Das RG. hatte in vielen Fällen eine Abtretung zur Einziehung als fiduziarische Zession, also als „Vollabtretung mit obligatorischem Gegenvertrag“ angesehen, z. B. RGZ. 57, 90; 99, 143. Es hatte dabei den Satz geprägt: „Die Abtretung ist ein dinglicher Vertrag, und im Gebiet der dinglichen Rechte ist der privaten Willkür kein freier Spielraum gelassen“ (RGZ. 99, 143). Daraus durfte man aber nicht folgern, daß die fiduziarische Übertragung die einzige Möglichkeit für die Begründung einer treuhänderischen Rechtszuständigkeit an einem Forderungsrecht sei. Die Entsch. RGZ. 73, 306 = JW. 1910, 654; RGZ. 78, 87 = JW. 1912, 297; RGZ. 91, 392; 133, 243 = JW. 1932, 397; SeuffArch. 85, 50 zeigen denn auch, daß nicht selten die Einziehungsermächtigung nach § 185 BGB. als dem Parteiwillen allein entsprechend angewandt worden ist, wobei nach Ansicht des RG. die Anwendung des § 185 dem numerus clausus der dinglichen Rechte nicht entgegensteht. Vgl. hierzu und zum folgenden grundföhrlich Enneccerus-Lehmann, Recht der Schulverhältnisse, 1932, § 79 IV und Siebert, Das rechtsgeschäftliche Treuhänderverhältnis, 1933, mit eingehenden Nachw. aus Schrifttum und Rspr.

3. Der praktische Unterschied zwischen (fiduziarischer) Vollabtretung und Einziehungsermächtigung zeigt sich vornehmlich in der Frage der Wirkung pflichtwidriger Verfügungen des Treuhänders, in der Frage des Widerrufs und in der Zwangsvollstreckung (im vorliegenden Falle spielen die ersten beiden Fragen eine Rolle). In allen drei Fällen liegt die Problematik des geltenden Rechts darin, wann, wie und in welchem Umfange der hier stets vorliegenden treuhänderischen Bindung eine „Außenwirkung“ (Wirkung gegen Dritte) zuerkannt werden kann.

4. Liegt eine Vollabtretung vor, so ist nach h. M. eine pflichtwidrige Verfügung des Fiduziars grundsöhrlich wirksam, eben weil der Fiduziar Inhaber der Forderung geworden war; es entsteht dann nur gegebenenfalls ein Scha-

densersatzanspruch des Fiduzianten. Dieses Ergebnis gilt nach der Rspr. des RG. auch dann, wenn der Dritte die Pflichtwidrigkeit der treuhänderischen Verfügung kennt, es sei denn, daß eine Kollusion, d. h. ein arglistiges Zusammenwirken zwischen Treuhänder und Dritten festgestellt werden kann (§ 826 BGB.). Diese Auffassung, die vom RG. in allen Fällen eines solchen Zwiespalts zwischen Rechtsmacht und Pflicht, z. B. auch für den Mißbrauch der Vertretungsmacht, vertreten wird, erscheint zu eng. Entscheidend ist, daß allein die Schutzwürdigkeit des Dritten den Grund für die hier übliche Trennung von Außenverhältnis und Innenverhältnis darstellt und daß diese Schutzwürdigkeit nicht erst bei Arglist, sondern mindestens schon bei einfacher Kenntnis, in manchen Fällen schon bei fahrlässiger Unkenntnis fortfällt (Siebert, Ztschr. f. d. ges. Staatswissenschaft, Bd. 95, 1935, S. 629 ff.).

Abgesehen von dem Falle des § 826 BGB. kann das RG. (im Einklang mit der h. M.) der Pflichtwidrigkeit einer Verfügung des Fiduziars keine Außenwirkung beimessen, weil § 137 BGB. dem entgegensteht. Diese Auffassung des RG., die auch in dem hier besprochenen Urteil wieder zum Ausdruck kommt, ist solange folgerichtig, und § 137 BGB. ist damit solange eine starke Hinderung für eine Überwindung der bisherigen Unzulänglichkeiten des Treuhänderrechts, als man (auch) hier Recht und Pflicht als „dingliche Rechtsmacht“ und „schuldrechtliche Innenbindung“ noch scharf trennt und als unüberwindliche Gegensätze gegenüberstellt. Demgegenüber halte ich es grundsöhrlich für richtiger, von der Verbindung und Übereinstimmung von Recht und Pflicht auszugehen und dann der Pflichtbindung eine „Außenwirkung“ gegenüber gutgläubigen Dritten zu versagen. Bei einer solchen Auffassung ist dann die Macht und Pflicht trennende Bestimmung des § 137 BGB. für die Fälle treuhänderischer Bindung ausgeschaltet. Die allgemeine Berechtigung dieser Auffassung ergibt sich m. E. aus der Erkenntnis von dem konkreteren Inhalt jeder Berechtigung innerhalb unserer Gemeinschaftsordnung (vgl. dazu Siebert, Vom Wesen des Rechtsmißbrauchs, 1935).

5. Was schließlich die Frage des Widerrufs betrifft, so hat das vorliegende Urteil mit Recht zunächst geprüft, ob hier etwa eine auflösende bedingte Vollabtretung anzunehmen wäre, so daß es bei Eintritt der Bedingung — also bei Fortfall des Rechtsgrundes der Abtretung — gar nicht erst eines Widerrufs bedürfte. Diese Möglichkeit hat das Urteil verneint, und es mußte dann folgerichtig auf die Frage des Widerrufs eingehen. Hierbei steht die vorliegende Entsch. wiederum im Einklang mit der bisherigen Rspr. des RG., wenn sie die Widerruflichkeit einer fiduziarischen Rechtsströhrerschaft dann verneint, wenn die Rechtsübertragung allein oder vorwiegend den Interessen des neuen Gläubigers (Fiduziars) dient.

Hinzuzufügen ist noch, daß ein Widerruf bei der Vollabtretung bei Ablehnung einer auflösenden Bedingung ja nur eine schuldrechtliche Pflicht zur Rückübertragung auslösen kann, so daß für eine pflichtwidrige Verfügung die oben zu 4 dargestellten Grundföhrle des RG. gelten, wonach eine solche Verfügung also, abgesehen von § 826 BGB., trotz ihrer Pflichtwidrigkeit wirksam ist. Bei der Einziehungsermächtigung dagegen beseitigt ein (wirksamer) Widerruf die Rechtszuständigkeit des Ermächtigten, so daß eine pflichtwidrige Verfügung, außer im Falle eines Gutgläubigkeitsschutzes, unwirksam ist. Damit hängt die von dem Urteil folgerichtig getroffene Unterscheidung zusammen, daß der Schuldner sich nicht gegenüber einem Fiduziar, wohl aber gegenüber einem Einziehungsermächtigten auf einen Widerruf, allgemeiner: auf einen Fortfall des Rechtsgrundes der Übertragung, berufen kann (vgl. hierzu auch RGZ. 134, 291 = JW. 1932, 742 und Siebert, Ztschr. f. d. ges. Handelsrecht, Bd. 98 S. 344 ff.).

6. Wie weit diese reichlich komplizierte Rechtslage im Hinblick auf die berechtigten Interessen aller Beteiligten reformbedürftig ist, kann hier nicht näher dargestellt werden. Immerhin glaube ich, daß sich schon unter der Herrschaft des BGB. einige Vereinfachungen erreichen lassen, wenn man



die bisherige scharfe Trennung von treuhänderischer Rechtsmacht und treuhänderischer Pflicht in der oben angedeuteten Richtung abzuschwächen und innerlich zu überwinden versucht.

Prof. Dr. Wolfgang Siebert, Kiel.

\*  
7. §§ 460, 463 Satz 2, 476, 477 BGB. Nicht jede arglistige Täuschung stellt zugleich ein arglistiges Verschweigen eines Sachfehlers i. S. der §§ 460, 463 Satz 2, 476, 477 BGB. dar. Ein solches Verschweigen liegt vielmehr nur dann vor, wenn der Verkäufer das Vorhandensein des jeweils in Betracht kommenden Mangels der verkauften Sache kennt oder mindestens vermutet und wenn er darauf rechnet, der Käufer werde den ihm nicht offenbaren Mangel nicht entdecken (vgl. RGKomm., 8. Aufl., Bd. 2, § 460 Num. 3 und die dort angeführte Rspr.).

(U. v. 6. Dez. 1935; V 156/35. — Breslau.)

[v. B.]

\*  
8. § 883 Abs. 1 Satz 2 BGB. Solange die Annahme eines Kaufangebotes bzgl. eines Grundstücks noch nicht erfolgt, besteht zwar noch kein Recht auf Übereignung des Grundstücks; es bestand nur eine Anwartschaft darauf, die allerdings dem Sch. durch Vormerkung zugänglich ist, weil diese auch zur Sicherung künftiger Ansprüche nach § 883 Abs. 1 Satz 2 BGB. gegeben ist und durch das Kaufangebot bereits ein Rechtsverhältnis als Grundlage für die künftige Entstehung eines nach Gegenstand und Inhalt bestimmten Anspruchs geschaffen wird (RG.: WarnRspr. 1913 Nr. 184; RG.: Jahrb. 40, 124; 37, 280; LZGRspr. 40, 35; Palandt, 5. Aufl., Note 1e zu § 883 BGB.; RWRKomm., 8. Aufl., Note 10 zu § 883 BGB.).

(U. v. 13. Nov. 1935; V 31/35. — Berlin.)

[v. B.]

\*  
9. § 839 BGB. Eine vom Wasserbauamt ausgestellte Bescheinigung über die amtliche Vermessung eines Schiffes, insbesondere über den Tiefgang des Schiffes, ist nicht dazu bestimmt, dem Verkehr auch eine Gewähr für die Richtigkeit der in ihr über das Schiff gemachten Einzelangaben zu geben. Die Bescheinigung bildet keineswegs die vorgeschriebene notwendige Grundlage für den Registerinhalt, wie z. B. beim Katasterausgang für die Eintragungen im Grundbuch.

Als die in Ausübung anvertrauter öffentlicher Gewalt schuldhaft begangene Amtspflichtverletzung, für deren nachteilige Folgen der Kl. den verklagten Staat verantwortlich macht, wirft jener dem Wasserbauinspektor Sch. vor, bei der amtlichen Vermessung des Motorbootes Dertba fahrlässig den Tiefgang zu niedrig festgestellt und dadurch die Unrichtigkeit der vom Wasserbauamt in K. über die Vermessung ausgestellten Bescheinigung v. 19. April 1926 herbeigeführt zu haben, die ihm der frühere Eigentümer des Schiffes bei dessen Verkauf im Februar 1928 vorgelegt und ihm gutgläubig als richtig bezeichnet, und auf deren amtlichen Inhalt er, Kl., bei dem Schiffskauf sich verlassen habe. Das BG. hat in seinem dem Kl. günstigen Ur. die Unrichtigkeit des in der Bescheinigung angegebenen Tiefganges festgestellt und den Fehler auf eine unsorgfältige Ausführung der vom Wasserbauinspektor Sch. vorgenommenen Vermessung zurückgeführt. Das BG. hält die dem Sch. vorgeworfene Amtspflichtverletzung für keine solche, die ihm dem Kl. gegenüber obgelegen hat, und gelangt aus diesem Grunde zur Abweisung der Klage.

Auf Grund eines Abkommens der Weser-Elbe-Staaten v. 30. Juni 1906 hat Preußen am 27. Febr. 1907 für die Schifffahrt und Fischerei auf der Weser von Hannov.-Münden bis zur Kaiserbrücke in Bremen eine PolW. erlassen. Ihr

§ 7 macht für Schiffe mit mehr als 15 t Tragfähigkeit die Zulassung der Fahrt davon abhängig, daß ihre Tauglichkeit durch ein Schiffspatent von der zuständigen Behörde anerkannt worden ist, und ordnet im Abs. 2 des § 7 an, daß mindestens alle drei Jahre eine Untersuchung des Schiffes stattzufinden hat. Das Patent bedarf ferner nach jeder wesentlichen Änderung oder Ausbesserung des Schiffes und nach dem Übergang des Schiffes an einen anderen Eigentümer, einer Umschreibung durch die Behörde auf dessen Namen. Zur Ausführung dieser Bestimmungen sind vom Präf. der Provinz Hannover durch PolW. v. 2. Sept. 1911 für den Geltungsbereich der vorher genannten PolW. v. 27. Febr. 1907 „Vorschriften über Erteilung von Schiffspatenten und über die regelmäßige Untersuchung der Schiffe auf der Weser“ erlassen worden. Nach dem den Vorschriften beigefügten Muster A gibt das Schiffspatent unter „3. Tragfähigkeit und Abmessungen des Schiffes“ auch den Tiefgang leer und bei voller Ladung an. Ferner ist nach II §§ 8 und 9 der Vorschriften über die dreijährliche Untersuchung des Schiffes, falls es dabei tauglich befunden wird, eine dem Schiffspatent anzufestende „Bescheinigung über Schiffsunter-suchung“ nach dem beigefügten Muster B dem Schiffseigentümer auszustellen, das sich ganz an das Schiffspatent anlehnt und gleichfalls den Tiefgang ausweist.

Ob nun die amtliche Feststellung des Tiefganges des Schiffes für die Aufnahme in die amtliche Untersuchungsbescheinigung ein Amtsgeschäft gebildet hat, das seiner besonderen Natur nach den Rechtskreis des Kl. berührt und daher dem Wasserbauinspektor Sch. ihm gegenüber obgelegen hat, läßt sich nur daraus entnehmen, welchen Zwecken die Bescheinigung mit ihren einzelnen Angaben zu dienen bestimmt ist.

Das BG. mißt der Schiffsunter-suchung und damit auch der auf ihm fußenden Bescheinigung nur sicherheitspolizeiliche Bedeutung bei. Die Rev. will dagegen die Bescheinigung auch als für den Rechtsverkehr bestimmt angesehen wissen. Ihr kann nicht beigetreten werden. Die Untersuchung bezweckt nur die Feststellung, ob das Schiff für die Schifffahrt auf der Weser, ihren Quells- und Nebenflüssen, tauglich war. Mehr als diese festgestellte Tauglichkeit bescheinigt auch die über die Untersuchung ausgestellte amtliche Urkunde nicht. Ihre Einzelangaben über das Schiff dienen lediglich seiner Beschreibung und werden amtlich nicht als richtig bezeugt. Ob deshalb die Bescheinigung wenigstens insoweit für den rechtsgeschäftlichen Verkehr Bedeutung beanspruchen kann, als es für diesen auf die Tauglichkeit des Schiffes für die Schifffahrt im Wesergebiet ankommt, mag offenbleiben. Sie ist jedenfalls nicht dazu bestimmt, diesem Verkehr auch eine Gewähr für die Richtigkeit der in ihr über das Schiff gemachten Einzelangaben zu geben. Insoweit hat die Urkunde tatsächliche, aber keine rechtliche Bedeutung, ein Umstand, der nicht ausreicht, eine Amtspflicht der Beamten, welche die Bescheinigung ausstellen und die ihr zugrunde liegende Schiffsunter-suchung vornehmen, Dritten gegenüber zu begründen, welche die Tragweite der Bescheinigung verkennen. Daran wird auch dadurch nichts geändert, daß der dem rechtsgeschäftlichen Verkehr dienende, unter Übernahme der Eintragungen aus dem Schiffsregister ausgestellte Schiffsbrief des Schiffes auf die Bescheinigung v. 19. April 1926 Bezug nimmt. Abgesehen davon, daß solche Bezugnahme nur hinsichtlich der Eintragung der Tragfähigkeit des Schiffes und der Stärke seines Motors erfolgen darf und erfolgt ist (siehe § 36 BrMgVfg. v. 11. Dez. 1898 über die Führung des Schiffsregisters [JMBL. 753 f.]), also den Tiefgang des Schiffes nicht betrifft, war die Schiffsregisterbehörde für den einzutragenden Inhalt nicht auf die Glaubhaftmachung gerade durch die Untersuchungsbescheinigung angewiesen, sondern durfte sich die notwendige Kenntnis auch durch andere Zeugnisse oder Erklärungen beschaffen. Die Bescheinigung bildet anders, als z. B. der Katasterausgang für die Eintragungen im Grundbuch, keineswegs die vorgeschriebene notwendige Grundlage für den Registerinhalt.

(U. v. 25. Okt. 1935; III 73/35. — Celle.)

[v. B.]



10. § 839 BGB. Nach feststehender Rspr. des RG. (RGZ. 85, 339 = JW. 1915, 31; RGZ. 95, 299 = JW. 1919, 502; RGZ. 122, 80 = JW. 1929, 110; RGUrt. v. 3. Febr. 1931, III 190/30: JW. 1931, 2465<sup>1)</sup>) ist der Notar kraft seiner Amtspflicht gehalten, sich bei der Beurkundung eines Grundstückskaufvertrags davon zu überzeugen, ob dem Käufer die Grundstücksbelastungen zuverlässig bekannt sind. Nach der ständigen Rspr. des RG. hat der Notar zwar nicht als Vormund der Parteien tätig zu sein. Er darf andererseits aber auch nicht uninteressiert und untätig geschehen lassen, daß die Beteiligten infolge ihrer Unkenntnis rechtlicher oder wirtschaftlicher Zusammenhänge die Gefahr eines Schadens laufen, der durch richtige Beratung un schwer vermieden werden könnte, während er einmal eingetreten, vielfach nicht wieder gutzumachen ist. Feste Regeln über Ausübung und Umfang dieser Belehrungspflicht sind allerdings in der Rspr. nicht aufgestellt worden, vielmehr muß hierfür die Lage des Einzelfalles ausschlaggebend sein. Dabei ist jedoch anerkannt, daß der Notar zum wenigsten bei einer naheliegenden Gefährdung mit seiner Belehrung und seinem Räte einzugreifen hat (RGUrt. v. 4. Nov. 1921, III 302/21: JW. 1922, 805<sup>7)</sup>, und v. 15. Mai 1928, III 463/27: JW. 1928, 1862<sup>15)</sup>).

(U. v. 12. Nov. 1935; III 95/35. — Celle.) [b. B.]

\*

\*\* 11. § 2039 BGB.; §§ 3, 6 ZPO. Der Streitwert der Klage eines Miterben gem. § 2039 BGB. ist nach dem gesamten Anspruch, nicht nach dem Anteil des Miterben zu bemessen. Die bisherige gegenteilige Ansicht wird aufgegeben. †)

Die verstorbene Frau verm. von V. hat als gesetzliche Erbin sechs Geschwister (darunter die Kl.) sowie Kinder und Enkel von zwei weiteren Geschwistern hinterlassen. Sie hat vor Notar K. gem. § 2238 BGB. durch Übergabe einer Schrift ein Testament errichtet, worin sie über den Nachlaß verfügte. Das Mobiliar sollte nach Bestimmung durch das Los entweder einem von drei Nissen ihres Mannes oder ihrem Bruder Wilhelm zufallen, das herrschaftliche Hausmobilien und alle persönliche Habe ihrer Schwester Margarete. Für den Fall, daß ihr Bruder das Gut erhalte, solle er nur Vorerbe und sein Sohn Joachim Nacherbe sein. Auf Antrag einer Gläubigerin wurde die Nachlaßverwaltung angeordnet und der Vekl. zum Nachlaßverwalter bestellt. Der Wert des Nachlasses beträgt 36—37 000 RM.

Mit der Klage beantragte die Kl.,

1. festzustellen, daß das Testament nichtig sei;
2. den Vekl. zu verurteilen, den Nachlaß an die gesetzlichen Erben auszuliefern.

Während das LG. die Klage abwies, erkannte das BG. nach den Anträgen der Kl.

Der Notar K., dem der Streit verkündet war, ist dem Vekl. als Streithelfer beigetreten und hat Rev. mit dem Antrage eingelegt, das landgerichtliche Urte. wiederherzustellen. Die Parteien haben bisher nur über die Zulässigkeit der Rev. verhandelt. Die Kl. verneint sie, weil als Beschwerdewert nur ihr Anteil an dem Nachlaß, also  $\frac{1}{3}$  in Betracht komme und die Revisionssumme damit nicht erreicht sei. Der Streithelfer dagegen sieht den Wert des gesamten Nachlasses als maßgebend an. Seiner Auffassung ist beizutreten.

Den Gegenstand des Revisionsverfahrens bildet der zwischen den Hauptparteien streitige Anspruch. Er bestimmt den Wert des Beschwerdegegenstandes auch für die vom Streithelfer eingelegte Rev. Inhaltlich ist der aus ihm hergeleitete Antrag nicht nur auf Feststellung der Richtigkeit des Testaments gerichtet, sondern auch auf Herausgabe

des Nachlasses an die Gemeinschaft der gesetzlichen Erben, zu der die Kl. gehört und an der sie mit  $\frac{1}{3}$  beteiligt ist. Für den Anspruch auf Herausgabe einer Sache berechnet sich der Streitwert nun grundsätzlich nach dem Wert der Sache, ebenso wie er sich bei Forderung einer bestimmten Geldsumme nach deren Betrag bestimmt. Von diesem aus § 6 sich ergebenden Grundsatz ist das RG. abgewichen, wenn der Anspruch zu einem Nachlaß gehört und ein Miterbe gem. § 2039 BGB. die Leistung an alle Erben fordert. Es soll dann der Streitwert in Anwendung des § 3 ZPO. nach dem Interesse zu bemessen sein, das der klagende Miterbe an der geforderten Leistung hat. Dieses Interesse wird dem Bruchteile des Wertes der Leistung gleichgesetzt, der dem Anteil des Miterben an der Erbschaft entspricht. Ob es sich vorl. um einen Anspruch handelt, der zum Nachlaß gehört, braucht in diesem Zusammenhange nicht entschieden zu werden. Auch wenn das nicht zutreffen sollte, so müßte doch für den durch einen Miterben gegen den Nachlaßverwalter erhobenen Anspruch auf Herausgabe entsprechendes gelten.

Die zuletzt in RGZ. 93, 127 = JW. 1918, 559 ausführlicher begründete Auffassung des RG. hat in Rspr. und Schrifttum wachsenden Widerspruch erfahren. An ihr kann nach erneuter Prüfung nicht festgehalten werden. Wird die Herausgabe einer Sache gefordert, so kann sich der Wert des Streitgegenstandes nur nach dem Inhalt des geltend gemachten Anspruchs, d. h. nach dem Werte der herauszugebenden Sache bestimmen, nicht aber nach dem Interesse, das der Kl. an der Herausgabe hat, und das ebensowohl höher als geringer sein kann. Es ist auch ohne Belang, ob die Herausgabe an den Kl. selbst oder an einen Dritten verlangt wird. Die Besonderheit des dem Miterben durch § 2039 BGB. eingeräumten Anspruchs liegt auf einem hiermit außer Zusammenhang stehenden Gebiet. Sie besteht darin, daß der einzelne Miterbe die Leistung an alle Erben fordern kann, obwohl der Gegenstand der Leistung den Erben nur in ihrer gesamthänderischen Gemeinschaft zusteht. Diese Einziehungsbefugnis ist dem einzelnen Miterben, wie die Kommissionsprotokolle ergeben (S. 8105 f.), aus praktischen Gründen gewährt worden. Es heißt dort: „Die Erhebung der Klage durch alle Gemeinschaftler ist häufig nahezu unausführbar. Wenn ein einzelner Genosse, sei es aus Indolenz, sei es aus Eigensinn sich weigert, sich an der Geltendmachung des gemeinschaftlichen Anspruchs zu beteiligen, so könnte dies ohne die Gewährung individueller Klagerechte geradezu zur Schlußlosigkeit der anderen Genossen führen.“ Allerdings kann der klagende Miterbe nicht als Vertreter der Gesamtheit angesehen werden, und es trifft zu, daß von der Rechtskraft des ergehenden Urte. nur die Parteien des Prozesses betroffen werden. Das läßt aber die Tatsache unberührt, daß den Gegenstand des Rechtsstreits der gesamte Anspruch bildet, und daß der Gegner im Falle der Verurteilung sich nur durch volle Leistung befreien kann.

Die hier vertretene Auffassung entspricht auch der Billigkeit. Ein verurteilendes Erkenntnis wird regelmäßig auch den übrigen Miterben zugute kommen. Ferner wird das nur schwer tragbare Ergebnis vermieden, wonach im Falle der Verurteilung zur Zahlung eines die Revisionssumme übersteigenden Geldbetrages oder zur Herausgabe von Sachen mit einem diese Summe übersteigenden Werte der Vekl. dann nicht in der Lage sein würde, das Rechtsmittel einzulegen, wenn das Interesse des Kl. die Revisionssumme nicht erreichen sollte. Die gleiche Erwägung gilt, wenn die Berufungsfähigkeit der Sache in Frage gestellt sein würde. Schließlich sei noch darauf hingewiesen, daß die jetzt angenommene Meinung auch der Ordnung der sachlichen Zuständigkeit des BG. und des LG. mehr gerecht wird.

(Beschl. v. 16. Dez. 1935; IV 139/35.)

[L.]

**Anmerkung:** Es ist zu begrüßen, daß das RG. seine bisherige Ansicht aufgegeben und zu dem im obigen Beschluß ausgeführten Ergebnis gelangt ist. Der in der Entsch. erwähnte Widerspruch in Rspr. und Schrifttum findet sich vor allem an folgenden Stellen: LG. Osn. v. 5. Dez. 1933:



*JW.* 1934, 180<sup>3</sup>; *Neuß* in der *Anm.* zu *DVG.* Kiel vom 21. Dez. 1933: *JW.* 1934, 439<sup>12</sup>; *DVG.* Hamburg vom 26. April 1934: *JW.* 1934, 1371<sup>5</sup>; *Gaedek* in der *Anm.* zu *DVG.* Siegen v. 26. Mai 1934: *JW.* 1934, 2274<sup>9</sup>; *Hensen* in der *Anm.* zu *DVG.* Kiel v. 11. Juli 1934: *JW.* 1934, 2637<sup>13</sup>; *Bein:* *JW.* 1935, 1528; *Weber:* *JW.* 1935, 1530; *RG.* v. 17. April 1935: *JW.* 1935, 1580; *DVG.* Kassel v. 22. Febr. 1935: *JW.* 1935, 1583<sup>23</sup>; *DVG.* Rudolstadt v. 9. Juli 1935: *JW.* 1935, 2525<sup>75</sup> und *Hensen* in der *Anm.* dazu; *DVG.* Raumburg v. 4. Dez. 1935, unten S. 682<sup>50</sup>.

D. S.

**\*\*12. § 4 PatG.** Die Verletzung eines Verfahrenspatentes geschieht nicht durch Herstellung einer der Ausübung des Verfahrens dienenden Maschine, die ins Ausland geliefert werden soll und im Inland nur erprobt wird.

Die Kl. ist die Inhaberin einer ausschließlichen Lizenz an den deutschen Patenten 262 288 und 374 579. Das DRP. 262 288 schützt nach dem Patentanspruch ein Verfahren zum Umbiegen der Ränder an Lederstücken, dadurch gekennzeichnet, daß das Lederstück an der einen Seite seines Randes durch Hitze oder ein ähnlich wirkendes Mittel derart zum Zusammenschrumpfen gebracht wird, daß sich die andere Seite des Lederrandes gegen die zusammengeschrumpfte Seite krümmt. Der Anspruch 1 des DRP. 374 579 lautet auf ein Verfahren zum Umbiegen und Anpressen des Randes von Lederstücken, bei dem eine Seite des Leders durch Hitze zum Zusammenschrumpfen gebracht wird, dadurch gekennzeichnet, daß der Rand des Lederstückes während des Krümmens der ungeschrumpften Seite gegen die zusammengeschrumpfte Seite noch heißem Zustande absehbenden Hammer schlägen ausgesetzt wird, um den Rand über die zusammengeschrumpfte Seite zu biegen. Der Anspruch 2 betrifft ein Verfahren nach Anspruch 1, dadurch gekennzeichnet, daß während des Zusammenschrumpfens ein abgebogener Grat an dem Lederrand geschaffen wird, der so über die geschrumpfte Seite gebogen wird, daß er die letztere überlappt.

Die Bekl. stellt in Deutschland eine Oberleder-Rantenbrennmaschine „Burenda“ her. Jede einzelne fertigestellte Maschine prüft sie, indem sie mit ihr die Ränder eines Abfall-Lederstückes bearbeitet. Das bearbeitete Lederstückchen heftet sie mittels einer plombierten Verbindung der Maschine zum Zwecke ihres richtigen Arbeitens an. Die fertigen Maschinen vertreibt sie ins Ausland. Sie läßt ferner in Deutschland eine Werbeschrift für die Burenda-Maschine drucken und versendet sie ins Ausland.

Die Kl. erblickt in dem Verhalten der Bekl. eine zum mindesten grobfahrlässige Verletzung ihrer Patente. Sie hat Klage erhoben

1. auf ein Verbot an die Beklagte,
  - a) auf der von ihr hergestellten Oberleder-Rantenbrennmaschine Ränder von Lederstücken dadurch umzubiegen, daß das Lederstück an der einen Seite seines Randes durch Hitze derart zum Zusammenschrumpfen gebracht wird, daß sich die andere Seite des Lederrandes gegen die zusammengeschrumpfte Seite krümmt,
  - b) insbesondere dann, wenn der Rand des Lederstückes nach dem Brennen durch einen Stoffdrücker mit abfallenden Schlägen niedergedrückt wird,
2. auf Verurteilung der Bekl., Rechnung zu legen, auf wieviel von ihr hergestellten und versandten Oberleder-Rantenbrennmaschinen sie vor der Versendung der Maschinen an die Besteller das Verfahren gemäß Antrag zu 1a und b ausübt habe, unter Angabe der Zeiten der Lieferung und der Preise der gelieferten Maschinen,
3. auf Feststellung, daß die Bekl. verpflichtet sei, der Kl. den durch die Zuwiderhandlungen gegen die Unterlassungspflicht gemäß Antrag 1 entstandenen Schaden zu ersetzen.

Gegen die die Klage abweisende Entsch. des VG. hat die Kl. Berufung eingelegt. Unter Wiederholung der Anträge zu 1, 2 und 3 hat sie weiter beantragt,

4. der Bekl. zu verbieten, die von ihr mit der Überschrift: „Burenda“ Schönerer Oberleder-Steppkanten herausgebrachten Prospekte zu vertreiben,
5. der Bekl. zu verbieten, Oberleder-Rantenbrennmaschinen herzustellen, feilzuhalten und in Verkehr zu bringen, bei denen das Lederstück an der einen Seite seines Randes durch Hitze derart zum Zusammenschrumpfen gebracht wird, daß sich die andere Seite des Lederrandes gegen die zusammengeschrumpfte Seite krümmt und bei denen der Rand des Lederstückes in noch heißem Zustande durch einen Stoffdrücker mit absehbenden Schlägen niedergedrückt wird.

Berufung und Revision blieben erfolglos.

Die Patente 262 288 und 374 579, an welchen die Kl. eine ausschließliche Lizenz besitzt, aus der allein sie die Berechtigung zur Verfolgung der von ihr gestellten Klageanträge ableitet, schützen nach der Fassung ihrer Ansprüche Verfahren. Die Kl. stellt nicht in Abrede, daß es sich bei dem Patent 262 288 lediglich um ein Patent solcher Art handele, vertritt aber — auch noch in der Rev. — die Auffassung, durch das Patent 374 579 sei nicht nur das darin beschriebene Verfahren, sondern auch die zur Ausübung des Verfahrens erforderliche Vorrichtung geschützt. Das VG. lehnt diese Auffassung ab und begründet von solcher Stellungnahme aus die Abweisung der Klageanträge. Dabei stellt es fest, daß die als patentverlegend beanstandete Rantenbrennmaschine der Bekl. nicht nur nach dem im DRP. 262 288, sondern auch — was die Bekl. in Abrede gestellt hat — nach dem im DRP. 374 579 beschriebenen Verfahren arbeite. Die Erwägungen des VG. lassen einen entscheidungserheblichen Rechtsirrtum nicht erkennen.

Geht man davon aus, daß es sich bei den beiden Klagepatenten um Verfahrenspatente handelt, so kommen zunächst folgende Fälle unmittelbarer Benutzung in Betracht.

Von den vier dem Rechtsinhaber in § 4 PatG. vorbehaltenen Arten der Benutzung scheidet bei einem Verfahrenspatent die Herstellung begrifflich aus.

In den Verkehr gebracht wird ein Verfahren, immer unter dem Gesichtspunkt unmittelbarer Benutzung betrachtet, nicht bereits durch den aus Erwerbsrückichten (*JW.* 1903, 248<sup>3</sup>; *PatMusikZeichBl.* 9 [1903], 229) erfolgenden Übergang der Verfügungsmöglichkeit über die zur Ausführung des Verfahrens nötige Vorrichtung (*RGZ.* 65, 157 [159] = *JW.* 1907, 185; *RGZ.* 101, 135 [139] = *JW.* 1921, 1534; *RGZ.* 146, 26 [28] = *JW.* 1935, 1568<sup>13</sup>; *RGUrt.* vom 19. Juli 1935, I 40/35), wohl aber durch entsprechende Entäußerung der Verfahrensvorschrift (*RGZ.* 46, 14; 75, 128 [131] = *JW.* 1911, 227; *RGZ.* 101, 135 [138]). Für das VG. bestand jedoch kein Anlaß, hierauf einzugehen, da die Kl. in ihren Klageanträgen weder auf diese Handlungsweise der Bekl. abgestellt noch sie in diesem Sinne zur Begründung der Klageanträge herangezogen hat. Eine Bezugnahme auf das Unterweisungsbuch ist lediglich in Zusammenhang mit den Ausführungen der Kl. zu der von der Bekl. zur Prüfung der Maschinen vorgenommenen Bearbeitung von Lederstückchen erfolgt (*Klageschrift* S. 7). Ein Verstoß gegen § 139 *BPO.* ist danach insoweit nicht ersichtlich.

Als unzulässiges Inverkehrbringen und gleichzeitig auch Feilhalten des Verfahrens hat die Kl. dagegen herangezogen, daß die Bekl. der Werbung für die Burenda-Maschine dienende Druckstücke vom Inland ins Ausland versandt habe. Das VG. hält die Auffassung der Kl. schon deshalb für unbegründet, weil das Feilhalten einer zur Ausführung eines Verfahrens dienenden Maschine nicht dem Feilhalten des Verfahrens selbst gleichzusetzen sei. Dem ist, wenn man den Sachverhalt lediglich unter dem Gesichtspunkt unmittelbarer Benutzung betrachtet, zuzustimmen (*RGZ.* 65, 157 [159]; *RGUrt.* v. 19. Juli 1935, I 40/35). Nicht ausdrücklich eingegangen ist dabei allerdings im U. auf die Behauptung der Kl., es sei in dem Werbeschriften auch eine das



Nacharbeiten ermöglichende Beschreibung des Verfahrens der Patente enthalten. Dadurch wird jedoch daran nichts geändert, daß, wie das BG. ohne Rechtsirrtum angenommen hat, die Bekl. in dem Werbeschreiben nicht das Verfahren, sondern die von ihr hergestellten Maschinen angeboten hat. Ein Feilhalten des Verfahrens kommt somit insoweit nicht in Betracht. Was die Benutzung durch Inverkehrbringen angeht, so kann allerdings in einem Werbeschreiben ein Inverkehrbringen liegen. Trotzdem das BG. die Sachlage in dieser Hinsicht nicht gewürdigt hat, ist jedoch nach dem festgestellten Sachverhalt dem Ergebnis, zu welchem das BL. gelangt ist, beizupflichten. Aus dem Grundsatz der Beschränkung des Geltungsbereichs eines Patents auf das Gebiet des Deutschen Reichs ergibt sich, daß ein Eingriff in das deutsche Patentrecht nicht durch Handlungen erfolgen kann, die zwar zum Teil innerhalb des Deutschen Reichs vor sich gehen und insoweit eine örtliche Beziehung zu diesem haben, eine zu dem Patentrecht in Beziehung stehende Wirkung aber ausschließlich im Ausland ausüben (RGZ. 30, 52 [55]). Ein das Verfahren eines inländischen Patents darstellendes Werbeschreiben, das zwar im Inlande hergestellt, aber lediglich im Auslande vertrieben wird, kann aus diesem Grunde nicht lediglich deshalb als patentverlegend angesehen werden, weil die Vererbung vom Inlande aus erfolgt. Denn die patentverlegende Wirkung vollzieht sich erst im Ausland. Sie liegt, soweit z. B. ein Feilhalten des Verfahrens in Frage steht, erst in dem erfolgten Angebot an den Dritten, das erst durch das Zugehen an den Dritten im Ausland bewirkt wird. Auch ein Inverkehrbringen eines Verfahrens kann erst durch die erfolgte Mitteilung der Beschreibung als bewirkt angesehen werden. Daß Gesichtspunkte des öffentlichen Nutzens dieser Auffassung entgegenstehen, ist nicht ersichtlich. Es handelt sich vielmehr lediglich um eine Folge der vom deutschen Gesetz selbst aus höheren, hier nicht im einzelnen zu erörternden Gesichtspunkten, z. B. dem der Machtabgrenzung, angeordneten, räumlichen Beschränkung des Patentschutzes. Soweit aus der Entsch. dieses Senats in RGZ. 46, 14 [17] eine abweichende Stellungnahme zu dieser Frage, deren Beantwortung der Senat übrigens in der Entsch. RGZ. 75 128 [131] = JW. 1911, 227 wieder offengelassen hat, zu entnehmen sein sollte, kann sie nicht aufrechterhalten werden. Das gleiche muß hinsichtlich der Entsch. RGZ. 51, 139 [142] gelten, soweit man ihr über das Inverkehrbringen von Erzeugnissen hinaus Bedeutung zusprechen wollte.

Endlich kommt in Frage, ob die Bekl. die der Kl. geschützten Verfahren im Inlande gebraucht, d. h. bestimmungsgemäß ausgeführt hat. Die Kl. sieht eine unzulässige und mittelbare Anwendung des Verfahrens darin, daß die Bekl. die von ihr hergestellten lediglich ins Ausland gelieferten Maschinen auf ihr ordnungsmäßiges Arbeiten hin dadurch geprüft hat, daß sie mit ihr die Ränder eines zur Weiterverarbeitung nicht geeigneten Lederabfallstücks bearbeitet und dann dieses Abfallstück der betreffenden Maschine bei deren Lieferung ins Ausland beigelegt hat. Sie erblickt ferner eine unzulässige mittelbare Benutzung ihrer Patente darin, daß die Bekl. zur Ausübung der ihr geschützten Verfahren bestimmte Maschinen überhaupt im Inlande hergestellt hat. Im BL. wird abgelehnt, die Handlungsweise der Bekl. insoweit als patentverlegend zu betrachten: Eine unzulässige mittelbare Benutzung des Verfahrens komme schon deshalb nicht in Frage, weil die Maschinen lediglich zum Vertrieb ins Ausland hergestellt und nur dorthin vertrieben seien, aus diesem Grunde aber der eine Voraussetzungen für die mittelbare Verletzung eines Verfahrenspatents bildende Umstand nicht gegeben sei, daß der Dritte, welchem der Hersteller einer zur Anwendung eines geschützten Verfahrens dienenden Maschine eine solche geliefert habe oder zu liefern bereit sei, von dieser einen zum mindesten objektiv patentverlegenden Gebrauch mache oder machen werde. Da ferner durch die probeweise Inbetriebsetzung der Maschinen zur Bearbeitung eines zur Weiterverarbeitung nicht verwendbaren Lederstückes die geschützten Verfahren lediglich zur Prüfung ihres ordnungsmäßigen Ganges, nicht aber, auch nicht probeweise, zur Be-

friedigung des Bedürfnisses ausgeübt würden, dem sie zu dienen bestimmt seien, nämlich zur Herrichtung des Randes von Lederstücken in einer feine Weiterverarbeitung ermöglichenden oder doch erleichternden Weise, so sei auch insoweit in der Handlungsweise der Bekl. eine Patentverletzung nicht zu erblicken.

Im Ergebnis ist diese Stellungnahme des BG. nicht zu beanstanden. Was zunächst die Frage der mittelbaren Benutzung angeht, die in dem vorliegenden Zusammenhang zweckmäßig vor der Würdigung des weiter zur Erörterung stehenden Sachverhalts zu behandeln ist, so erhebt die Rev. keinen bestimmten Angriff, sondern bittet nur um Nachprüfung der Erwägungen des BG. Diese lassen jedoch einen Rechtsirrtum nicht erkennen. In der Entsch. des Senats v. 31. Jan. 1931 (nachträglich in den maßgebenden Teilen abgedruckt RGZ. 146, 26 = JW. 1935, 1568<sup>13</sup>) sind die Voraussetzungen mittelbarer Patentverletzung grundsätzlich dargelegt. Diese erfordert danach nicht nur die Lieferung zur Ausführung eines Verfahrenspatents geeigneter Vorrichtungen in dem Bewußtsein, daß diese vom Erwerber auch in dieser Weise verwendet werden würden, sondern auch eine objektiv unbefugte Benutzung dieser Vorrichtungen durch den Erwerber (vgl. auch RGZ. 133, 326 [330] = JW. 1932, 1826; ferner RGRUrt. v. 19. Juli 1935, I 40/35). Ist diese Benutzung nicht patentverlegend, weil sie im Ausland erfolgt und daher von dem in seiner Wirksamkeit auf das Gebiet des Deutschen Reichs beschränkten Schutzrecht nicht ergriffen wird, so kann auch in der Lieferung einer solchen Maschine vom Inlande ins Ausland nicht eine mittelbare patentverlegende Benutzung des Verfahrens liegen, zu dessen Ausführung die Maschinen dienen. Zu einer Änderung dieser bereits im Ur. v. 19. Juli 1935 (I 40/35) vertretenen Stellungnahme sieht der Senat keine Veranlassung. Es handelt sich insoweit lediglich um eine Folge der gesetzlich festgelegten Beschränkung des räumlichen Geltungsbereichs der durch das Patent verliehenen Berechtigung. Daß allgemeine Belange des nationalen Wirtschaftslebens bei Zugrundelegung dieser Auffassung geschädigt würden, ist nicht ersichtlich. Es wird vielmehr dadurch den in Betracht kommenden nationalen Betrieben die Betätigung auf dem vom Patent nicht ergriffenen ausländischen Wirtschaftsmarkt freigehalten. Der rechtspolitische Gesichtspunkt, der im wesentlichen zur Anerkennung der Verletzung eines patentierten Verfahrens durch mittelbare Benutzung geführt hat, kann zu der von der Kl. erstrebten Stellungnahme nicht Veranlassung geben, daß schon die inländische Herstellung von Maschinen, die der Ausübung eines im Inlande geschützten Verfahrens im patentfreien Ausland dienen sollen, als patentverlegende mittelbare Benutzung des Verfahrens anzusehen sei. Denn dieser Gesichtspunkt, die Vervollständigung des unzureichenden Verfahrensschutzes, kann der gegebenen Rechtslage nach Bedeutung nur für das dem Patentschutz gesetzlich eingeräumte Geltungsgebiet haben.

Was die Erprobung der Maschinen und die Beifügung der Erprobungsstücke bei der Lieferung der Maschinen angeht, so stellt die Rev. im wesentlichen darauf ab, daß die Bekl. durch die Erprobung jeder Maschine und die daraufhin in Gehalt des bearbeiteten Lederstückchens ihr beigelegte Bestätigung dieser Erprobung den Wert der Maschine für den Käufer erhöhe und in diesem Sinne die geschützten Verfahren im Inlande gewerbsmäßig anwende. Diese Erwägungen können jedoch nicht entscheidend zugunsten der von der Kl. erstrebten Stellungnahme ins Gewicht fallen. Ist die Bekl., wie rechtsirrtumsfrei angenommen worden ist, befugt, zur Anwendung der geschützten Verfahren dienende, nicht zur Lieferung ins Ausland bestimmte, Maschinen herzustellen, so kann in ihrer am Ort der Herstellung erfolgenden Erprobung auf ordnungsmäßigen Gang nicht eine patentverlegende Anwendung des Verfahrens erblickt werden, wenn bei dieser Erprobung Erzeugnisse nicht hergestellt werden, die als solche gewerblicher Wertung dienen können. Zum mindesten muß es bei einer Maschine, bei welcher, wie die Bekl. unwiderprochen behauptet hat, zum ordnungsmäßigen Gang eine mit dem Auge nicht ohne weiteres feststellbare Einstellung auf Bruchteile von Millimetern notwendig ist, als zur ordnungsmäßigen Herstellung gehörig betrachtet werden, daß eine Erprobung der



Maschinen auf ihre richtige Einstellung durch Bearbeitung eines Probestückes stattfindet. In solchem Falle handelt es sich insoweit um eine zur zulässigen Herstellung der Maschine gehörige Erprobung dieser, nicht des Verfahrens als solchen. Die Beifügung des zu weiterer Verarbeitung nicht geeigneten Erprobungsstückes bei der Lieferung der Maschine stellt demzufolge auch lediglich die Beifügung eines Augenscheinstückes dafür dar, daß die Maschine mit zufriedenstellendem Ergebnis auf ihren ordnungsmäßigen Gang geprüft ist. Erschöpft sich, wie es vorliegend der Fall ist, die Verwendbarkeit eines solchen Erzeugnisses in solcher Zweckbestimmung, so handelt es sich nicht um ein Erzeugnis der von § 4 Satz 2 PatG. betroffenen Art. Denn durch diese Bestimmung werden zwar alle Erzeugnisse eines geschützten Verfahrens, von Anwendungspatenten abgesehen, auch die für andere Zwecke als die im Patent genannten geeigneten (RGZ. 85, 95 [98] = JW. 1914, 933), mitgeschützt, aber, wie sich aus dem Begriff der Erfindung ergibt, nur solche, die infolge der ihnen durch das geschützte Verfahren gegebenen Beschaffenheit ein technisches Bedürfnis zu erfüllen geeignet und deswegen gewerblich verwertbar sind, nicht aber solche, die lediglich die Eigenschaft einer Beweisurkunde besitzen. Eine Anwendung der in RGZ. 51, 142 entwickelten Grundsätze über das Inverkehrbringen von geschützten Erzeugnissen kommt aus diesem Grunde nicht in Frage. Inwiefern sich an diesem Sachverhalt durch die Beifügung der Werbeschrift etwas ändern sollte, ist nicht ersichtlich. Der Auffassung der Rev. kann in dieser Beziehung nicht gefolgt werden.

Es ergibt sich demnach, daß die Klageansprüche unter dem Gesichtspunkt der Verletzung eines Verfahrenspatents mit Recht als unbegründet betrachtet worden sind. Daß sie ganz oder zum Teil unter dem Gesichtspunkt berechtigt erscheinen könnten, daß in dem Patent 374 579 eine Vorrichtung geschützt sei, hat der VerK. abgelehnt, da schon der Ausgangspunkt für eine solche Würdigung des Sachverhalts, das genannte Patent schütze nicht ein Verfahren, sondern nur eine Vorrichtung, nicht als richtig anerkannt werden könne. Für diese Stellungnahme des BG. ist folgende Erwägung entscheidend gewesen: Die Umdeutung eines Patents in eine andere Patentart, als der Wortfassung seines Anspruchs entspreche, könne nur dann erfolgen, wenn zwingende Gründe dies erforderten, nämlich dann, wenn die der Wortfassung entsprechende Art des Patentschutzes dem wahren Wesen der Erfindung nicht entspreche oder sie nicht erschöpfend wiedergebe. Diese Voraussetzungen seien im vorliegenden Fall nicht erfüllt, zumal ein so einfaches Verfahren mittels ganz verschiedener Vorrichtungen ausgeübt werden könne. Daß in der Patentbeschreibung auch eine Vorrichtung zur Ausübung des Verfahrens in allen Einzelheiten beschrieben sei, ändere hieran um so weniger, als die zur Anwendung des Brennverfahrens bestimmten Teile, die Brennvorrichtung und die Lederführung, bereits durch das vorherveröffentlichte Patent 264 814 bekannt gewesen seien und an dem DRP. 374 579 somit neu lediglich die die absehbenden Schläge ausführende Hammervorrichtung gewesen sei.

Einen entscheidungserheblichen Rechtsirrtum lassen diese Erwägungen nicht ersehen. Es ist dem BG. darin beizutreten, daß wegen der Verschiedenheit des durch ein Patent auf ein Verfahren und eine Vorrichtung oder ein Erzeugnis gewährleisteten Patentschutzes die Würdigung eines Patents als einer anderen als der vom Anmelder gewählten und von der Erteilungsbehörde gutgeheißenen Art zugehörig nur erfolgen darf, wenn es sich um einen offensichtlichen, dem Wesen der Erfindung nicht gerecht werdenden Fehlgriff in der Ausdrucksweise handelt (GewRSch. 1934, 28 [34]). Einen solchen läßt die Patentbeschreibung nicht erkennen. Nach dem Inhalt der Beschreibung handelt es sich um eine Verbesserung des aus dem DRP. 374 579 offenbarten Verfahrens und der dabei aufgetretenen Mißstände (Beschreibung S. 1 Zeile 1—28). Diese Verbesserung erfolgt nach der weiteren Beschreibung dadurch, daß zu dem durch das DRP. 262 288 eingeführten Brennvorrichtung ein in bestimmter Weise erfolgender Hämmerungsvorgang hinzugefügt und dem Lederstück eine besonders zweck-

mäßig erscheinende Gestaltung gegeben wird (S. 1 Zeile 29 bis 40). Danach ist die in dieser Weise erfolgende verbesserte Einwirkung auf das Werkstück, also ein Verfahren, der Gegenstand der Erfindung. Daß die dementsprechende Fassung der Ansprüche das Wesen der Erfindung nicht wiedergebe, kann danach nicht gesagt werden. Gegen die Würdigung des Patents als eines Verfahrenspatents sind daher entscheidende Bedenken nicht zu erheben. Neben diesem Verfahrenspatent hätte bei genügender Erfindungshöhe, welche das BG. allerdings verneint, möglichenfalls auch ein Schutzanspruch auf die weiter beschriebene Vorrichtung, mit welcher die erstrebten Einwirkungen auf das Werkstück ausgeübt werden, beansprucht und erteilt werden können (vgl. RWrt. v. 1. Juni 1907, I 571/06). Da dies nicht geschehen ist, kann jedoch der Patentinhaber Anspruch auf entsprechenden Patentschutz nicht machen und nicht, wie es die Kl. im zweiten Rechtszuge und auch in der RevJust. geltend gemacht hat, begehren, daß dem Patentinhaber neben dem durch das erteilte Verfahrenspatent ihm von der Erteilungsbehörde allein gewährten Schutz noch ein solcher auf eine Vorrichtung gegeben werde. Das ist für das Nichtigkeitsverfahren anerkannt (GewRSch. 1933, 314). Für den Verletzungsstreit kann insoweit nichts anderes gelten.

(U. v. 19. Okt. 1935, I 350/34. — Frankfurt a. M.) [R.]  
 (= RGZ. 149, 102.)

13. § 1 UmlWG. B. D. des Reichskommissars für Preisüberwachung v. 21. Dez. 1934 (RGBl. I, 1280). Die Preisunterbietung allein ist noch kein unerlaubtes Mittel im Wettbewerbskampf, anders liegt der Fall z. B. dann, wenn zu Verlustpreisen angeboten wird um andere Wettbewerber zu vernichten und dann selbst die Preise dem Marke zu diktieren. Auch der Verkauf zu Verlustpreisen braucht nicht schlechthin sittenwidrig zu sein, sondern kann durch die Gestaltung des Betriebes gerechtfertigt sein. †)

Das BG. geht mit Recht davon aus, daß die Preisunterbietung allein noch nicht ein unerlaubtes Mittel im Wettbewerbskampf ist, sondern daß sie nur durch das Hinzutreten besonderer Umstände sittenwidrig werden kann. Auch die Kl. verkennt das nicht; sie macht besondere Umstände geltend, die zu der Preisunterbietung hinzutreten und sie ihrer Ansicht nach zu einem Verstoß gegen die Grundsätze des lauterer Wettbewerbs machen. Die Kl. behauptet in dieser Beziehung in erster Linie, daß Ziel und Zweck der Vell. bei ihrer Preisunterbietung zu Verlustpreisen nur die Vernichtung der dem K.-Konzern angehörenden Kl. mit ihren zahlreichen Niederlassungen sei, um dann nach Erreichung dieses Ziels und nach erlangter Monopolstellung dem Marke die Preise zu diktieren, d. h. sie auf einen Stand heraufzusetzen, der ihr einen guten Gewinn verschaffe. Wären diese Behauptungen der Kl. richtig, so würden in der Tat zu dem im Wettbewerb an sich erlaubten Mittel des Preisunterbietens besondere Umstände hinzutreten, die es sittenwidrig machen würden. Es wäre ein Verschleudern der Ware bzw. gewerblichen Leistung zu Verlustpreisen in der Absicht der Vernichtung der Mitbewerber. In solchem Falle läge, wie der erf. Sen. z. B. in den Ur. v. 18. Dez. 1931 (Tankstellen-Entsch.): RGZ. 134, 350/351 = JW. 1932, 1893, ferner v. 9. Mai 1933, II 5/33 = JW. 1933, 1721, ferner v. 25. Jan. 1935, II 234/34 = JW. 1935, 1773 (betr. Außenleiter des Tafelglas-Syndikats) ausgeführt hat, nicht mehr der jedem Wettbewerber zur Förderung des eigenen Umsatzes durch niedrigere Preisbemessung für seine Waren oder gewerblichen Leistungen erlaubte Leistungswettbewerb, sondern der durch wirtschaftlich ungerechtfertigte Preisdrückerei mit dem Hauptzweck der Vernichtung des Mitbewerbers geübte sittenwidrige sog. Behinderungswettbewerb vor. Das BG. sieht diese besonderen Umstände, die das Untertreten zu einer sittenwidrigen Wettbewerbsbehandlung machen würden, hier nicht als gegeben an. Soweit die Kl. den nur auf ihre Vernichtung gerichteten Willen der Vell. als Zweck und Ziel ihres Preisunterbietens daraus folgert, daß — ihrer be-



strittenen Behauptung nach — die Bekl. an einem auf ihre — der Kl. — Vernichtung gerichteten „Komplot“ der süddeutschen Konkurrenz des K.-Konzerns beteiligt sei, hat nach der Feststellung des BG. die Beweisaufnahme nichts erbracht. Das BG. läßt die unter den Parteien streitige Frage, ob sich die süddeutsche Konkurrenz des K.-Konzerns lediglich im Abwehrkampf zu einer Interessengemeinschaft zusammengeschlossen hat, oder ob der K.-Konzern durch unlautere Machenschaften dieser Mitbewerber bedroht ist, dahingestellt, weil es nicht als erwiesen ansieht, daß sich die Bekl. an diesem von der Kl. behaupteten Vernichtungskampf beteiligt hat.

Im übrigen mag hier nur bemerkt werden, daß, auch wenn man ganz von der unstreitigen Tatsache absehen wollte, es sich bei der von der Bekl. neu aufgenommenen Putzuchwäsche nur um einen Nebenbetrieb neben seinem Hauptbetriebe der Weißwäscherei handelt und daher um ein e i n h e i t l i c h e s Unternehmen mit zwei Betriebsabteilungen, die Unterbietung mit den Preisen für die Putzuchreinigung u n t e r den Selbstkosten der Bekl. nicht schlechthin sittenwidrig wäre, sondern nur durch die Sittenwidrigkeit der Begleitumstände sittenwidrig sein könnte. Es können viele Gründe gegeben sein, die den Unterbietenden zu einer so weitgehenden Preisherabsetzung zwingen, z. B. wenn er sein Unternehmen erhalten oder ihm nur über eine vorübergehende wirtschaftliche Depression hinweghelfen will. Dahin gehört auch der hier vorl. Fall, daß er die nicht annähernd voll ausgenutzten Anlagen und Einrichtungen seines Großbetriebes besser ausnutzen will oder muß. Der Kaufmann ist Herr seiner Kalkulation, ebenso die Rechtslehre (z. B. B a u m b a c h S. 437; N i p p e r d e h, Wettbewerb und Existenzvernichtung, S. 25). Diese Freiheit würde nur ihre Grenzen in einer Beeinträchtigung des Wohls bestimmter anderer am Wettbewerb nicht beteiligter Kreise finden, wie dies in der VO. des Reichskommissars für Preisüberwachung v. 21. Dez. 1934 über Wettbewerb (RGBl. I, 1280) zum Ausdruck kommt. Es heißt darin: „... Um die Grundlage für einen auf Leistung und Verantwortungsbewußtsein gegründeten Wettbewerb zu schaffen und damit den für die Volkswirtschaft besten Preis nach Möglichkeit zu sichern, wird auf Grund der VO. über die Befugnisse des Reichskommissars für Preisüberwachung v. 8. Dez. 1931 (RGBl. I, 747) i. Verb. m. dem Gesetz über Bestellung eines Reichskommissars für Preisüberwachung v. 5. Nov. 1934 (RGBl. I, 1085) und mit dem Gesetz über die Erweiterung der Befugnisse des Reichskommissars für Preisüberwachung vom 4. Dez. 1934 (RGBl. I, 1201) verordnet:

§ 1. 1. Wer unter unlauterer Ausnutzung seines Kredits oder böswilliger Nichterfüllung seiner Verpflichtungen gegenüber dem Staat, der Gefolgschaft seines Vertriebes oder seinen Gläubigern in gemeinschädlicher Weise Güter oder Leistungen zu Preisen anbietet, die seine Selbstkosten nicht decken können und den Anforderungen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft widersprechen, wird ... bestraft. Die Strafverfolgung tritt nur ein ...

2. Die gesetzlichen Vorschr. über unlauteren Wettbewerb ... bleiben unberührt.

Das Angebot u n t e r Selbstkosten allein reicht hiernach entgegen der von der Rev. vertretenen Ansicht zur Erfüllung des Tatbestandes dieser VO. für die Strafbarkeit im Falle der Zahlungseinstellung oder der Konkursöffnung nicht aus.

(U. v. 15. Okt. 1935, II 44/35. — Hamburg.)

**Anmerkung:** Die neue Entsch. des RG. zur Frage der Preisunterbietung im Wettbewerbskampf hält sich an die Grundsätze, die in der, im Schrifttum so viel besprochenen, Entsch.: RGZ. 134, 350 (RW. 1932, 1893) aufgestellt sind. Diese grundlegende Entsch. ist seinerzeit in der RW. nicht besprochen worden, deshalb sei jetzt etwas ausführlicher Stellung genommen. Das RG. bleibt bei seiner Auffassung, daß nicht das Mittel, sondern Absicht und Zweck entscheiden. Das an sich erlaubte Mittel der Preisunterbietung wird unlauter, wenn es auf Behinderung, d. h. im allgemeinen, Vernichtung des Mitbewerbers, gerichtet ist. Es ist richtig, daß, wie die Gegenmeinung sagt, Behinderung mit jeder Preisunterbietung verbunden ist, und in

diese wird wohl auch in jedem Falle eine Art *dolus eventualis* eingeschlossen sein, mit dem der Unterbietende die Verstärkung seiner Erfolgshoffnung durch Schwächung oder Beseitigung seines Mitbewerbers gern in Kauf zu nehmen bereit ist. Es kommt bei der Vielgestalt des Lebens auf den jeweiligen Tatbestand an. Das Rechtsgefühl des Richters entscheidet, und nicht die Tatsache, daß der Fall vollkommen in ein grundsätzlich aufgestelltes, logisches Gedankengebäude paßt. Die Gründe der Gegenmeinung, daß nur das Mittel sich der Kenntnis des Richters offenbare, das Motiv aber zumeist verborgen bleibe, weil es getarnt werden könnte, überzeugen nicht. Es wird genug Fälle geben, wo die besondere Lage des Tatbestandes das Motiv und den Zweck der Preisunterbietung offenbart. Soll man deshalb einen Schuldigen nicht greifen, weil aus dem gleichen Tatbestand nicht auch die Schuldigen festzustellen sind, die es verstehen, die Unlauterkeit ihres Handelns hinter angeblich lauterer Motiven zu verbergen? Die Gegenmeinung sieht nun allerdings die bewußte und gewollte Vernichtung eines Mitbewerbers durch Preisunterbietung in keinem Falle als unlauter an. Das RG. hat schon vor der Machtübernahme eine gegenteilige Auffassung vertreten, der Geist der neuen Zeit wird den heutigen Richter zu dieser Auffassung geradezu verpflichten. Alles was früher zu dieser Frage von der Gegenmeinung gesagt worden ist, war entschuldigend durch den Gedanken an das „laissez faire, laissez aller“ der liberalistischen Epoche. Gemeingeist, wie er heute gilt, verpflichtet — und zwar auch den Kaufmann. Er ist Herr über seine Kalkulation, aber nicht Herr über seinen Volksgenossen. Wer billiger liefern kann als andere, darf es tun und betreibt Leistungswettbewerb. Er nützt vielleicht damit der Wirtschaft, und wenn daran ein Mitbewerber zugrunde geht, so ist das eine Folge seines besseren Könnens. Aber wer unterbietet, lediglich um eine lästige Konkurrenz, einen mitschaffenden Volksgenossen, wirtschaftlich zu vernichten, der verstößt auf jeden Fall gegen das heute die deutsche Auffassung vom Zusammenleben der Menschen bestimmende Sittengesetz. Und wenn B a u m b a c h meint, nicht das Gefühl, sondern nur der Verstand könnte im vorl. Fall, wie überhaupt zu klaren Erkenntnissen kommen, so sind wir mit unserer heutigen Auffassung vom Recht auch darüber hinaus. Wir wollen nicht mehr ein Recht logischer Abstraktionen, sondern ein solches, das aus einem tiefen, sittlichen, in der Gemeinschaft verankerten Rechtsgefühl entspringt. Das braucht nicht zu heißen, ein bedingungsloses Gefühlsrecht aufbauen, es soll uns nur von dem Feinschmeckerrecht abbringen, das der kunstvollen Ausgestaltung eines logischen Rechtssystems den Vorzug vor der tieferen Gestaltung eines dem wirklichen Leben in seiner Vielgestalt dienenden Rechts geben will. Bei der Betrachtung der Preisunterbietung nur auf das Mittel abstellen heißt, die Objektivität auf die Spitze treiben. Die rechtliche Handlung ist sittlich bedingt, und die wahre Sittlichkeit entspringt dem Motiv des Handelns. Wo der sittliche Zweck eines Handelns außer acht gelassen wird, kann es auf die Betrachtung des Mittels nicht ankommen.

Es fragt sich aber weiterhin, ob einer bei der Preisunterbietung k l a r g e s t e l l t e n Gefährdung des allgemeinen Wohls, im Gegensatz zur Auffassung des RG., nicht doch eine besondere Bedeutung beizumessen ist. Wie liegt es denn im allgemeinen in den Fällen der Preisunterbietung, die den Tatbestand des unlauteren Wettbewerbs enthalten? Der Mitbewerber soll nicht fallen, um der Allgemeinheit die Wohlthat billigerer Preise zuzuführen, sondern um schrankenlos einen höheren Preis diktieren zu können. Der Tatbestand läßt sich ebensowohl vom Gesichtspunkt der Preisüberbietung betrachten. Unterbietung und Überbietung sind relative Begriffe. Eindeutig sichtbar wird die unlautere Preisunterbietung, wenn nicht zwei, sondern drei Preise in dem Tatbestand gegeneinander abgewogen werden können. Das ist der Fall, wenn der preisunterbietende Mitbewerber mit seinem an sich höheren Preis (Preis 1) unter den Preis des angegriffenen Mitbewerbers (Preis 2) heruntergeht (Preis 3). Hierdurch wird der beabsichtigte Angriff auf das allgemeine Wohl und damit das unlautere Motiv deutlich sichtbar. Das Rechtsschutzbedürfnis des Mitbewerbers für die Wettbewerbsklage leitet sich allerdings nicht aus dem Angriff auf das allgemeine Wohl, sondern aus der darin mit



eingeschlossenen Behinderung her. Ich glaube, es ist bei dem hier behandelten Tatbestand noch nicht klar genug erkannt, daß der erstrebte Enderfolg — dessen Einbeziehung in die Betrachtung des RG. in RGZ. 134, 350 ablehnt — eben doch indiziell das unlautere Motiv ist. Selbstverständlich kann andererseits auch ohne Angriff auf das allgemeine Wohl ein Fall des Behinderungswettbewerbes vorliegen. Es kann auch der, der dauernd unter den Preisen des Mitbewerbers zu liefern bereit ist, auf die Vernichtung des Mitbewerbers ausgehen.

Immerhin erscheint mir diese letztere Betrachtungsweise etwas theoretisch, denn entweder wird in diesem Fall reiner Leistungswettbewerb betrieben oder Behinderungswettbewerb in der Absicht, die spätere Monopolstellung zum Preisdiktat auszunutzen. Als letzter Fall bleibt noch der, wo der Unterbietende den Preis des Mitbewerbers seiner späteren Marktbeherrschung zugrunde legen will. Hier wird es darauf ankommen, in welchem Maße die Behinderungsabsicht aus dem Tatbestand ersichtlich wird. Der Angriff auf das allgemeine Wohl soll ja nur indiziell verwertet werden, Fälle ohne ihn sind sehr wohl denkbar. Systematisch erschließen läßt sich das Gebiet überhaupt nicht. Das ist auch nicht nötig, weil Tatbestand und Rechtsgefühl auf jeden Fall scheint mir heute kein Platz mehr für einen Satz zu sein: „Kein Maßstab für die Sittenwidrigkeit einer Handlung ist die Wirkung auf das allgemeine Wohl. Daß eine Wettbewerbshandlung das allgemeine Wohl gefährdet, hat nicht notwendig zur Folge, daß sie unlauter ist.“ Im übrigen trägt auch die Begründung des RG. in der vorl. Entsch. diesem Gesichtspunkt sehr wohl Rechnung. Daß der Verkauf unter Selbstkosten ohne Hinzutreten besonderer Umstände noch nicht unlauterer Wettbewerb ist, entspricht der allgemeinen Auffassung. Wenn das RG. hier anerkennt, daß in diesem Tatbestand auch die Interessen anderer, am Wettbewerb nicht beteiligter Kreise einbezogen werden können, so ist damit der Gedanke, daß Schutzgegenstand des Wettbewerbsrechts lediglich die Allgemeinheit der konkurrierenden Unternehmen, nicht aber die Allgemeinheit der schlechthin, das Publikum, sei (RGSt. 61, 58), aufgegeben, oder es wird wenigstens aus dem Angriff auf erweiterte allgemeine Interessen eine Beweisführung hergeleitet. Dann muß aber auch die Beweisführung, wie sie aus dem Angriff auf das allgemeine Wohl oben hergeleitet ist, für den gegebenen Tatbestand Maß greifen können. Und wenn das RG. als Tatbestandsmerkmal der unlauteren Preisunterbietung die wirtschaftlich ungerechtfertigte Preisdrückerei neben den Hauptzweck der Vernichtung des Mitbewerbers stellt, so scheint mir auch dabei der Gedanke nebenherzuliegen, daß die Preisdrückerei nur als ein vorübergehender Zustand gedacht ist, der sich nach Beseitigung des Mitbewerbers zu einem Angriff auf das allgemeine Wohl auswachen soll.

RA. Hennicke, Naumburg (Saale).

\*

14. § 92 Abs. 2 ZPO. Es steht im freien Ermessen des Gerichts, inwieweit es von der ihm durch § 92 Abs. 2 ZPO. erteilten Ermächtigung Gebrauch machen will (JW. 1908, 201).

(U. v. 26. Nov. 1935; II 320/34. — Berlin.) [v. B.]

\*

15. § 227 ZPO. Die durch § 227 gewährte Ermessensfreiheit darf nicht zu einer Verkümmern des rechtlichen Gehörs führen. f)

Das RG. hat schon wiederholt ausgesprochen (RGZ. 81, 324 = JW. 1913, 499; JW. 1931, 1759<sup>6)</sup>), daß die Ermessensfreiheit des Gerichts, mit der es über Vertagungsanträge zu befinden hat (§ 227 ZPO.), nicht dazu führen darf, einer Partei das rechtliche Gehör zu verkümmern, daß den Parteien insbes. angemessene Zeit gelassen werden muß, ein Beweisergebnis in Ruhe durchzuarbeiten. In diesem Grundsatz muß auch unter der Herrschaft der ZPO. in ihrer seit dem 1. Jan. 1934 gültigen Fassung festgehalten werden, wengleich darin das berechtigte Streben nach Beschleunigung des Verfahrens zum Ausdruck kommt und in der Einleitung des Ges. v. 27. Okt. 1933 (RGBl. I, 781) gesagt ist, Ver-

tagungen, die nicht sachlich, dringend geboten seien, müßten vermieden werden. Hier war eine Vertagung sachlich dringend geboten. Es handelte sich um einen ungewöhnlich umfangreichen, in tatsächlicher Hinsicht nicht leicht zu beurteilenden Prozeßstoff. Da konnte es auf einige Tage nicht ankommen, und wenn die Geschäftslage des BG. keine kurze Vertagung gestattete, so mußte eine längere beschlossen werden.

(U. v. 4. Nov. 1935; VI 100/35. — RÖln.)

Anmerkung: Ebenso RG. v. 4. Nov. 1935, VI 101/35.

D. E.

\*

16. § 233 ZPO. Erhöhte Sorgfaltspflicht des Anwalts, der die zur Wahrung der Frist erforderliche Handlung erst am letzten Tage der Frist vornimmt.

Der Prozeßbevollmächtigte des Kl. ging benutzt darauf aus, die zur Wahrung der Fristen erforderlichen Handlungen erst am letzten Tage der Fristen vorzunehmen. Dazu war er zwar befugt. Wollte er aber in dieser Weise die Fristen ausnützen, so folgte daraus eine über das gewöhnliche Maß hinaus erhöhte Pflicht, zur sorgfältigen Beobachtung der Fristen. Wer so vorgeht, darf nicht damit rechnen, daß keinerlei unvorhergesehene Umstände ihn an der rechtzeitigen Ausführung seiner Absichten hindern werden. Er darf deshalb die Nachprüfung, ob er die richtige Erinnerung an die Bestimmung des Fristablaufs hat, nicht bis zum nach seiner Meinung letzten Tage verschieben, sondern muß sich vorher vergewissern, wie lange er wirklich Zeit hat.

(Beschl. v. 16. Jan. 1936; IV B 1/36. — Berlin.) [L.]

\*

17. § 233 ZPO. Das Unvermögen des Kl., den zur Berufungseinlegung in aller Regel erforderlichen Kostenvorschuß an den Rechtsanwalt zu zahlen, stellt einen für die nicht rechtzeitige Berufungseinlegung ursächlichen unabwendbaren Zufall dar. Die zweiwöchige Frist des § 234 ZPO. beginnt nicht sofort mit dem Tage der Zustellung des das Armenrecht verjagenden Beschlusses, weil der Partei, der das Armenrecht versagt ist, eine kurze angemessene Frist zur Beschaffung des zur Vorschußzahlung erforderlichen Geldes zuzubilligen ist, so daß erst mit Ablauf dieser Frist das Hindernis als behoben anzusehen ist und nun die zweiwöchige Frist des § 234 ZPO. zu laufen beginnt (RGZ. 141, 399 = JW. 1934, 96). Die Zubilligung einer Frist ist einer sehr wohlwollenden Stellungnahme der Rechtspredung entsprungen. Sie muß sich, wenn nicht die Bestimmung des Gesetzes ihre Bedeutung einbüßen soll, in engen Grenzen halten. Diese überschreitet eine Frist von siebenzehn Tagen erheblich.

(Beschl. v. 7. Nov. 1935; VI B 34/35. — Naumburg.) [L.]

18. § 256 ZPO. Die Abweisung einer Feststellungsklage kann nicht auf prozessuale Unstatthaftigkeit der Feststellungsklage und außerdem noch auf Verneinung des erhobenen Anspruchs aus sachlich-rechtlichen Erwägungen gestützt werden. Beide Gründe sind miteinander unvereinbar. Das Feststellungsinteresse, mag es auch bei Klagerhebung gegeben gewesen sein, muß auch noch im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vorhanden sein.

Die Kl. behauptet, den Rat des Besl. dafür in Anspruch genommen zu haben, ob die ihr angebotene Hypothek unbedingt sicher und eine Gefährdung der Kapitalsanlage ausgeschlossen sei. Der Besl. habe das uneingeschränkt bejaht.



Sein Rat sei jedoch schuldhaft falsch gewesen. Denn er habe erkennen müssen, daß weder die Wertverhältnisse des Grundstücks, noch die dem Bekl. bekannte persönliche Vermögenslage des Schuldners hinreichende Gewähr für die Sicherheit des Kapitals geboten hätten. Die Kl. macht daher den Bekl. für die von ihr erlittene Vermögensbeeinträchtigung verantwortlich. Nachdem im Dezember 1932 ein der Kl. vorgehender Hypothekengläubiger die Zwangsversteigerung des Grundstücks beantragt hatte, hat die Kl. die Klage auf Feststellung erhoben, daß der Bekl. verpflichtet sei, ihr den Schaden zu ersetzen, den sie durch Ausfall oder Uneinbringlichkeit der Hypothek erleide.

Das BG. hat zunächst die Statthaftigkeit der Feststellungsklage geprüft. Insoweit ist es nicht bei bloßen Bedenken stehengeblieben, vielmehr hat es die Statthaftigkeit mit dem Aussprüche, daß die Voraussetzungen der Feststellungsklage im Laufe des Rechtsstreits weggefallen seien und das Feststellungsinteresse der Kl. im Zeitpunkte der Schlussverhandlung nicht mehr vorgelegen habe, in bestimmter Weise verneint. „Abgesehen davon“ ist es aber „auch“ zu der Überzeugung gelangt, daß der Schadenersatzanspruch als solcher mangels Verschuldens des Bekl. unbegründet sei. Hiernach gründet sich die vom BG. ausgesprochene Klageabweisung nicht nur auf die prozessuale Unstatthaftigkeit der Feststellungsklage, sondern außerdem noch auf die Verneinung des erhobenen Anspruchs aus sachlich-rechtlichen Erwägungen. Beide Gründe sind jedoch miteinander unvereinbar. Eine sachlich-rechtliche Entscheidung über den Streitgegenstand setzt an sich schon die prozessuale Statthaftigkeit der Klage voraus. Jedenfalls aber können nicht beide Gründe nebeneinander stehen, daß der klagenden Partei das Recht auf die verlangte richterliche Entscheidung versagt, zugleich aber eine Entscheidung in der Sache selbst getroffen wird. Das ist nicht nur im Gedankengang widerspruchsvoll, sondern führt auch zur Unklarheit über die Tragweite des Urteils, denn die rechtskräftige Abweisung der Feststellungsklage als unstatthaft steht einer späteren Leistungsklage nicht entgegen, während die als unbegründet abgewiesene Feststellungsklage der Leistungsklage gegenüber die Einrede der Rechtskraft begründet. Die Unvereinbarkeit beider Abweisungsgründe ist vom RG. in ständiger Rspr. angenommen worden (RGZ. 41, 369; RGUrt. v. 12. Febr. 1897, II 333/96; JW. 1897, 165<sup>3</sup>; v. 7. April 1908, II 610/07; JW. 1908, 339<sup>25</sup>; vom 19. Mai 1925, III 340, 24; JurRdsch. 1925 Nr. 1382). Das muß aber dazu führen, daß BU. nur als eine über die verfahrensrechtlichen Voraussetzungen der Feststellungsklage ergangene Entscheidung zu behandeln. Dazu zwingt nicht allein der Umstand, daß die Kl. anderenfalls hinsichtlich der Rechtskraftwirkung ungerechtfertigterweise in Nachteil versetzt würde, sondern vor allem auch die Überlegung, daß das BU. der Kl. die Gewährung des verlangten Rechtsschutzes bestimmt und endgültig hat versagen wollen. Nur diese für sachlich-rechtliche Auseinandersetzungen keinen Raum mehr lassende und daher allem anderen vorgehende Erwägung des BG. vermag daher sein Ur. in Wahrheit zu tragen.

Den Ausführungen des BG. ist insoweit zuzustimmen, als sie grundsätzlich davon ausgehen, daß das Feststellungsinteresse der Kl., mag es auch bei Klagerhebung gegeben gewesen sein, unerlässlich noch im Zeitpunkte der letzten mündlichen Verhandlung vorhanden sein muß. Die gegenteilige Ansicht steht im Widerspruch mit der ständigen Rspr. des RG., die stets an diesem Grundsatz festgehalten hat, freilich mit der hier aber nicht in Betracht kommenden Einschränkung, daß bei der positiven Feststellungsklage der klagenden Partei der Übergang zur Leistungsklage nicht zugemutet werden soll, wenn und soweit sich ihr während des Rechtsstreits die Möglichkeit hierzu bietet (RGZ. 71, 72 = JW. 1909, 316; RGZ. 108, 202; RGUrt. v. 15. Dez. 1927, IV 593/27; JW. 1928, 706 = HöchstRRspr. 1928 Nr. 468). Auch die wegen ihrer allgemeinen Formulierung vielleicht mißverständliche Entscheidung RGZ. 124, 378 = JW. 1930, 2677 kann nur in diesem Sinn verstanden werden.

Die weiteren Ausführungen des BG. zur Statthaftig-

keit der Klage, die das RevG. in vollem Umfange von Amts wegen zu überprüfen hatte, sind rechtlich nicht zu halten. Erichtlich geht also das BG. davon aus, daß das Zwangsversteigerungsverfahren die wesentliche Grundlage für das Feststellungsinteresse der Kl. gebildet habe. Dem kann indessen nicht zugestimmt werden. Das Zwangsversteigerungsverfahren mag zwar für die Erhebung der Klage den Anstoß gegeben haben. Sein Fortfall schließt das Interesse der Kl. an alsbaldiger Feststellung aber nicht aus. Die Kl. hat darauf gelegt, daß sie den aus der schuldhaft unzutreffenden Beratung entstandenen Schaden bereits im August 1929 erlitten habe, da sie bei richtiger Beratung das Geld für die fragwürdige Hypothek nicht hergegeben haben würde. Wenn sie hieraus den Anspruch ableitet, daß der Bekl. ihr zum Erlaß der bereits damals erlittenen Vermögensbeeinträchtigung für jeden Verlust, den sie infolge Ausfalls oder Uneinbringlichkeit der Hypothek erleide, einzustehen habe, so will sie einen ihr bereits seit August 1929 zustehenden Anspruch geltend machen. Für die Statthaftigkeit der Feststellungsklage ist daher nur zu fragen, ob die Kl. ein rechtliches Interesse an der alsbaldigen Feststellung dieses Anspruchs besitzt. Das aber ist unbedenklich zu bejahen. Schon an sich kann es der an nicht günstiger Grundbuchstelle eingetragenen Kl. nicht gleichgültig sein, ob sie in jedem Falle vor einem Verlust am Hypothekenskapital durch die Haftung des Bekl. gesichert ist. Ihr Interesse verstärkt sich besonders dadurch, daß sie das Kapital im Falle einer Kündigung vom Schuldner selbst nicht würde zurückerhalten können und daß zur Zeit Zwangsvollstreckungen im Grundstücke aus Hypotheken mit unsicherem Rang nahezu aussichtslos sind. Dazu kommt endlich, daß der Bekl. jedwede Schadenersatzpflicht bestritten hat, und daß der Anspruch der fünfjährigen Verjährung nach § 32a RW. unterlag, die bei Erhebung der Klage drohte und bei Erlaß des BU. bereits verstrichen war.

Allerdings würde das Feststellungsinteresse zu verneinen gewesen sein, wenn die Kl. von vornherein auf Erstattung des Hypothekenskapitals gegen Abtretung der Hypothek hätte klagen können. Dem stand aber die vereinbarte Nichtabtretbarkeit entgegen, die wegen der insfolgedessen gebotenen Vorteilsausgleichung und der Unsicherheit des hierbei einzufehenden Wertes der Hypothek auch einer irgendwie genauen Bezifferung der Schadenshöhe im Wege stehen mußte. Die Statthaftigkeit der Klage mußte nach alledem bejaht werden (§ 265 ZPO.).

Die Ausführungen des BG., welche dem Streitgegenstand selbst gewidmet sind, können nach dem eingangs Gesagten nicht als eine rechtskräftige Entscheidung angesehen werden. Sie müssen daher, wie das RG. schon früher in gleichliegenden Fällen mehrfach ausgesprochen hat, als nicht geschrieben gelten (RGZ. 41, 369 und die erwähnten RGUrt. v. 12. Febr. 1897, 7. April 1908 und 19. Mai 1925).

(U. v. 8. Okt. 1935; III 100/35. — Dresden.) [v. B.]

\*

19. I. § 565 ZPO. Nach feststehender Rechtsprechung des RG. wird nach Verweisung der Sache an das BG. das Verfahren vor diesem grundsätzlich in derjenigen Lage wiedereröffnet, in der es sich zu der Zeit befand, in welcher die Verhandlung vor Erlaß des aufgehobenen Urteils geschlossen war (RGZ. 129, 225 = JW. 1930, 2956; RGUrt. v. 7. Mai 1931, VI 604/30; JW. 1931, 2023<sup>12</sup>). Eine Ausnahme gilt nur insoweit, als das BG. durch die rechtliche Beurteilung, die das RevG. der Aufhebung zugrunde legt, gebunden ist (§ 565 Abs. 2 ZPO.).

II. § 304 ZPO. Die Auffassung, daß der Einwand der Vorteilsausgleichung in gleicher Weise, wie das von der Rechtsprechung für die Aufrechnung anerkannt wird, bereits im Grundurteil vollständig, und zwar auch dem Betrage nach zu erledigen sei, hat in der feststehenden Rechtsprechung des RG. keine An-



erkenntnis gefunden, vielmehr gilt hier der allgemeine Grundsatz, daß der Schaden dem Grunde nach nicht festgestellt werden kann, solange die Möglichkeit besteht, daß der Vorteil dem Schädengleichkommt (RGZ. 103, 406; RG. Ur. v. 5. Nov. 1927, I 224/27; JW. 1928, 109<sup>15</sup>).

III. Bei Wahlweiser Häufung der Ansprüche ist in einem Urteil gemäß § 304 ZPO. über alle Ansprüche zu entscheiden, es sei denn, daß sie sich inhaltlich decken (vgl. RG. Ur. v. 26. Jan. 1927, I 24/26; JW. 1927, 843<sup>9</sup>). Ist das Verhältnis der Klagegründe und der daraus hergeleiteten Ansprüche jedoch ein eventuelles, so ist — sei es durch Endurteil oder durch Zwischenurteil gemäß § 304 ZPO. — zunächst nur über den Hauptanspruch zu entscheiden, während ein Eingehen auf die übrigen Ansprüche nur erforderlich ist, wenn sich der Hauptanspruch als unbegründet erweist (vgl. RGZ. 87, 239 = JW. 1916, 132).

(U. v. 25. Okt. 1935; III 53/35. — Hamburg.) [v. B.]

\*

20. § 840 ZPO. Die Auskunftspflicht i. S. des § 840 ZPO. verletzt nicht nur, wer überhaupt keine Erklärung abgibt, sondern auch, wer vorsätzlich oder fahrlässig eine inhaltlich falsche Erklärung abgibt.

Wenn die Vorschrift in § 840 ZPO. ihren Zweck erreichen soll und wenn sie es weiter verhüten soll, daß der Drittschuldner durch seine Angaben, mögen sie ihrem Sinne nach auch die Erklärung enthalten, daß er die gepfändete Forderung nicht anerkennen wolle, den Pfändungsgläubiger irreführen kann, was ja mit dem Zwecke des Gesetzes in offenem Widerspruch stünde, so muß man, auch wenn die Vorschrift dem Drittschuldner nicht die Abgabe einer Erklärung bestimmter Inhalts vorschreibt, es mindestens als dem Gesetze sprechend ansehen, daß die tatsächlich abgegebene Erklärung der Wahrheit entsprechen muß. Seine Auskunftspflicht i. S. des § 840 ZPO. verletzt also nicht nur, wer überhaupt keine Erklärung abgibt, sondern auch, wer vorsätzlich oder fahrlässig eine inhaltlich falsche Erklärung abgibt. Eine inhaltlich falsche Erklärung gibt aber auch derjenige ab, der, wie hier der Drittschuldner, über den Grund, warum er die gepfändete Forderung nicht anerkennen kann, eine unrichtige Angabe macht. Genau so wie derjenige sich dem Pfändungsgläubiger schadensersatzpflichtig macht, der überhaupt keine Erklärung abgibt, unter Umständen sogar noch in höherem Maße muß derjenige für den dem Gläubiger zugesetzten Schaden einstehen, der ihn durch unrichtige Angaben irreführt. Diese Schadenersatzpflicht folgt unmittelbar aus § 840 Abs. 2 Satz 2 ZPO., da die Nichterfüllung der Auskunftspflicht den Begriff der Schlechterfüllung mitumfaßt. Sie wäre übrigens auch aus § 823 Abs. 2 BGB. zu folgern, da § 840 ZPO. den Schutz der Pfändungsgläubiger „gegen Vollstreckungshandlungen bezweckt, die infolge falscher oder unterlassener Angaben des Drittschuldners fehlerhaft“ (vgl. Begründung zu § 915 des Entwurfs einer ZPO. von 1931).

(U. v. 29. Okt. 1935; III 32/35. — Berlin.) [v. B.]

\*

20a. § 17 RD. Eine verkaufte und übergebene, aber noch nicht übereignete Sache muß im Falle der Erfüllungsablehnung aus § 17 RD. dem andern Teil herausgegeben werden, seinem Anspruch aus § 985 BGB. kann nicht mehr auf Grund der §§ 433, 986 BGB. ein Recht zum Besitze entgegengehalten werden, denn dieses Recht war für die Zukunft wegen dieses Recht war für die Zukunft wegen gefallen, infolge der inhaltlichen Veränderung des Schuldverhältnisses konnte der Verkäufer nicht mehr die Eigentumsverschaffung verlangen (RGZ. 90, 218; RGZ. 140, 156 ff. = JW. 1923, 2213; RG. R. Komm. zu § 455 BGB., Bem. 1 a. C.).

(U. v. 18. Dez. 1935; V 53/35. — Hamburg.) [v. B.]

## Reichsgericht: Strafsachen

21. Zur Anwendbarkeit des § 2 Abs. 1 StraffreiG.

Durch das angef. Ur. ist der Angekl. K. wegen Beihilfe zur Steuerhinterziehung (Fall IV) zu einer Geldstrafe von 1500 RM und zu einer Zusatzstrafe von einem Monat Gefängnis verurteilt worden. In drei weiteren Fällen erachtet die Strk. bei diesem Angekl. je ein Vergehen der Steuerhinterziehung nach § 403 RM. Abg. für gegeben und hält dafür Strafen von drei Wochen Gefängnis und 200 RM (Fall IIa), von zwei Wochen Gefängnis und 200 RM (Fall IIb) und von einem Monat Gefängnis und 200 RM (Fall III) für angemessen; sie meint aber, daß insoweit das Verfahren auf Grund des § 2 Abs. 1 StraffreiG. v. 7. Aug. 1934 niedergeschlagen sei, weil „die aus den einzelnen Freiheitsstrafen — und zwar auch bei Hinzunahme der Freiheitsstrafe im Falle IV — zu bildende Gesamtstrafe in jedem Falle unter sechs Monaten liegt“, und hat demgemäß in der Formel des angef. Ur. die Einstellung des Verfahrens in den Fällen IIa, IIb und III ausgesprochen.

Die Rev. des Nebenkl., die rechtsirrig Anwendung des § 2 Abs. 1 StraffreiG. rügt, ist begründet.

§ 2 Abs. 1 verbietet — beim Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen — der Strafverfolgungsbehörde und dem Strafrichter ein weiteres Tätigwerden in der Richtung gegen den Beschuldigten oder Angekl., sobald sich ergibt, daß „keine höhere Strafe oder Gesamtstrafe als Geldstrafe bis zu 1000 RM oder Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten, allein oder nebeneinander, zu erwarten ist“; sobald diese Erwartung begründet ist, aber auch erst dann, wenn sie begründet ist, ist das Verfahren kraft Gesetzes eingestellt und für eine weitere richterliche Tätigkeit gegen den Angekl. kein Raum. Betrifft das Verfahren mehrere selbständige Straftaten und ist dabei für jede einzelne derselben eine Freiheitsstrafe zu erwarten, so hat der Richter, da § 2 Abs. 1 es auf die Gesamtfreiheitsstrafe — eine „Gesamtgeldstrafe“ gibt es nicht (§ 78 Abs. 1 StGB.) — abstellt, nach Auswertung der einzelnen Freiheitsstrafen weiter zu prüfen, ob bei der durch § 74 StGB. zwingend vorgeschriebenen Bildung einer Gesamtstrafe die Straffreiheitsgrenze des § 2 Abs. 1 überschritten ist oder nicht. Diese Grenze ist aber nach dem Wortlaut der genannten Vorschrift nicht nur dann überschritten, wenn die Gesamtfreiheitsstrafe mehr als sechs Monate ausmacht, sondern auch dann, wenn zwar diese darunter bleibt, aber eine neben einer Einzelstrafe für dieselbe Einzeltat noch verwirkte Geldstrafe den Betrag von 1000 RM übersteigt. Solchenfalls kommt eine Niederschlagung hinsichtlich einer Einzeltat, für die eine Freiheitsstrafe unter sechs Monaten — sei es allein oder neben einer Geldstrafe bis zu 1000 RM — verwirkt ist, deshalb nicht mehr in Betracht, weil der Richter nach Auswertung der einzelnen Freiheitsstrafen erst noch die Gesamtstrafe bilden muß und durch und nach deren Bildung die Einzelstrafen ihre selbständige Bedeutung verloren haben. Ist die oben bezeichnete Grenze auch nur nach einer ihrer beiden Richtungen überschritten, so muß das Verfahren seinen Fortgang nehmen, d. h. der Richter muß bei Bejahung der Schuldfrage auf Verurteilung und auf die von ihm für angemessen erachteten Strafen erkennen, insbes. also die Gesamtfreiheitsstrafe bilden und daneben auch die einzelnen für verwirkt erachteten Geldstrafen verhängen. Eine solche Auslegung gebietet sich auch nach dem Sinn und Zweck des StraffreiG., insbes. aus dem Zusammenhang der §§ 1 und 2: Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß derjenige, der für eine und dieselbe Straftat eine Freiheitsstrafe unter sechs Monaten und daneben eine Geldstrafe von mehr als 1000 RM verwirkt hat, weder nach § 1 eines Straferlasses teilhaftig ist noch nach § 2 die Niederschlagung des Verfahrens beanspruchen kann; weshalb jener Täter günstiger gestellt sein sollte, der Frei-



heitsstrafen wegen mehrerer selbständiger Handlungen — und daneben eine Geldstrafe wegen einer dieser mehreren Straftaten — verwirkt hat, ist schlechterdings nicht einzusehen, zumal da gerade ein solcher Täter schon durch die Vorschrift des § 74 Abs. 3 StGB. eine Rechtswohlthat erfährt. Der hier dargelegten Rechtsauffassung — die wohl auch von Schäfer vertreten wird (vgl. DZ. 1934, 1050, letzter Abs. vor Ziff. 4) — steht es auch nicht entgegen, daß in einigen anderen, nur äußerlich ähnlich erscheinenden Fällen das Ergebnis ein anderes ist; wenn z. B. für zwei selbständige Taten nur je eine Geldstrafe bis zu 1000 RM verwirkt ist, deren Summe aber diesen Betrag übersteigen würde, so fallen beide unter die Amnestie; ebenso wenn für die eine Tat nur eine Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten und für die andere Tat nur eine Geldstrafe bis zu 1000 RM verwirkt ist; ist für eine von zwei Taten nur eine Geldstrafe bis zu 1000 RM, für die andere aber eine Freiheitsstrafe von mehr als sechs Monaten verwirkt, so fällt die erstere unter die Amnestie; ist umgekehrt für die eine Tat nur eine Geldstrafe von mehr als 1000 RM, für die andere Tat nur eine Freiheitsstrafe, aber nur bis zu sechs Monaten, verwirkt, so fällt die letztere unter die Amnestie. Alle diese Fälle unterscheiden sich von dem hier zu beurteilenden Falle grundlegend dadurch, daß bei ihnen eine Gesamtstrafenbildung überhaupt nicht in Betracht kommt, weil eine solche weder zwischen Geldstrafen untereinander (§ 78 Abs. 1 StGB.) noch zwischen einer Geld- und einer Freiheitsstrafe (§ 74 Abs. 1 StGB.) gesetzlich zulässig ist.

Nach alledem ist die Einstellung des Verfahrens in den Fällen IIa, IIb und III zu Unrecht ausgesprochen worden.

(4. Sen. v. 1. Okt. 1935; 4 D 398/35.)

\*

22. Art. 4, 5 GewohnhVerbrG. Ist in einem nach dem 1. Jan. 1934 — und sei es auch in der Berufungsinstanz — erlassenen Urteil stillschweigend die Anordnung der Sicherungsverwahrung abgelehnt, so ist eine spätere abweichende Entscheidung auf Grund desselben unveränderten Sachverhalts nach den Grundsätzen über den Verbrauch der Strafflage unstatthaft. Eine Entscheidung über den Antrag auf nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung wäre in solchem Falle nur zulässig, wenn das Gericht in jenem Urteil die Voraussetzungen für die Anordnung der Sicherungsverwahrung aus verfahrensrechtlichen Gründen bewußt ungeprüft gelassen oder auf dem Standpunkt gestanden hätte, daß gerade die nach dem 1. Januar abgeurteilte Tat keinen Anhalt dafür liefere, daß der Täter ein gefährlicher Gewohnheitsverbrecher sei.

Der Antrag der Staatsanwaltschaft, gegen den Angekl. als einen gefährlichen Gewohnheitsverbrecher nachträglich die Sicherungsverwahrung anzuordnen, ging bei dem LG. B. am 13. März 1934 ein. Damals verbüßte der Angekl. eine Strafe von neun Monaten Gefängnis wegen versuchten schweren Diebstahls im Rückfalle, die ihm das LG. B. am 2. April 1932 aufgelegt hatte. Das LG. hat den Antrag auf nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung abgelehnt, ihm stehe das am 8. Jan. 1934 ergangene Urteil des LG. B. entgegen, durch das der Angekl. wegen gewerbsmäßiger Fehlerei zu einem Jahr sechs Monaten Zuchthaus verurteilt, seine Sicherungsverwahrung aber nicht angeordnet worden sei. Gegen diese Entsch. richtet sich die Rev. der Staatsanwaltschaft, der indessen nicht beizutreten ist.

Nach Art. 4 GewohnhVerbrG. v. 24. Nov. 1933 ist der Art. 5 dieses Gesetzes am 1. Jan. 1934 in Kraft getreten. Das LG. war somit, als es das Urteil vom 8. Jan. 1934 gegen den Angekl. erließ, berechtigt und verpflichtet, alle Best. des genannten Gesetzes, soweit ihre Voraussetzungen vorlagen, auf den Angekl. anzuwenden. Es mußte daher bei jener Gelegenheit auch prüfen, ob der Angekl. nach dem erweislichen Sachverhalte als ein gefährlicher Gewohnheitsverbrecher i. S. von § 20 a StGB. anzusehen sei, gegen den nach § 42 e daselbst die Sicherungsverwahrung

angeordnet werden müsse. Diese Prüfung lag ihm von Amts wegen ob, einer Anregung zu ihr durch die Staatsanwaltschaft bedurfte es nicht. Daran ändert es auch nichts, daß das Ur. v. 8. Jan. 1934 in der VerJnst. erging und lediglich über ein von dem Angekl., nicht auch von der Staatsanwaltschaft eingelegtes Rechtsmittel zu entscheiden hatte. Denn das im § 331 Abs. 2 StPD. für alle in der VerJnst. erlassenen Urteile ausgesprochene Verbot der Schlechterstellung des alleinigen Beschw., das zu dessen Gunsten eine beschränkte Rechtskraft schafft, vermag, soweit es sich um die Anordnung der Sicherungsverwahrung handelt. Das ergibt sich schlüssig aus den in Art. 5 Ziff. 1 und 2 GewohnhVerbrG. aufgestellten Grundsätzen. Die unter Ziff. 2 daselbst gegebene Vorschr. beseitigt zur Ermöglichung der Prüfung, ob gegen einen schon vor dem 1. Jan. 1934 rechtskräftig abgeurteilten Verbrecher die Sicherungsverwahrung anzuordnen sei, insoweit die sonst bestehenbleibende Unabänderlichkeit der vorliegenden rechtskräftigen Entsch., und derselbe gesetzgeberische Gedanke liegt auch der Ziff. 1 daselbst zugrunde, nach der gegen einen vor dem 1. Jan. 1934 straffällig gewordenen, aber erst nach diesem Tage abgeurteilten Verbrecher die zur Latzeit unzulässige Verhängung der Sicherungsverwahrung, wenn die Voraussetzungen sonst gegeben sind, erfolgen darf. Danach ist eine Anwendung des § 331 Abs. 1 StPD. auf solche Fälle, wo das nach dem 1. Jan. 1934 ergehende Ur. eine Tat betrifft, die vor dem genannten Tage sowohl verübt wie auch im ersten Rechtszuge abgeurteilt wurde, ausgeschlossen (vgl. Art. 4 D 644/34 v. 20. Nov. 1934; JW. 1935, 294<sup>21</sup>; RGSt. 69, 76 = JW. 1935, 959<sup>43</sup>; RGSt. 69, 170 = JW. 1935, 1853<sup>10</sup>). Indem also das Ur. v. 8. Jan. 1934 stillschweigend davon abließ, die Sicherungsverwahrung anzuordnen, entschied es mittelbar über diesen staatlichen Anspruch im Rahmen der damaligen Sachlage rechtskräftig in verneinendem Sinne, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob es dies beabsichtigt oder die Möglichkeit, diese Maßregel zu verhängen, ganz übersehen hat. Eine spätere abweichende Entsch. auf Grund desselben unveränderten Sachverhaltes — ohne neue Verurteilung wegen weiterer Taten — war nach den Grundsätzen über den Verbrauch der Strafflage unstatthaft. Sie wäre nur zulässig gewesen, wenn die Strf. in dem Ur. v. 8. Jan. 1934 entweder allein aus verfahrensrechtlichen Gründen bewußt ungeprüft gelassen hätte, ob die sachlichen Voraussetzungen für die Anordnung der Sicherungsverwahrung gegeben seien, oder wenn sie auf dem Standpunkt gestanden hätte, daß gerade die am 8. Jan. 1934 abgeurteilte Tat des Angekl. keinen Anhalt dafür liefere, daß er ein gefährlicher Gewohnheitsverbrecher sei. Das trifft jedoch beides nicht zu. Verfassungsrechtliche Bedenken sind in dem Ur. v. 8. Jan. 1934 überhaupt nicht zum Ausdruck gekommen; andererseits läßt das Urteil darüber keinen Zweifel, daß der Angekl. ein „Berufsverbrecher“ sei, der sich je nach den Umständen als Dieb — und zwar als „rückfälliger“ Dieb — oder als Schler —, und zwar als „gewerbsmäßiger“ Fehler — betätige. Es hebt auch hervor, bei dem Angekl. bestehe die dringende Gefahr, daß er nach Verbüßung der über ihn verhängten Strafe von neuem — offenbar in der bisherigen Weise — straffällig werde.

Hiernach hinderte die in dem Ur. v. 8. Jan. 1934 stillschweigend enthaltene Ablehnung der Anordnung der Sicherungsverwahrung, mag sie auch überraschen und vielleicht auf Rechtsirrtum beruhen, die Strf. an der erneuten Prüfung der gleichen Frage. Das Rechtsmittel mußte somit verworfen werden.

(2. Sen. v. 14. Okt. 1935; 2 D 1145/34.)

\*

23. Art. 5 Ziff. 2 und 3 GewohnhVerbrG.; Art. 14 AGewohnhVerbrG. Kommt das Gericht zur Verneinung der Voraussetzungen der vom es aber die Voraussetzungen einer anderen Sicherungsmaßregel als gegeben, dann ist es verpflichtet, auf die andere Sicherungsmaßregel zu erkennen. Lehnt aber das Gericht in einem solchen Fall den staatsanwaltschaftlichen Antrag ab, ohne auf die andere Sicherungsmaßregel zu erkennen, weil es irrtümlich der Mei-



nung war, aus verfahrensrechtlichen Gründen (mangels eines Antrags des StA. für die andere Maßregel) auf die andere Maßregel nicht erkennen zu können, dann ist für ein weiteres Verfahren nach Art. 14 UGGewohnhVerbrG. kein Raum. Die Strafflage ist verbraucht.

Ob die Strafflage verbraucht ist, hat das RevG. von Amts wegen zu prüfen, auch wenn die Rev. nur die allgemeine Sachrüge erhoben hat (RGSt. 67, 53). Daß auch hinsichtlich des Antrags auf nachträgliche Sicherungsmaßnahmen ein Verbrauch der Strafflage eintreten kann, ist vom RG. in ständiger Rspr. anerkannt (RGSt. 68, 170, 384, 392; 69, 170).

Gegen den Beschw. war auf Grund der gleichen Vorstrafen, auf die der Antrag der StA. auf nachträgliche Sicherungsverwahrung v. 24. Okt. 1934 gestützt ist, am 26. März 1934 die nachträgliche Entmannung nach Art. 5 Ziff. 3 des Gef. v. 24. Nov. 1933 § 42 k StGB. beantragt worden. Dieser Antrag wurde nach mündlicher Verhandlung durch Urt. des LG. Berlin v. 6. Okt. 1934 abgelehnt, weil nach dem Gutachten des Sachverständigen, dem sich das Gericht anschloß, durch Entmannung weitere Sittlichkeitsverbrechen des H. nach der Art der bisherigen nicht vereitelt werden könnten. In diesem Urt. ist ausgeführt, nicht durch Entmannung, sondern nur durch Sicherungsverwahrung könne nach dem Gutachten des Sachverständigen die Volksgemeinschaft vor dem Verurteilten geschützt werden. Denn der Geschlechtstrieb sei bei dem Verurteilten feilsch verwurzelt, so daß die Entfernung der Keimdrüsen keinen Erfolg versprechen.

Für die Beurteilung der Frage, ob durch dieses Urt. des LG. Berlin die Strafflage hinsichtlich des Antrags auf nachträgliche Sicherungsverwahrung verbraucht worden ist, sind folgende grundsätzliche rechtliche Erwägungen entscheidend.

Dem Sinn und Zweck der Übergangsvorschrift des Art. 14 UGGewohnhVerbrG. v. 24. Nov. 1933 (RGBl. I, 1000) ist zu entnehmen, daß das von der StA. durch den Antrag auf nachträgliche Anordnung einer Sicherungsmaßregel nach Art. 5 Ziff. 2 und 3 GewohnhVerbrG. in Gang gebrachte Verfahren die endgültige Erledigung der Frage bezweckt, ob und welche Sicherungsmaßregel nachträglich gegen den Verurteilten angeordnet werden soll. Aus diesem Grunde ist es nicht anhängig, daß das Gericht in dem nachträglichen Verfahren nach Art. 14 UGGewohnhVerbrG. auf Abweisung des Antrags der StA. erkennt, wenn es aus Grund der Verhandlung zur Verneinung der Voraussetzungen der vom StA. beantragten Sicherungsmaßregel gelangt, aber die Voraussetzungen einer anderen Sicherungsmaßregel für gegeben erachtet. Das Gericht ist vielmehr in einem solchen Fall nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet, auf die andere Sicherungsmaßnahme zu erkennen, nachdem es den Antragsgegner auf die veränderte Sachlage hingewiesen und ihm Gelegenheit gegeben hat, sich auf diese Abweichung vom Antrag zu verteidigen (§ 265 Abs. 1 und 2 StPO. n. F.). An dieser vom erf. Sen. in der Entsch. v. 21. Juni 1934 2 D 572/34 (RGSt. 68, 230, 232 = JW. 1934, 2150) vertretenen Rechtsansicht war festzuhalten. Hierbei ist die Frage, ob es sich bei der dem Gericht zur Aburteilung unterliegenden Tat des Antragsgegners um die gleiche Tat im Sinne des Antrags handelt, unter entsprechender Anwendung der vom 1. StrSen. in der Entsch. 1 D 219/31 v. 24. Nov. 1931 (RGSt. 66, 19) aufgestellten Grundsätze im vorliegenden Fall um so mehr zu bejahen, da sowohl die Frage, ob der Verurteilte ein gefährlicherer Gewohnheitsverbrecher ist (Art. 5 Ziff. 2), wie die Frage, ob er ein gefährlicherer Sittlichkeitsverbrecher ist (Art. 5 Ziff. 3 GewohnhVerbrG.), auf Grund der gleichen Sachlage, insbesondere auch der gleichen Vorbestrafungen zu entscheiden war. War aber die Strk. in dem früheren Verfahren nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet, darüber zu entscheiden, ob gegen den Antragsgegner als einen gefährlichen Gewohnheitsverbrecher die nachträgliche Sicherungsverwahrung angeordnet werden

kann und muß, dann war die Strafflage aus Art. 14 UGGewohnhVerbrG. dadurch verbraucht, daß die Strk. in dem früheren Verfahren auf Ablehnung des staatsanwaltschaftlichen Antrags auf Entmannung erkannt hat, statt die nachträgliche Sicherungsverwahrung anzuordnen (RG. 3 D 1390/34 v. 23. Jan. 1935: JW. 1935, 933<sup>15</sup>). Denn jede sachliche Entscheidung des Gerichts über eine Sicherungsmaßregel nach Art. 5 Ziff. 2 und 3 schafft Rechtskraft über die Frage, ob auf Grund der gleichen Sachlage überhaupt eine Sicherungsmaßregel der in Frage stehenden oder einer anderen Art im Rahmen des Art. 14 UGGewohnhVerbrG. angeordnet werden kann. Daß die Strk. bei Erlaß des Urt. v. 6. Okt. 1934 irrtümlich der Meinung war, aus verfahrensrechtlichen Gründen, nämlich mangels Antrags der StA. auf die Maßregel der Sicherungsverwahrung nicht erkennen zu können, kann an dieser Rechtslage nichts ändern (vgl. RG. 3 D 910/34 v. 8. Nov. 1934, RGSt. 68, 383 = JW. 1935, 429<sup>16</sup>). Dieser rechtlichen Stellungnahme steht die Entsch. des erf. Sen. 2 D 1026/34 v. 25. Okt. 1934 (RGSt. 68, 392 = JW. 1935, 430<sup>17</sup>) nicht entgegen. Denn dort hatte die Strk. im früheren Verfahren aus verfahrensrechtlichen Gründen eine sachliche Entscheidung über die Sicherungsverwahrung überhaupt nicht getroffen.

Die Einleitung des neuen Verfahrens auf nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung war somit im vorliegenden Falle unzulässig. Das angefochtene Urteil war daher aufzuheben und das Verfahren wegen Verbrauch der Strafflage einzustellen.

(2. Sen. v. 3. Okt. 1935; 2 D 286/35.)

\*

\*\*24. §§ 133, 169, 257 StGB. In gewinnstüchtiger Absicht begangene Personenstands-fälschung. Das Streben des Täters, sich selbst oder einen Angehörigen der Bestrafung wegen einer vorausgegangenen Straftat und den damit notwendig verbundenen materiellen Nachteilen zu entziehen, ist keine gewinnstüchtige Absicht. Dieses Streben darf nur dann als strafehörender Umstand angesehen werden, wenn eine eindeutige Gesetzesvorschrift dazu zwingt.

Die Angell., die ein aus blutschänderischem Verkehr mit ihrem Vater stammendes Kind geboren hatte, hat zu Protokoll des VormGer. wahrheitswidrig erklärt, sie könne den Vater ihres Kindes nicht angeben, da sie innerhalb der Empfängniszeit mit mehreren Männern Geschlechtsverkehr gepflogen habe; das VormGer. hat auf Grund dieser Erklärung zunächst davon abgesehen, weitere Schritte zur Feststellung der Vaterschaft zu unternehmen. Durch ihre Erklärung wollte die Angell., die sich nach Annahme des Tactricters der Bedeutung der tatsächlichen Abstammung ihres Kindes für die zuständigen Behörden und für die Allgemeinheit — trotz der von ihrem Vater bewirkten Sicherstellung ihres Kindes in vermögensrechtlicher Beziehung — bewußt war, auf die Dauer die Aufdeckung der Vaterschaft ihres eigenen Vaters abwenden und so einen tatsächlichen Zustand herbeiführen, vermöge dessen verhindert werden sollte, daß das wirklich vorhandene familienrechtliche Verhältnis ihres Kindes zur praktischen Geltung komme. Dies ist ihr, wenn auch nur vorübergehend, gelungen. Sie hat nicht damit gerechnet, daß ihr Vater selbst seine Vaterschaft eingestehen werde, was er wenige Tage nachher getan hat. Sie verfolgte mit ihrer Erklärung den Zweck, sich selbst und ihren Vater vor der ihnen drohenden Freiheitsstrafe mit den durch gefängliche Einziehung veranlaßten körperlichen Unannehmlichkeiten, Kosten und sonstigen materiellen Schäden zu bewahren. Auf Grund dieses Sachverhalts wurde die Angell. eines Verbrechens der in gewinnstüchtiger Absicht begangenen Personenstands-fälschung in der Form der Personenstandsunterdrückung schuldig erkannt.

Gegen diese Beurteilung bestehen rechtliche Bedenken.

Die Angell. hat durch die unwahre Angabe, sie habe innerhalb der Empfängniszeit mit mehreren Männern Geschlechtsverkehr gepflogen und sei deshalb nicht in der Lage,



den Vater des Kindes anzugeben, das VormGer. von dem wahren Sachverhalt abgelenkt. Nach der bisherigen Rspr. des RG. kann hierin eine Unterdrückung des Personenstandes gefunden werden (RGSt. 41, 301, 304f.). Daß der Erfolg ein dauernder sei, ist nicht erforderlich, sofern nur die Absicht auf eine dauernde Verdunkelung gerichtet war (RGSt. 36, 137). Ob an dieser Rspr. für Fälle der vorliegenden Art festzuhalten ist, braucht im Hinblick auf die Ergebnisse der folgenden Ausführungen nicht erörtert zu werden.

Der Senat vermag jedenfalls dem Erstrichter insoweit nicht zu folgen, als er aus den oben erwähnten Gründen das straf erhöhende Merkmal der gewinnsüchtigen Absicht für gegeben erachtet hat. Eine „gewinnsüchtige Absicht“ liegt nach der Rspr. zu § 133 StGB., in dem jenes Merkmal gleichfalls als straf erhöhender Umstand verwendet ist, immer dann vor, wenn die Handlung in der Absicht begangen worden ist, irgendeinen materiellen Vorteil zu erreichen (vgl. u. a. RMW. 6, 9, 14). Auch zu dieser Rspr. braucht aber der Senat für die Entsch. des vorl. Falles nicht allgemein Stellung zu nehmen. Denn hier handelt es sich nur um die Sonderfrage, ob der Gesetzgeber bei der Anordnung, daß die in gewinnsüchtiger Absicht begangene Personenstands fälschung strenger zu bestrafen sei, auch ein Streben des Täters im Auge gehabt haben kann, sich selbst oder einen Angehörigen der Bestrafung wegen einer vorausgegangenen Straftat zu entziehen, und zwar deshalb, weil dieses Streben in der Regel mit hervorgerufen sein wird durch den Gedanken an die mit einer Bestrafung unvermeidlich verbundenen materiellen Nachteile. Diese Frage ist zu verneinen. Nach ständiger Rspr. ist die Selbstbegünstigung, soweit durch sie nicht der Tatbestand einer anderen strafbaren Handlung erfüllt wird, straflos. Dasselbe gilt nach § 257 Abs. 2 StGB. von der persönlichen Begünstigung des Täters oder Teilnehmers durch einen Angehörigen. Der dieser Bestimmung und jener Rspr. zugrunde liegende Gedanke legt die Annahme nahe, daß in den Fällen, in denen die Selbstbegünstigung oder die Begünstigung eines Angehörigen den Tatbestand einer anderen strafbaren Handlung erfüllt und deshalb strafbar ist, das Streben, sich oder den Angehörigen der Bestrafung mit ihren unvermeidlichen wirtschaftlichen Nachteilen zu entziehen, nicht als straf erhöhender Umstand betrachtet werden darf, wenn nicht eine eindeutige Gesetzesvorschrift dazu nötigt. Der im § 169 StGB. vorgesehene straf erhöhende Umstand der gewinnsüchtigen Absicht enthält keine solche eindeutige Vorschrift und darf daher nicht in dem vom Erstrichter angenommenen Sinn ausgelegt werden. Hiernach könnte die Angekl. auch bei Zugrundelegung der Entsch. in RGSt. 41, 301f. nicht der schweren, sondern nur der einfachen Personenstandsunterdrückung schuldig erkannt werden.

(1. Sen. v. 29. Okt. 1935; 1 D 1277/34.)

\*

\*\* 25. §§ 154, 49 StGB. Für die Beistände der Parteien besteht eine Rechtspflicht, ohne Rücksicht auf die Interessen der von ihnen vertretenen Partei, das Zustandekommen unwahrer eidlicher Zeugenaussagen zu verhindern. Eine Nichterfüllung dieser Pflicht kann den Tatbestand der Beihilfe zum Meineid erfüllen. Irrtum über das Bestehen dieser Rechtspflicht. †)

Der Angekl. (ein Rechtsbeistand) hat den Gastwirt Sch., der, wie er wußte, bei seiner Vernehmung als Zeuge der Wahrheit zumider angegeben hatte, er habe an W. 470 RM in barem Gelde ausbezahlt, dadurch veranlaßt, bei dieser seiner falschen Aussage zu verharren und sie schließlich mit dem Zeugeneid zu bekräftigen, daß er es unterließ, ihm wegen der Unrichtigkeit dieser Aussage Vorhaltungen zu machen, und die Aufforderung des gegnerischen RA., dem Zeugen ebenfalls Vorhaltungen zu machen, wie dies von seiner Seite aus geschehen war, mit der Erwiderung schroff zurückwies, er wisse selbst, was er zu tun habe. Die Annahme des SchwG., daß der Angekl. hierdurch den

äußeren Tatbestand der Beihilfe zum Meineid erfüllt habe, ist frei von Rechtsirrtum. Das schroffe Zurückweisen der vom gegnerischen Anwalt an ihn gestellten Aufforderung stellte in Verbindung mit der vorangegangenen unterlassenen Fragestellung ein offensichtlich auf einem einheitlichen inneren Willensvorgange beruhendes Gesamtverhalten dar, das, schon soweit es nach außen als Handlung in der Erklärung gegenüber dem gegnerischen Anwalt in Erscheinung trat, geeignet war, bei Sch. den Eindruck hervorzurufen, daß der ihm persönlich nahe stehende Angekl. seine falsche Aussage billige und ihn gegen die Angriffe des gegnerischen Anwalts decke. Hierdurch konnte Sch. in seinem Vorhaben, die falsche Aussage aufrechtzuerhalten und mit dem Eide zu bekräftigen, bestärkt werden. Tatsächlich hatte die Tat des Angekl. diesen Erfolg. Dem Angekl. wäre es infolge seines Einflusses auf Sch. möglich gewesen, diesen von seinem strafbaren Vorhaben abzuhalten.

Der Angekl. wußte, daß die Angabe des Sch., er habe die 470 RM an W. bar ausbezahlt, unwahr war. Hielt der Angekl. den übrigen Teil der Aussage des Sch. für wahr, so war dies rechtlich bedeutungslos. Denn der Angekl. war sich darüber im klaren, daß Sch. sich auch dann eines Meineides schuldig mache, wenn seine Aussage nur hinsichtlich dieser Angabe der Wahrheit nicht entsprach, im übrigen aber richtig war. Zur Strafbarkeit wegen Beihilfe zum Meineid war jedoch ferner erforderlich, daß der Angekl. sich bewußt war, daß Sch. durch sein Verhalten in seinem Vorhaben, die falsche Angabe zu beschwören, bestärkt werde oder doch bestärkt werden könne, und daß der Angekl. diesen Erfolg durch sein Verhalten herbeiführen wollte. Nach dieser Richtung läßt aber das Urteil jegliche Feststellungen vernissen. Diese waren aber unter den gegebenen Umständen nicht entbehrlich. Glaubte der Angekl., er sei nicht verpflichtet, zumungunsten seines Mandanten auf den Zeugen Sch. mit dem Ziel der Berichtigung der Aussage einzuwirken, und hielt er sich deshalb für berechtigt, die Aufforderung des gegnerischen Anwalts zurückzuweisen, ohne daß er hierdurch den Sch. in seinem Vorhaben bestärken wollte, dann fehlte es an dem erforderlichen Vorsatz des Angekl. selbst dann, wenn entgegen der Meinung des Angekl. für ihn ohne Rücksicht auf die Interessen seines Mandanten eine Rechtspflicht zur Verhinderung des Vorhabens des Sch. bestand (RGSt. 56, 28; 168, 171). Daß eine solche Rechtspflicht bestand, hat das SchwG. aus zutreffenden Gründen bejaht. Schon vor der Umgestaltung der ZPO. durch das RGes. v. 27. Okt. 1933 (RGBl. I, 780) hat es als berufliche Grenzpflicht eines RA. gegolten, ohne Rücksicht auf die Interessen und Weisungen seines Mandanten das Zustandekommen einer unwahren eidlichen Zeugenaussage zu verhindern, wenn ihm dies z. B. auf Grund der in seinem Besitz befindlichen Beweismittel möglich war (GGH. 18, 135). Aus der Best. des § 138 ZPO. i. d. Fass. v. 8. Nov. 1933 (RGBl. I, 821), der die Prozeßparteien zu vollständigen und wahrheitsgemäßen Erklärungen verpflichtet, ergibt sich für alle im Rechtsstreit Beteiligten, sowohl für die Parteien wie für ihre Beistände, ob diese dem Rechtsanwaltsstand angehören oder nicht, die grundlegende Verpflichtung, an der Findung der Wahrheit mitzuwirken. Hierdurch ist die Verpflichtung der Beistände, ohne Rücksicht auf die Interessen ihrer Parteien gegebenenfalls das Zustandekommen unwahrer eidlicher Zeugenaussagen zu verhindern, zur Rechtspflicht geworden. Irrte der Angekl. über das Bestehen einer solchen Verpflichtung, unterließ er deshalb die Fragestellung und wies er lediglich aus diesem Grunde die Aufforderung des gegnerischen Anwalts zurück, so fehlte ihm das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit und lag für ihn ein Schuldabschließungsgrund vor (RGSt. 56, 171). Das SchwG. durfte sich daher nicht damit begnügen festzustellen, daß der Angekl. unter den gegebenen Umständen den Zeugen von seiner falschen Aussage abbringen mußte, jedenfalls aber nichts unternehmen durfte, was den Zeugen in seinem strafbaren Vorhaben bestärken konnte. Es mußte vielmehr klarlegen, ob der Angekl. sich dieser aus seiner Beteiligung an dem Rechtsstreit als Rechtsbeistand des Kl. ergebenden Verpflichtung im klaren war, und daß er trotzdem in seiner Erwiderung gegenüber dem gegnerischen Anwalt die Erfüllung dieser Pflicht ablehnte, um den Zeugen in seinem



strafbaren Vorhaben zu bestärken und zu unterstützen. Dieser Rechtsfehler muß zur Aufhebung des Urteils führen.

(2. Sen. v. 13. Jan. 1936; 2 D 841/35.)

**Anmerkung:** Endlich ein kühner Schritt des RG., der aber durchaus im Sinne nationalsozialistischer Rechtsauffassung liegt. Leider geht aus der Urteilsbegründung der Tatbestand nicht mit hinreichender Deutlichkeit hervor. Lag der unwahre Teil der Zeugenaussage im Rahmen der Klagebehauptungen, so müßte der Angekl. schon vorher unrichtige Prozeßbehauptungen aufgestellt und bei Gelegenheit der Zeugenvernehmung nur aufrechterhalten haben. In diesem Falle hätte er sich schon vorher einer straf- und berufsrechtlichen Verfehlung schuldig gemacht.

Lag die unwahre Aussage nicht in diesem Rahmen — und so ist der Sachverhalt wohl zu verstehen —, so war zu prüfen, ob der Angekl. vor der Eidesleistung, mindestens aber auf die Aufforderung des Prozeßgegners hin, die Rechtspflicht zu Vorhaltungen hatte, durch deren Unterlassung er sich der Beihilfe (§ 49 StGB.) schuldig machte. Das RG. folgert diese Rechtspflicht aus dem Grundgedanken des § 138 ZPO. n. F. und aus der Berufspflicht eines ordentlichen Rechtsbeistandes. Beiden Gesichtspunkten ist grundsätzlich zuzustimmen. Mit aller Deutlichkeit wird aus dem leitenden Grundgedanken des § 138 Abs. 1 ZPO. auch als Aufgabe des Zivilverfahrens die Findung der Wahrheit aufgestellt und von allen Prozeßbeteiligten, Parteien wie Bevollmächtigten, die Mitwirkung hierbei gefordert. In diesem Rahmen wird nicht nur für RA. (für sie galt dieser Grundsatz bisher schon), sondern auch für Rechtsbeistände die Berufspflicht aufgestellt, ohne Rücksicht auf das Interesse und die Weisungen des Mandanten das Zustandekommen einer unwahren eidlichen Aussage zu verhindern, wenn ihm das aus der genaueren Kenntnis der Tatsachen möglich ist.

Das RG. sagt nicht, welche positiven Handlungen vom Angekl. gefordert werden müssen. Es geht davon aus, daß der Zeuge, wenn auch von seiner Seite ernstliche Vorhaltungen erfolgt wären, die unwahre Aussage nicht aufrechterhalten hätte. Das mag im Einzelfall der Erfolg geeigneter Vorhalte sein. Wie aber, wenn der Zeuge sich dadurch nicht beeindrucken läßt? Man wird dann unterscheiden müssen, ob die unwahre Aussage in offener Übereinstimmung mit der Prozeßpartei oder doch mit ihrer Billigung erfolgt ist oder nicht. Im ersten Falle wird der Prozeßbevollmächtigte die Folgerungen aus dem Verhalten seines Mandanten ziehen müssen und auch vor der Niederlegung des Mandats nicht zurückschrecken dürfen.

Präs. der RRAnwK. Dr. Neubert, Berlin.

\*

26. § 246 StGB.; StraffreiG. v. 20. Dez. 1930; § 61 Nr. 6 StPO. Bei Annahme eines Fortsetzungszusammenhangs werden auch die vor dem 1. Dez. 1932 liegenden Tätigkeitsakte von der Straffreiheit nicht betroffen, wenn auch der Täter solche begangen sind (vgl. Ur. RG. 2 D 763/33 v. 30. Okt. 1933; J W. 1933, 2841<sup>17</sup> und 1 D 1336/33 v. 5. Okt. 1934; J W. 1934, 2918<sup>21</sup>).

Gegen die Annahme der „Zueignung“ im Sinne des § 246 StGB. bestehen keine rechtlichen Bedenken, wenn der Angekl. die fremden Gelder als eigene Vermögensleistung, sei es als Schenkung oder Hingabe auf Grund irgendwelcher vertraglicher oder sonstiger Verpflichtungen, an andere gegeben hat (vgl. RGSt. 61, 228, 232/33; 67, 266/67 = J W. 1933, 2219 und RGSt. 67, 334/35 = J W. 1933, 2912).

In einem bloßen Stillschweigen des Angekl. zu dem von den anderen Beteiligten erklärten Verzicht auf die Beeidigung von Zeugen kann ein eigener Verzicht nur dann gefunden werden, wenn der Angekl. darüber unterrichtet war, daß ihm ein von deren Entschließung unabhängiges Recht zustand, die Vereidigung zu verlangen, und daß es auch auf diesen eigenen Verzicht für die vom Gericht zu treffende Ent-

scheidung maßgebend ankam (Ur. RG., 4 D 1444/34 v. 8. Jan. 1935; J W. 1935, 1250<sup>14</sup>).

(4. Sen. v. 15. Nov. 1935; 4 D 946/35.)

\*

27. § 267 StGB. Auch durch die Benützung eines dem Unterscheidenden an sich zustehenden Namens kann über die Person des Urkundenausstellers getäuscht und damit eine Urkundenfälschung begangen werden, sofern der falsche Schein nicht lediglich durch Umstände hervorgerufen wird, die außerhalb der Urkunde liegen.

K. bestellte unter dem Namen Schw. bei der Firma H. Waren und gab dabei eine Firma Be. als Referenz an. Auf eine daraufhin von der Firma H. an die Firma Be. gerichtete Anfrage erteilte er — unter dem Namen und mit der Unterschrift Be. — über sich selbst die gewünschte schriftliche Auskunft. Die deswegen ausgesprochene Verurteilung wegen schwerer Urkundenfälschung greift er mit der Behauptung an, er sei alleiniger Inhaber der Firma Be. und deswegen in der geschehenen Form zeichnungsberechtigt gewesen. Diese Rüge dringt jedoch selbst dann nicht durch, wenn man ihre tatsächliche Behauptung als mit den Urteilsfeststellungen vereinbar oder wenigstens als durch sie nicht ausgeschlossen ansieht. Auch durch die Benützung eines dem Unterscheidenden an sich zustehenden Namens kann über die Person des Urkundenausstellers getäuscht und damit eine Urkundenfälschung begangen werden, sofern nur der falsche Schein nicht lediglich durch Umstände hervorgerufen wird, die außerhalb der Urkunde liegen (RGSt. 13, 171; RG.: LZ. 1915, 549 Nr. 40 und 1921, 112 Nr. 9; RGSt. 27, 276). K. hat der Firma H. gegenüber von zwei innerlich zusammengehörigen und in diesem Sinne aufeinander verweisenden Urkunden Gebrauch gemacht: dem Schreiben, in dem er die Firma Be. als Referenz angab, und der schriftlichen Auskunft der „Firma Be.“. Bei einer solchen Sachlage ergab sich schon aus dem Inhalt des Auskunftsschreibens, daß der die Auskunft Erteilende eine andere Person sein mußte und sollte als derjenige, über den die Auskunft erteilt wurde.

(3. Sen. v. 4. Nov. 1935; 3 D 759/35.)

\*

\*\* 28. § 263 StGB. Für die Frage einer Vermögensbeschädigung bei verspäteter Lieferung kommt es darauf an, ob der vom Käufer erworbene Lieferungsanspruch einen vollen Ersatz für den hingegebenen Kaufpreis darstellt. Ein Zinsverlust ist dann gegeben, wenn es sich nicht um geringfügige Werte handelt, eine zinstragende Anlegung des Geldes in Aussicht stand oder dessen gewinntragende Verwertung zu erwarten war.

Die Reisevertreterin C. verkaufte im eigenen Namen und für eigene Rechnung Arzneimittel. Ihren Kunden, die Selbstverbraucher waren, versprach sie die Lieferung der Waren in drei bis acht Tagen nach Kaufabschluß, verlangte aber sofortige Bezahlung. Zur Lieferung war sie bereit, mußte aber, daß sie die Lieferfrist nicht werde einhalten können. Die Käufer erhielten die Waren erst weit später als nach den vereinbarten fünf bis acht Tagen.

Die StrA. findet eine Vermögensbeschädigung i. S. des § 263 StGB. darin, daß die Kunden der Angekl. „nicht wie bei einer sonst bei Käufen üblichen Zugumzugleistung die Ware, sondern nur einen ungeicherten Anspruch auf deren Lieferung erworben hätten und, wenn sie nicht bar gezahlt hätten, bis zur Lieferung die Verfügungsmöglichkeit über das Geld gehabt haben würden“. Diese Ausführungen genügen indes nicht zur Rechtfertigung einer Vermögensbeschädigung. Grundsätzlich ist der Wert, den das Vermögen des Geläuschten unmittelbar vor der durch die Täuschung verursachten Vermögensverfügung hatte, mit dem Werte zu vergleichen, den es unmittelbar nach und infolge dieser Verfügung hatte (RGSt. 16, 3, 10; 42, 183). Vorliegend gehörte unmittelbar vor der durch die Täuschung verursachten Vermögensverfügung, d. h. unmittelbar vor der Zah-



lung des Kaufpreises, der Betrag dieses Preises noch zum Vermögen der Kunden der Angekl.; nach und infolge der Verfügung war das Vermögen der Kunden um diesen Betrag vermindert, andererseits hatten sie jedoch den Anspruch erworben, daß die Ware in fünf bis acht Tagen geliefert werde. Es kommt also darauf an, ob dieser Anspruch für die Kunden einen vollen Ersatz gegenüber dem weggegebenen Gelde bildete. Das wäre, obwohl der Anspruch nicht besonders gesichert war, der Fall gewesen, wenn die Angekl. die Ware wirklich in fünf bis acht Tagen hätte liefern wollen und können. Denn die Ware selbst war vollwertig. Daß die Kunden aber fünf bis acht Tage lang nicht über das Geld hätten verfügen können, würde für sie, soweit ersichtlich, keinen Vermögensschaden bedeutet haben; sonst wäre es kaum verständlich, daß sie sich darauf eingelassen haben, schon fünf bis acht Tage vor dem Zeitpunkt zu zahlen, zu dem sie den Empfang der Ware erwarteten. Nach dem allen fragt es sich, ob der Lieferungsanspruch der Kunden deshalb, weil die Angekl. in Wahrheit erst später als in fünf bis acht Tagen liefern wollte und konnte, dem weggegebenen Gelde nicht gleichwertig war. Hierfür fehlt es bisher an einem Anhalt. Aus der Angabe von Kunden, „sie hätten nicht im voraus gezahlt, wenn sie gewußt hätten, daß sie die Ware erst so verspätet erhalten würden“, ergibt sich nur, daß sie durch die Vorspiegelung der Angekl. in fünf bis acht Tagen zu liefern, zu sofortiger Zahlung bestimmt worden sind, dagegen nicht, daß sie einen Vermögensschaden erlitten haben. Wenn sich ferner eine Reihe von Kunden „geschädigt fühlt“, so bleibt offen, ob das, was sie als Schaden zu fühlen glauben, wirklich einen Vermögensschaden i. S. des § 263 StGB. bildet. Die Strk. hätte nach den besonderen Verhältnissen der Kunden (RGSt. 16, 7) darlegen müssen, inwiefern für den einzelnen Kunden bei der Weggabe des Geldes der Lieferungsanspruch gegenüber dem Gelde gerade dadurch minderwertig war, daß die Lieferung erst für eine spätere Zeit als binnen fünf bis acht Tagen zu erwarten war. Das wäre z. B. der Fall gewesen, wenn das Arzneimittel — um solche Ware handelt es sich — bei dem körperlichen Zustand des Kunden nach Ablauf von fünf bis acht Tagen nicht mehr wirksam sein konnte; denn dann hätte der Kunde sein Geld gegen den Anspruch auf eine Ware eingetauscht, die bei der Lieferung für ihn schon wertlos sein mußte.

Bei der Frage eines etwaigen Zinsverlustes kommt es nicht nur darauf an, inwiefern bei der Geringfügigkeit der Werte nach der Verkehrsauffassung von einer Beschädigung des Vermögens der einzelnen Kunden überhaupt die Rede sein kann, sondern auch darauf, ob zu der maßgebenden Zeit der Weggabe des Geldes seine zinstragende Anlegung in Aussicht stand. Soweit sonst die Verfügung über das Geld durch seine ersichtliche Weggabe unmöglich geworden war, ist ebenfalls entscheidend, ob z. B. der Weggabe eine gewinnbringende Verwertung des Geldes zu erwarten war.

Bei der Sachlage wird besonders sorgfältig zu untersuchen sein, ob sich die Angekl. einer Vermögensbeschädigung bewußt gewesen ist. Dabei wird auch zu berücksichtigen sein, welche Vorstellung sie in den einzelnen Fällen über den Zeitraum hatte, binnen dessen sie hätte liefern können.

(6. Sen. v. 16. Okt. 1935; 6 D 270/35.)

(= RGSt. 69, 354)

\*

\*\* 29. §§ 263, 352 StGB.; § 345 Abs. 2 StPD.; § 91 b Abs. 2 RA D.; §§ 47, 63, 68 RA Geb D.; §§ 51, 54 PrGB.; §§ 10, 16 PrNotarGeb D.; Art. 11 L Geb D.

1. Betrug bei Eingehung eines Vertrags.

2. Die Revisionsbegründung, die ein RA. in eigener Sache anbringt, ist auch dann zulässig, wenn gegen den RA. ein ehrengerichtliches Vertretungsverbot verhängt ist.

3. Von Gebührenüberhebung kann nur die Rede sein, wenn der RA. oder Notar von einer Person, die ihm gegenüber zur Bezahlung der von ihm verdienten Gebühren rechtlich verpflichtet ist, zu hohe oder nicht geschuldete Gebühren verlangt.

4. Die zur Vorbereitung eines Hauptgeschäftes notwendigen Schritte sind als gebührenfreie Nebengeschäfte i. S. des § 51 PrGB. anzusehen.

5. Beratung und Belehrung im Zusammenhang mit der Urkundstätigkeit sind gebührenfrei.

6. Für die Anfertigung einer Strafanzeige nebst Einreichung bei der StA. stehen dem RA. in entsprechender Anwendung des § 68 Nr. 1 und 2 RA Geb D.  $\frac{1}{10}$  der Gebühr des § 65 RA Geb D. zu. †)

A. Die Vermögensschädigung im Falle W. ist ausreichend dargetan. Der Vermögensschaden ergibt sich bei dem Betrug, der bei Eingehung eines Vertrages begangen wird, durch die Vergleichung des Vermögensstandes des Verletzten, wie er vor dem Abschluß des Vertrages bestanden hat, mit dem, der durch den Vertragsschluß herbeigeführt worden ist (RGSt. 16, 1 ff.; 68, 379, 380 = JW. 1935, 288<sup>19</sup>). Diese Vergleichung führt hier zu folgendem Ergebnis: Das Grundstück des W. hatte einen gemeinen Wert von 1800 RM, der aber damals nur in Höhe von 1000 RM flüssig zu machen war. Belastet war dieses Grundstück vor dem Vertragsabschluß mit 1000 RM Hypotheken. W. wollte ein Darlehen von 800 RM gegen dingliche Sicherheit aufnehmen, und dieses baldmöglichst wieder zurückzahlen. Der Angekl. A. versprach ihm die 800 RM als Darlehen zu beschaffen, wenn W. als Sicherheit eine Grundschuld von 7000 RM auf seinem Anwesen bestelle. W. ging von der Meinung aus, er könne durch Bezahlung von 800 RM die Grundschuld jederzeit wieder ablösen. Der Angekl. hat dies erkannt, aber pflichtwidrig unterlassen, den W. aufzuklären. Er hat unter Ausnützung dieses Irrtums den W. veranlaßt, gegen Empfang von 800 RM eine Grundschuld in Höhe von 7000 RM an seinem Grundstück zu bestellen. Nach dem Vertragschluß besaß W. wohl 800 RM, hatte aber auf seinem Grundstück hinter den 1000 RM Hypothek eine dingliche Belastung von 7000 RM. Nach Annahme des LG. wird, da W. mit Rücksicht auf seine sechs Kinder und auf das kurz vorher in einem Umbau hineingesteckte Kapital ein besonderes persönliches Interesse daran hatte, aus seinem Hause nicht vertrieben zu werden, die in der Belastung liegende Vermögensminderung durch die empfangenen 800 RM nicht ausgeglichen. Das genügt zum Nachweis des Vermögensschadens. Es kommt aber noch weiter hinzu, daß dem W. voraussichtlich für immer die Möglichkeit entzogen ist, teilzuhaben an einer Wertsteigerung, die dem Anwesen aus irgendeinem Grunde künftighin widerfahren könnte. Nicht kommt es an auf den Vergleich mit dem Zustand, der bestanden hätte, wenn W. die 800 RM gegen hypothekarische Sicherheit als Darlehen empfangen hätte. Die Ausführung der Rev. über die Rechtslage bei Betreibung einer Zwangsveräußerung durch den Grundschuldinhaber treffen nicht zu. Rechtlich konnte W. durch Anbieten eines Betrages von 800 RM einen gutgläubigen späteren Grundschuldinhaber an der Durchführung der Zwangsversteigerung nicht hindern. Zum Erwerb des Anwesens brauchte dieser in bar nur die Vorbelastung anzubieten. Bot er weiter, so konnte er für den Mehrbetrag mit seiner eigenen Forderung aus der Grundschuld aufrechnen. Die Behauptung der Rev., W. habe einen die Zwangsvollstreckung betreibenden Grundschuldinhaber durch das Angebot von 800 RM zur Rückübertragung der Grundschuld oder zum Verzicht auf die vom Inhaber doch viel teurer erorbene Grundschuld und die aus ihr erwachsenden Rechte bewegen und sich auf diese Weise das Haus unter allen Umständen erhalten können, ist unrichtig. Nach der ersichtlichen Annahme des LG. waren alle diese Tatsachen dem Angekl. auch wohl bekannt.

B. Die von dem Angekl. T. selbst unterschriebene Rev. Begr. ist an sich zulässig, da T. selbst RA. ist (RGMpr. 4, 695). Dem steht nicht entgegen, daß gegen ihn ein ehrengerichtliches Vertretungsverbot verhängt ist. Denn nach § 91 b Abs. 2 Satz 3 RA D. wird die rechtliche Wirksamkeit von Handlungen des RA. durch das Vertretungsverbot nicht berührt. Diese Vorschr. gilt nach ihrem unzweideutigen Wortlaut unbeschränkt, daher auch bei der Rev. Begr. des Angekl. in seiner eigenen Sache.



Die Zeugin M. hat eine von dem Angekl. T. entworfene Urkunde unterzeichnet, in der sie die Eintragung einer Grundschuld von 8000 RM bewilligte. Der Angekl. hat die Unterschrift beglaubigt. Zur Eintragung ist es nicht gekommen, weil die Miteigentümerin ihre Unterschrift verweigert hat. Der Angekl. hat neben der von ihm in Rechnung gesetzten Gebühr für den Entwurf und die Beglaubigung der Urkunde sich noch eine Gebühr für Grundbucheinsicht in Höhe von 8 RM berechnet. Er hat den Betrag zunächst von der Zeugin M. vergeblich verlangt und ihn später mit dem Makler A. verrechnet. Nach dem Eröffnungsbeschluss liegt dem Angekl. zur Last Gebührenüberhebung in Tateinheit mit Betrug zum Nachteil des A. und als weitere selbständige Handlung versuchte Gebührenüberhebung zum Nachteil der M. Das LG. hat eine einzige Handlung angenommen und wegen vollendeter Gebührenüberhebung zum Nachteil des A. verurteilt, in welcher die versuchte Gebührenüberhebung zum Nachteil der M. aufgehe. Auf den Wegfall der Tateinheit mit Betrug brauchte nicht hingewiesen zu werden (RGSt. 37, 102). Dagegen wäre die Belehrung erforderlich gewesen, wenn statt mehrerer selbständiger Handlungen nur eine einzige angenommen wurde (RGSt. 20, 226). Es ist jedoch nicht ersichtlich, wie sich der Angekl. anders, als wie geschehen, hätte verteidigen können. Die Verurteilung muß jedoch aus sachlich-rechtlichen Gründen aufgehoben werden. Zwar liegt auch in der Verrechnung ein Erheben i. S. des § 352 StGB. (RGSt. 53, 112). Es besteht aber folgendes Bedenken: Von einer übermäßigen Gebührenüberhebung i. S. des § 352 StGB. kann nur die Rede sein, wenn der Anwalt oder Notar zu hohe oder nicht geschuldete Gebühren verlangt von einer Person, die ihm gegenüber zur Bezahlung der von ihm verdienten Gebühren rechtlich verpflichtet ist (RGSt. 19, 30, 36, 37). Ist dies nicht der Fall, kann Betrug oder versuchter Betrug vorliegen. Es ist aus den bisherigen Feststellungen nicht zu ersehen, daß A. Auftraggeber und deshalb zur Bezahlung der einschlägigen Gebühren verpflichtet gewesen sei (s. *Beuschhausen*, NotGebD., 4. Aufl. zu § 1, Anm. IV S. 83 und 85). Die Verurteilung wegen vollendeter Gebührenüberhebung zum Nachteil des A. ist daher bis jetzt nicht ausreichend begründet. Die Aufhebung mußte sich — der angenommenen Tateinheit wegen — auch auf die versuchte Gebührenüberhebung zum Nachteil der M. erstrecken. Für die neue Verhandlung wird auf folgendes hingewiesen. Nach der Rspr. des RG. sind als gebührenfreie Nebengeschäfte i. S. des § 54 PrGRG. die zur Vorbereitung eines Hauptgeschäftes notwendigen Schritte anzusehen, so insbes. die Einsicht des Grundbuchs vor dem Entwurf einer Grundschuldeintragungsbewilligung. In allen diesen Fällen steht dem Notar auch die Wegegebühr nach § 51 PrGRG. nicht zu. Bestritten ist die Frage dann, wenn die verlangte Einsicht des Grundbuchs zur Information des Auftraggebers dienen soll und dieser seinerseits von dem Ergebnis der Einsicht den Abschluß des beabsichtigten Geschäftes abhängig macht (s. *Beuschhausen*, NotGebD. z. § 54 PrGRG., Anm. 3, S. 344 und 345).

Auch der Fall der Gebührenüberhebung z. N. des F. bedarf der weiteren Aufklärung. Der Genannte hat den Rat des Angeklagten in einer Strafsache in Anspruch genommen, in welcher er als Zeuge vernommen werden sollte. Das LG. glaubt, daß dem Angekl. hierfür höchstens eine Gebühr von 2—3 RM zu gestanden und er dies auch gewußt habe. Dem kann nicht ohne weiteres beigetreten werden. Befürchtete der Zeuge F., daß das Strafverfahren möglicherweise auch gegen ihn ausgedehnt werde, oder befürchtete er, sonstwie durch seine Aussage in ein Strafverfahren als Beschuldigter verwickelt zu werden, so standen dem Angekl. für die Erteilung eines Rates unter entsprechender Anwendung des § 47 RMGebD.  $\frac{3}{10}$  der Gebühr des § 63 ebenda, also mindestens 12 RM zu. Der Angekl. behauptet allerdings, F. sei damals beschuldigt gewesen, ein Fahrrad gestohlen zu haben. Das RevGer. kann diese Behauptung nicht berücksichtigen (§§ 261, 337 StPB.). Wäre sie richtig, so könnte, auch wenn die Anzeige wegen Diebstahls bei der StA. noch nicht erstattet gewesen wäre, die Gebühr des § 67 RMGebD. allerdings in Frage kommen.

Im Falle F. ist den landgerichtlichen Ausführungen beizutreten. Die Beratung und Belehrung im Zusammenhang mit

der Urkundstätigkeit ist gebührenfrei (*Beuschhausen* zu § 54 PrGRG., Anm. 3 Abs. 6 S. 345). Die Grundschuldbewilligung war dem Gerichte einzusenden. Dafür stand dem Angekl. keine besondere Gebühr zu (§ 10 PrNotGebD.). Wenn die Zeugin F. nach der Unterschriftsleistung Bedenken bekam und zwei Tage später, zu einer Zeit, als die Grundschuld im Grundbuch noch nicht eingetragen war, auf dem Büro des Angekl. sich befragte, ob das Geschäft auch reell sei, so handelte es sich hier um keine selbständige Ratserteilung (Rechtsauskunft), die übrigens nach § 16 PrNotGebD. zu tarifieren gewesen wäre, sondern um eine Beratung und Belehrung im Zusammenhang mit der Urkunds- und Einsendefähigkeit. Die vom Angekl. angelegte Gebühr nach Art. 11 GebD. war daher nicht geschuldet. Überdies weiß das LG. mit Recht darauf hin, daß die vom Angekl. gegebene Auskunft bewußt falsch war, da er wußte, daß mit den Grundschulden betrügerische Zwecke verfolgt wurden.

(5. Sen. v. 7. Nov. 1935; 5 D 679/35.)

(= RGSt. 69, 377.)

**Anmerkung:** Zu § 91 b (jetzt § 96) Abs. 2 RM.

Der Satz 3 des § 91 (jetzt § 96) Abs. 2 RM. lautet: „Die rechtliche Wirksamkeit von Handlungen des RM. wird durch das Vertretungsverbot nicht berührt.“ Damit ist ausdrücklich klargestellt, daß trotz des Vertretungsverbots vorgenommene Handlungen des RM. nicht nichtig sind.

Zu §§ 51, 54 PrGRG.

Bei Vorliegen eines zur Vorbereitung eines Hauptgeschäftes notwendigen und daher gebührenfreien Nebengeschäfts, z. B. Einsicht des Grundbuchs vor dem Entwurf einer Grundschuldeintragungsbewilligung, steht dem Notar auch die Wegegebühr nach § 51 PrGRG. nicht zu; Voraussetzung dafür ist aber, daß die Urkunde dann tatsächlich vom Notar entworfen oder aufgenommen ist. Das RG. (21. Dez. 1928: PrZf. 29, 119) billigt dem Notar sogar auch dann keine besondere Gebühr für die Einsicht des Grundbuchs und der Registerakten zu, wenn er zwar den Auftrag hatte, eine hypothekarische Schuldverschreibung zu beurkunden, diese Beurkundung jedoch unterblieben ist und er infolgedessen nur die geringfügige Gebühr aus § 52 erhält; auch die Wegegebühr soll er in diesem Fall nicht erheben dürfen (siehe *Beuschhausen*, NotGebD., zu § 54 PrGRG., S. 344, 345).

*Beuschhausen* (a. a. O. S. 345) vertritt die Ansicht, daß von einer Vorbereitung als einem gebührenfreien Nebengeschäft da nicht die Rede sein kann, wo die verlangte Einsicht des Grundbuchs zur Information des Auftraggebers dienen soll und dieser seinerseits von dem Ergebnis der Einsicht den Abschluß des beabsichtigten Geschäftes abhängig macht. Diese Ansicht lehnt das RG. mit der Begr. ab, daß, wenn man sie als richtig gelten lasse, eine scharfe Abgrenzung zwischen gebührenpflichtiger und gebührenfreier Grundbucheinsicht kaum noch möglich sei.

Betreffend beratende und belehrende Tätigkeit des Notars. Die beratende Tätigkeit, die der Notar behufs Ausführung eines Geschäfts oder bei der Ausführung des Geschäfts ausübt, ist stets ein Nebengeschäft (siehe *Rausnik*, NotGebD., zu § 54 GRG., S. 95).

Eine Vereinbarung über Gebühren von Nebengeschäften kann der Notar nicht vornehmen (siehe *Rausnik* a. a. O., S. 95).

Zu § 10 NotGebD.

Daß der Notar für die Einreichung der Grundschuldbewilligung keine besondere Gebühr verlangen kann, geht ganz klar aus dem Wortlaut des § 10 NotGebD., hervor. § 10 bestimmt: „Für die bei den Gerichtsbehörden einzureichenden Anträge behufs Erwirkung einer Eintragung in das Grundbuch oder andere gerichtliche Bücher oder Register... können Gebühren nicht gefordert werden, wenn der Notar für die Aufnahme der eingesendeten oder seinen Anträgen zugrunde liegenden Urkunde Gebühren bezieht. Dasselbe gilt, wenn die Urkunde von dem Notar entworfen ist.“

RM. Prof. Dr. Noack, Halle a. S.



**30.** §§ 268, 263 StGB. Schwere Urkundenfälschung in Lateinheit mit Betrug. Fälschung von Fahrkarten der Deutschen Reichsbahn.

Der Angekl. hätte als Fernfahrkartenverkäufer der Reichsbahn in einem Hamburger Bahnhof die an die Reisenden auszugebenden Fahrkarten in der Weise mittels der amtlichen Druckmaschine herstellen müssen, daß die einschlägige Druckplatte der Maschine ein geformtes leeres Pappstückchen mit der gewöhnlichen Fahrkartenbeschriftung ohne Tagesstempel und laufende Fahrkartennummer versah, während Tagesstempel und laufende Nummer von besonderen in der Maschine befindlichen Stempeln auf die Karte aufgedruckt und gleichzeitig zwei in der Maschine bleibende Verrechnung- und Kontrollstreifen hergestellt wurden. Statt dessen ließ der Beschw. nur die gewöhnliche Fahrkartenbeschriftung von den Druckplatten der Maschine herstellen. Den Tagesstempel und die laufende Nummer druckte er außerhalb ihrer auf die Karten auf, indem er zur Herstellung des Tagesstempels die unzulässigerweise aus der Maschine genommene Stempelvorrichtung benutzte, die laufende Nummer aber mit einem gewöhnlichen Handstempel aufdruckte, dessen Schrift von der durch die Maschine hergestellten Schrift abwich. Die Kontrolleinrichtung wurde so überhaupt nicht in Gang gesetzt. Die auf diese Weise hergestellten Fahrkarten verkaufte der Beschw. an Schalter an die Reisenden und steckte das von ihnen erhaltene Geld sofort in die eigene Tasche.

Die Fahrkarten der Deutschen Reichsbahn sind öffentliche Urkunden (RGSt. 59, 384). Ihre Ausstellerin — nämlich die Reichsbahn, handelnd durch die jeweils zuständige Amtsstelle — ergibt sich nicht aus einer Unterschrift, sondern aus der Gesamtheit von Form und Inhalt der in einer bestimmten und einheitlichen Weise gestalteten Urkunde. Indem der Beschw. in der beschriebenen Weise die Fahrkarten herstellte, erweckte er den Eindruck, sie seien von der Reichsbahn, vertreten durch ihr zuständiges Verwaltungsorgan, ausgestellt, während sie in Wirklichkeit von ihm als Privatperson ausgestellt waren (vgl. RGSt. 12, 17 und RG. in 4 D 355/24 v. 2. Mai 1924). Da die Fälschungen alle wesentlichen Merkmale der echten Urkunden enthielten, liegt eine vollendete fälschliche Anfertigung vor. Daß die laufende Nummer in einer anderen als der von der Maschine hergestellten Schriftart erschien, ändert daran nichts. — Die Rev. vermißt die Feststellung, daß die Fälschungen in rechtswidriger Absicht hergestellt und gebraucht worden seien. Diese Absicht liegt jedoch einfach darin, daß die Reisenden durch die Hingabe der falschen Karten zur Zahlung des Kaufpreises, also zu einem rechtserheblichen Tun, veranlaßt werden sollten.

Auch Betrug zum Nachteil der Fahrkartenkäufer ist mit Recht angenommen worden. Die Fahrkarten der Reichsbahn sind Inhaberverpflichtungszeichen i. S. des § 807 BGB. Dem Erwerber und jedem Inhaber eines solchen Zeichens kann die Reichsbahn gem. § 796 BGB. ohne weiteres den Einwand der Fälschung entgegensetzen. Wer eine gefälschte Karte an einem Reichsbahnschalter kauft, hat also schon aus diesem Grunde eine im Verhältnis zu seiner Leistung minderwertige Gegenleistung empfangen und es kommt daher für den Gesichtspunkt des Betruges nicht mehr auf die von der Rev. aufgeworfene Frage an, ob der Reisende etwa aus dem zwischen ihm und der Reichsbahn zustande gekommenen Grundvertrag Anspruch auf Beförderung hat. Jedenfalls wäre die sofortige Durchsetzung dieses Anspruchs durch die Ausbändigung einer falschen Fahrkarte in erheblichem Maße gefährdet.

Dagegen hat die Rev. im Gegensatz zum Urteile recht mit der Behauptung, die von dem Reisenden am Fahrkartenschalter gezahlten Gelder seien zunächst in das Eigentum der Reichsbahn gelangt. Da der Beschw. nach außen hin den Reisenden gegenüber als Vertreter der Reichsbahn auftrat, erwarb diese gem. §§ 929, 116 BGB. auch dann Eigentum an den Geldzeichen, wenn sich der Beschw. insgeheim von vornherein vornahm, das Geld in die eigene Tasche zu stecken. Dadurch wird jedoch die rechtlich bedenkenfreie Annahme von Betrug nicht in Frage gestellt. Jedenfalls ist der Angekl. nicht dadurch beschwert, daß ihn die Str.R. nicht auch aus anderen rechtlichen Gesichtspunkten verurteilt hat (vgl. im übrigen RGSt. 15, 426; 22, 306).

(3. Sen. v. 28. Okt. 1935; 3 D 790/35.)

**\*\*31.** §§ 270, 267 StGB. Versuchte schwere und vollendete einfache Urkundenfälschung bei Eintragungen in die Handelsbücher eines Vollkaufmanns, z. B. das Verkaufsbuch eines Viehhändlers. Das Recht eines Kaufmanns zur Änderung der Eintragungen in seinen Handelsbüchern erlischt, sobald ein anderer ein gesetzliches oder vertragliches Recht auf unvertänderten Fortbestand der Urkunde erlangt hat.)

Am 9. Juli 1930 schloß der Vater des Angekl., ein Viehhändler Bra., mit den Eheleuten Pu. einen Viehtausch ab, dessen Vertragsbestimmungen schriftlich niedergelegt und von den Eheleuten Pu. und dem Angekl., dem von seinem Vater Procura erteilt war, unterschrieben wurden. In dem Vertrage war vereinbart, daß die Firma Bra. von den Eheleuten Pu. als Gegenwert für die von ihr an die Pu. gelieferten Tiere „zwei Kühe, ein Stierchen sowie 250 RM zu und eine dreijährige braune Stute“ bekommen sollte. Über die Zugabe von 250 RM sollte ein Wechsel über diesen Betrag auf ein Vierteljahr ausgestellt werden. Ferner sollten die Eheleute Pu. der Firma Bra. mit Rücksicht darauf, daß sie die braune Stute nicht alsbald übergeben, sondern noch eine Zeitlang benutzen wollten, als Sicherheit einen weiteren Wechsel über 750 RM auf vier Wochen geben. Diesen Vereinbarung gemäß stellten die Eheleute Pu. einen „Zugabewechsel“ über 250 RM, fällig am 9. Okt. 1930, und einen „Pfandwechsel“ über 750 RM, fällig am 9. Aug. 1930, aus. Der Angekl., der über die im Geschäft seines Vaters abgeschlossenen Viehverkäufe ein Verkaufsbuch führte, in das er die einzelnen Geschäfte mit Angabe des Datums eintrug, und der auf Grund dieser Eintragungen vierteljährlich die Anmeldeungen zur Umsatzsteuer für das FinA. anfertigte, bemerkte über das Geschäft mit Pu. auf S. 56 des Verkaufsbuchs folgendes:

„11. Pu., Zug. 2 R. 250.—  
in Abz. per 10. Okt. 1930 250.—“

Am 9. Aug. 1930 gaben die Eheleute Pu., da sie die braune Stute noch in ihrer Landwirtschaft brauchten, dem Vater des Angekl. für den an diesem Tage fälligen „Pfandwechsel“ einen am 9. Okt. 1930 fälligen Verlängerungswechsel. Gleichzeitig gelang es aber dem Vater des Angekl. auf betrügerische Weise, die geschäftszugewandten Pu. zur Ausstellung eines weiteren, ebenfalls am 9. Okt. 1930 fälligen Wechsels über 750 RM zu veranlassen. Da nicht damit zu rechnen war, daß die Eheleute Pu. diesen ohne Rechtsgrund gegebenen Wechsel ohne weiteres einlösen würden, mußte der Vater des Angekl. darauf bedacht sein, sich für den zu erwartenden Streit Beweismittel zu verschaffen. Er beschloß, den erschlischen Wechsel als „Zugabewechsel“ zu behandeln und den eigentlichen „Zugabewechsel“ über 250 RM als Restzahlung aus einem früheren Viehgeschäft mit Pu. auszugeben. Da aber mit dieser Darstellung, die behaupten wollte, es sei am 9. Juli eine Zugabe nicht von 250, sondern von 750 RM vereinbart worden, die Eintragung des Angekl. in dem Verkaufsbuch nicht im Einklang stand, übermalte der Angekl. in Kenntnis des wahren Sachverhalts sorgfältig die beiden „2“ in den Summenangaben „250“ mit der Ziffer „7“ und trug gleichzeitig das Geschäft ein zweites Mal am Ende der nächsten S. 57 mit dem Betrag „750 RM“ in das Verkaufsbuch ein. Am 10. Okt. 1930 legte der Vater des Angekl. den Eheleuten Pu. die beiden Wechsel über je 750 RM und den Wechsel über 250 RM als fällig vor. Frau Pu. weigerte sich, den zweiten Wechsel über 750 RM anzuerkennen. Schließlich gelang es dem Vater des Angekl. aber durch Drohungen, die Eheleute Pu. zum Abschluß eines neuen Vertrages zu bestimmen, in dem davon ausgegangen wird, daß auch dieser zweite Wechsel über 750 RM zu Recht bestehe, und in dem die Verlängerung dieses Wechsels um acht Wochen vereinbart wurde. Den Verlängerungswechsel über 750 RM, den der Vater des Angekl. auf Grund dieser Vereinbarung ausgehändigt erhielt, gab er an eine Frau Fl. weiter. Diese klagte die Wechselsumme im Wechselprozeß



mit Erfolg gegen die Eheleute Pu. ein. Im Mai 1931 verklagten die Eheleute Pu., die schon wenige Tage nach dem Abschluß des Vertrages vom 10. Okt. 1930 diesen wegen Betrugs angefochten hatten, den Vater des Angekl. auf Erfaß des an Frau H. gezahlten Betrages und der entstandenen Kosten. Dieser Rechtsstreit, in dem Beweise nicht erhoben worden sind, ist nicht zu Ende geführt worden, weil im Herbst 1931 über das Vermögen des Vaters des Angekl. das Konkursverfahren eröffnet und später mangels Masse eingestellt worden ist. Im Herbst 1933 wurde wegen dieser An gelegenheit gegen den Vater des Angekl. ein Strafverfahren wegen Betrugs eingeleitet. In diesem Verfahren wurde der Angekl. von dem Verteidiger als Zeuge dafür benannt, daß am 9. Juli 1930 zwischen seinem Vater und den Eheleuten Pu. eine Zugabe von 750 RM, nicht 250 RM vereinbart worden sei. In der Hauptverhandlung vom 6. Juni 1934 legte daraufhin der Angekl. vor dem SchöffG. das Verkaufsbuch daraufhin der Angekl. vor und bekundete als mit der abgeänderten Eintragung vor und bekundete als Zeuge: Es seien, soweit er sich entsinne, von Anfang an zwei Wechsel über je 750 RM gelaufen, der eine zur Sicherheit für das später zu liefernde Pferd und der andere als Zugabe für das Tauschgeschäft. Er habe am 10. Juli 1930 auf S. 56 des Verkaufsbuchs das Geschäft mit Pu.s eingetragen und dabei als vereinbarte Zugabe 750 RM vermerkt.

Die Rev. des Angekl. hatte keinen Erfolg.

Zunächst hat die StrR. mit Recht die Eintragung, die der Angekl. unter dem 11. Juli 1930 über die mit den Eheleuten Pu. vereinbarte Zugabe von 250 RM in das Verkaufsbuch seines Vaters gemacht hat, vom Zeitpunkt ihrer Niederschrift an als eine beweiserhebliche Privaturlunde angesehen. Das entspricht der ständigen reichsgerichtlichen Rspr. (vgl. u. a. RGSt. 50, 420, 421). Die Behauptung der Rev., das Verkaufsbuch habe lediglich aus privaten Aufzeichnungen bestanden, steht mit den Feststellungen des angef. Ur. in Widerspruch, die dahin gehen: Das Verkaufsbuch sei von dem Angekl. nicht nur zu dem Zwecke geführt worden, um sich über den Stand des Geschäfts zu unterrichten; denn es habe die Grundlage für die Anmeldung zur Umsatzsteuer gebildet und sei so geführt worden, daß es jederzeit dem FinR. zum Nachweis des angemeldeten Umsatzes vorgelegt werden konnte.

Der StrR. ist im Ergebnis aber auch darin beizutreten, daß der Angekl. die erwähnte Eintragung verfälscht, d. h. unbefugt abgeändert hat, als er, jedenfalls vor dem Herbst 1931 und nach Begebung des erschl. Wechsels über 750 RM, die Zahlen „250“ durch Übermalen der Ziffern „2“ mit den Ziffern „7“ in „750“ verwandelte, um den Anschein zu erwecken, als ob die Eintragung von Anfang an auf 750 RM gelaufen habe. Der Urheber einer Urkunde, insbes. der Kaufmann hinsichtlich der von ihm geführten Handelsbücher, hat die Befugnis zur beliebigen nachträglichen Änderung nur so lange, als die Urkunde in Beziehung auf ihren stofflichen Untergrund wie auf ihren gedanklichen Inhalt sich in seiner ausschließlichen tatsächlichen und rechtlichen Verfügungsgewalt befindet. Dieses Abänderungsrecht erlischt, sobald ein anderer ein gesetzliches oder vertragliches Recht auf un veränderten Fortbestand der Urkunde erlangt hat. Bei Anwendung dieser in der reichsgerichtlichen Rspr. feststehenden Grundsätze (RGSt. 52, 88, 91 und die dort angeführten Entsch.), von denen auch die StrR. ausgeht, ist die Annahme gerechtfertigt, daß der Angekl. die nachträgliche Änderung der Bucheintragung unbefugt vorgenommen hat. Denn die Eheleute Pu. hatten im Zeitpunkt der Abänderung bereits ein Recht auf den unveränderten Bestand dieser Urkunde, zu deren Einsichtnahme sie nach § 810 BGB. berechtigt waren. § 810 BGB., dessen Anwendung durch § 45 Abs. 1 BGB. nicht eingeschränkt ist (RGZ. 56, 109, 112; 87, 10, 13 = JW. 1915, 778<sup>1</sup>), gewährt dem, der ein rechtliches Interesse daran hat, das Recht, eine in fremdem Besitz befindliche Urkunde einzusehen, u. a. dann, wenn in der Urkunde ein zwischen ihm und dem Besitzer bestehendes

Rechtsverhältnis beurkundet ist. Die Vorschr. darf nach der Rspr. der ZivSen. des RG. nicht zu eng ausgelegt werden. So braucht es sich nicht um eine Urkunde zu handeln, die das ganze Rechtsverhältnis umfassend beurkundet. Es genügt vielmehr für die Anwendung des § 810 BGB. die rechtliche Beziehung der Beurkundung auf das fragliche Rechtsverhältnis. Das gilt insbes. auch für die Eintragungen in die Handelsbücher eines Vollkaufmanns (RGZ. 117, 332, 333 = JW. 1927, 2416). Mithin war die Eintragung, die der Angekl. in das Verkaufsbuch seines Vaters über die vereinbarte Zugabe von 250 RM gemacht hat, i. S. des § 810 BGB. eine Urkunde, in der ein zwischen den Eheleuten Pu. und dem Vater Bra. bestehendes Rechtsverhältnis beurkundet war (RGZ. 56, 109, 112). Die Eheleute Pu. hatten aber auch ein rechtliches Interesse daran, diese Eintragung einzusehen. Ein rechtliches Interesse an der Einsichtnahme einer Urkunde liegt dann vor, wenn die Kenntnisnahme vom Inhalt der Urkunde zur Förderung, Erhaltung oder Verteidigung rechtlich geschützter Verhältnisse von Wert ist. Ob das der Fall ist, ist nach den Umständen des einzelnen Falles unter billiger Würdigung der beiderseitigen Interessen nach richterlichem Ermessen zu prüfen (RGZ. 117, 332, 334). Ein rechtliches Interesse ist dann zu verneinen, wenn durch die Einsichtnahme erst Unterlagen für eine Rechtsverfolgung geschaffen werden sollen (RGZ. 135, 188, 192 = JW. 1932, 2082<sup>14</sup>). Es müssen vielmehr bestimmte Anhaltspunkte für einen Zusammenhang des Urkundeninhalts mit einem bestimmten Rechtsverhältnisse gegeben sein (Gruch. 49, 832, 836). Ein solcher Zusammenhang war hier unzweifelhaft vorhanden. Das rechtliche Interesse der Eheleute Pu. an der Einsichtnahme des Bra.schen Verkaufsbuchs ergab sich aus folgendem: Sie waren durch ein käufliches Verhalten des Vaters des Angekl. dazu bewogen worden, ohne Rechtsgrund ihm einen zweiten Wechsel über 750 RM zu geben. Dadurch war eine erhebliche Verwirrung der Rechtslage eingetreten. Während gegenüber dem schriftlichen Vertrage vom 9. Juli 1930, der die Vermutung der Richtigkeit und Vollständigkeit für sich hatte, im Falle eines Streits der Vater des Angekl. seine angeblichen weitergehenden Rechte zu beweisen gehabt haben würde, hatten dem Wechsel gegenüber die Eheleute Pu. die Beweislast dafür, daß dem Vater des Angekl. ein Anspruch in Höhe von 750 RM in Wahrheit nicht zustand, daß also die Vertragsurkunde trotz des begebenen weiteren Wechsels über 750 RM richtig und vollständig war. Die Beweislast war insofern durch die Hingabe des Wechsels umgekehrt worden. Urkunden und Zeugen standen den Eheleuten Pu. für ihre Darstellung ersichtlich nicht zur Verfügung. Abgesehen vom Parteieid stellten die Geschäftsbücher des Vaters des Angekl. das einzige Beweismittel dar, auf das sie sich stützen konnten. Sie hatten also ein rechtliches Interesse daran, zu erfahren, welche Eintragung über das mit Bra. geschlossene Tauschgeschäft in seinen Handelsbüchern gemacht worden war. Dieses rechtliche Interesse bestand für sie schon von der Begebung des zweiten Wechsels über 750 RM an, insbes. mit Rücksicht auf die Gefahren, die die mögliche Weiterbegebung dieses erschl. Wechsels an einen gutgläubigen Dritten für sie in sich schloß. Dann war der Angekl. aber, als er — um seinem Vater den durch Betrug erlangten Vorteil zu erhalten, also nach Begebung des erschl. Wechsels durch die Eheleute Pu. — die Eintragung im Verkaufsbuch abänderte, dazu nicht befugt und hat eine beweiserhebliche Privaturlunde verfälscht. Daß er sich dabei der Rechtswidrigkeit seines Tuns bewußt gewesen ist, kann dem angef. Ur. unbedenklich entnommen werden.

Die StrR. hat, namentlich im Hinblick auf RGSt. 52, 88; 67, 245 = JW. 1933, 2340, geglaubt, in einem Falle wie dem vorl. die Feststellung, der Urheber einer Urkunde sei zu ihrer Abänderung nicht berechtigt gewesen, nur unter Abweichung von der reichsgerichtlichen Rspr. treffen zu können. Das trifft nicht zu. Es bedarf deshalb im vorl. Falle keiner Erörterung der im Schrifttum überwiegend bejahten, von der Rspr. des RG. aber bisher verneinten Frage, ob sich das unbefugte Handeln des Angekl. schon aus den öffentlich-rechtlichen Vorschr. des BGB. über die Buchführungspflicht des Vollkaufmanns herleiten ließe. In RGSt. 52, 88 ist



nicht, wie die StrR. meint, grundsätzlich ausgesprochen, daß die Änderung des Inhalts der Geschäftsbücher erst dann unbefugt sei, wenn der Fälscher dem Gegner eine Klageschrift oder einen Schriftsatz zugestellt und darin auf seine Geschäftsbücher als Beweismittel Bezug genommen hat. In dieser Entsch. ist vielmehr, ebenso wie in RGSt. 67, 245, die Frage der Abänderungsbefugnis nur mit Beziehung auf den aus § 423 ZPO. sich ergebenden verfahrensrechtlichen Vorlegungsanspruch erörtert. Daneben wird gerade in der Entsch. im 52. Bande auf S. 90 ausdrücklich anerkannt, daß der bürgerlich-rechtliche Vorlegungsanspruch des § 810 BGB. der Befugnis zur Urkundenänderung entgegensteht kann, und auf demselben Standpunkt steht offenbar auch RGSt. 67, 245, da dort auf die Entsch. im 52. Bande Bezug genommen wird (vgl. auch RGSt. 48, 55).

Auch sonst bestehen gegen die Verurteilung wegen versuchter schwerer Urkundenfälschung keine rechtlichen Bedenken. Insbes. ist ausreichend festgestellt, daß von der verfälschten Urkunde im Prozeß Gebrauch gemacht werden sollen, um dem Vater des Angekl. den durch Betrug erlangten Vermögensvorteil zu erhalten, daß es aber, weil der Prozeß nicht zu Ende geführt worden ist, insoweit beim Versuch geblieben ist.

Gebrauch gemacht hat der Angekl. aber von der verfälschten Urkunde später, nämlich i. J. 1934 in dem Strafverfahren gegen seinen Vater wegen Betrugs. Hierin erblickt die StrR. eine vollendete einfache Urkundenfälschung nach § 267 StGB. Das ist insofern nicht richtig, als für die unmittelbare Anwendung dieser Vorschr. deshalb kein Raum ist, weil die Veränderung des Buchinhalts schon lange Zeit vor der Einleitung des Strafverfahrens zu einem anderen Zwecke erfolgt war. Der Angekl. hat vielmehr dadurch, daß er das früher von ihm geänderte Verkaufsbuch dem Strafrichter vorlegte, von einer verfälschten Urkunde zum Zwecke der Täuschung Gebrauch gemacht und gegen § 270 i. Verb. mit § 267 StGB. verstoßen.

Dieses i. J. 1934 begangene Vergehen steht zu dem i. J. 1930 oder 1931 versuchten Verbrechen nicht im Verhältnis der Tateinheit, sondern in dem der Tatmehrheit. Dieser Rechtsfehler würde, da er den Angekl. nicht beschwert und das angef. Ur. vor dem 1. Sept. 1935 ergangen ist, wegen des damals bestehenden Verbots der Schlechterstellung für die Rev. des Angekl. ohne Bedeutung sein. Er wird aber von der Rev. des StA., die lediglich die Annahme zweier selbständiger Handlungen erstrebt, mit Recht geltend gemacht.

(4. Sen. v. 29. Nov. 1935; 4 D 354/35.)  
(= RGSt. 69, 396.)

**Anmerkung:** Die Einträge in das Verkaufsbuch sieht das RG. nur unter der Voraussetzung als Beurkundung an, daß sie zum Beweise dienen sollten, also nicht nur zur eigenen Unterrichtung. Wäre das zutreffend, dann müßten die Einträge je nach ihrer Zweckbestimmung durch den Aussteller die Eigenschaft als Urkunden heute bekommen, morgen verlieren und übermorgen wieder erhalten. Von solchen Zufällen, die sich zudem als Gedankenvorgänge schwer würden beweisen lassen, darf die Eigenschaft eines Schriftstücks als Urkunde nicht abhängig gemacht werden. Nicht die subjektive Einstellung des Ausstellers, sondern die objektive Fähigkeit mit dem Eintrag für oder gegen ein Rechtsverhältnis Beweis zu liefern, muß entscheidend sein. Daß die Einträge in das Verkaufsbuch einen erheblichen Beitrag zum Beweise für den Abschluß eines Kauf- oder Tauschgeschäftes zwischen dem Aussteller und dem Kunden liefern können, leuchtet ein.

Ändert nun der Aussteller seinen Eintrag ab, so daß er nun etwas anderes aussagt als vorher, so fragt es sich, ob das eine rechtlich gleichgültige Handlung ist oder als „Verfälscher“ angesehen werden muß. Der Gesichtspunkt der Echtheit kann dabei keine Rolle spielen; denn die Urkunde rührt nach wie vor von der Person her, den sie als Aussteller nennt oder auf die als Aussteller aus dem Zusammenhang der Einträge als Bestandteilen des Verkaufsbuches ein sicherer Schluß möglich ist. Es ist Belling, Grundriß, 11. Aufl., S. 92 zugegeben, daß dadurch die Urkunde nicht

unecht wird. Man darf aber nicht mit ihm behaupten, daß eine Änderung eines Eintrages durch den Aussteller selbst unter keinen Umständen als Verfälschen angesehen werden dürfe. Rechtssprechung und Schrifttum sind sich darin einig, daß auch der Aussteller selbst die von ihm herrührende Urkunde „verfälschen“ kann. Über die Voraussetzungen, unter denen eine Abänderung als Verfälschung anzusehen ist, besteht jedoch keine Übereinstimmung, ja nicht einmal Klarheit (vgl. u. a. Lenz, Fälschungsverbrechen, 1897, S. 172f.; Binding, Lehrb. II, 1, 1904, S. 229, 240, 241; Schwartz, Komm., Note 7a zu § 267; PzKomm. Note 25; Frank, Komm., Note V 1a zu § 267; Gerland, D. Reichsstraf-, S. 436; v. Hippel, Lehrb. 1932, Anm. 1 auf S. 345). Auch die Rspr. des RG. ist uneinheitlich. Zwar hat sie den auch in der vorliegenden Entsch. aufgestellten Grundsatz herausgearbeitet, das Abänderungsrecht des Ausstellers erlösche, sobald ein anderer ein gesetzliches oder vertragliches Recht auf den unveränderten Fortbestand der Urkunde erlangt habe. Wann aber dieser Zeitpunkt anzunehmen ist, wird ganz verschieden beurteilt. Das ergibt deutlich ein Vergleich dieser Entsch. mit der des gleichen Senats v. 19. Febr. 1918 (RGSt. 52, 88f.), auf die sie sich beruft. Dort wird erst die Klagezustellung oder das Verlangen des Gerichts, die Handelsbücher vorzulegen, als Hindernis für die Abänderung angesehen, hier dagegen schon die zur Zeit der Abänderung bereits vorhandene Möglichkeit, daß sich der Kunde auf den Eintrag in das Verkaufsbuch berufen könne. Man vergleiche ferner 3. Sen. v. 20. Nov. 1916 (RGSt. 50, 167f.) und 5. Sen. v. 12. Juni 1917 (RGSt. 51, 119f.) (erst, wenn das Buch der Steuerbehörde zur Prüfung vorgelegt ist); 5. Sen. v. 23. Mai 1917 (RGSt. 50, 420) (wenn die Revision durch die Behörde bevorsteht); 1. Sen. v. 14. Jan. 1918 (RGSt. 52, 78) (Änderung, um sich einer sonst drohenden Strafverfolgung zu entziehen, sei noch nicht unbefugt); 2. Sen. vom 20. Okt. 1930 (RGSt. 64, 394) (wenn die Nummer der Fahrtscheine vom Schaffner in dem Fahrtbericht eingetragen ist, dürfe dieser Eintrag nicht mehr geändert werden, weil er jederzeit nachgeprüft werden kann); 2. Sen. v. 29. Mai 1933 (RGSt. 67, 245 = JW. 1933, 2340) (Briefabgangsbuch eines Kaufmanns dürfe erst dann nicht mehr geändert werden, wenn sich der Kaufmann in einer Klage auf diesen Eintrag bezogen hat). Der Widerspruch auch zwischen dieser Entsch. und der vorliegenden liegt auf der Hand. Obwohl das bürgerliche Recht und das Prozeßrecht dafür maßgebend sein soll, ob die Änderung als Verfälschen anzusehen ist oder nicht, entschleidet das RG. gleichgelagerte Fälle verschieden. Die Behauptung kann auch durch die Versuche des RG. nicht erschüttert werden, die Widersprüche zu beseitigen. Es erscheint daher richtiger zu sein, wenn man davon absteht, diese Rechtsvorschriften heranzuziehen. Jedenfalls muß die Entsch. verschieden ausfallen, je nachdem man nur solche Fälle gelten läßt, in denen die Vorschrift schon anzuwenden ist, oder auch, wie hier, den Fall berücksichtigt, daß eine solche Vorschrift möglicherweise praktisch werden kann. Entscheidend dafür, ob eine strafrechtlich nicht bedeutame Abänderung oder eine Verfälschung vorliegt, sollte vielmehr der Zweck der Abänderung sein.

Die Einträge in Geschäftsbücher, insbes. in die Handelsbücher, gehören zu den berichtenden Urkunden. (Gegensatz: verfertigte Urkunden). Wenn der Aussteller seinen Eintrag ändert, so will er, daß der Eintrag etwas anderes berichtet als vorher. Geschieht das, weil er sich inzwischen überzeugt hat, daß der Eintrag unrichtig ist, so ist das einwandfrei, es müßte denn sein, daß er darüber täuschen will, daß der Eintrag noch so lautet, wie er ursprünglich gelautet hat, obwohl der andere sich nach Treu und Glauben darauf verlassen kann, daß er unverändert geblieben ist. Ohne Einschränkung ist eine Änderung als Verfälschung anzusehen, wenn sie unwahr wird und der Aussteller den geänderten Eintrag als Beweismittel gebrauchen will oder erwartet, daß ein anderer ihn befugtenmaßen dazu gebrauchen könnte. Strafbar ist das Verfälschen ohne späteren Gebrauch zum Zweck der Täuschung allerdings nur, wenn es zu diesem Zweck und außerdem in gewinnstüchtiger oder schädigender Absicht geschieht (Versuch des Ver-



brechens der Urkundenfälschung). Eine solche Abgrenzung von Änderung und Verfälschung entspricht auch der richtigen Auf- fassung vom Schutzobjekt der Urkundenfälschung. Geschützt werden soll das Vertrauen nicht nur in die Echtheit schrift- licher Beweisausagen, sondern auch in deren unveränderten Bestand; man vertraut darauf, daß die schriftliche Beweis- ausgabe so geblieben ist, wie sie ursprünglich gelautet hat. Wer sie abändert, um ihr den Anschein zu geben, als habe sie von jeher so gelautet, der verfälscht. Und dieser Vorwurf trifft nicht nur den Aussteller, sondern auch den, der die Ur- kunde im Einverständnis mit dem Aussteller abändert, wenn dieses Vertrauen getäuscht werden soll. Zur Vermeidung von Mißverständnissen sei ausdrücklich hervorgehoben, daß sich der Aussteller nur einer Verfälschung schuldig machen kann, fälschlich anfertigen kann er nicht, es müßte denn sein, daß er die Urkunde so ändert, daß sie von jemand anderem herzurühren scheint, weil er darüber täuschen will, daß die Urkunde nicht von ihm herrührt. Lügen in echten Urkunden ist nur unter dem Gesichtspunkt des Betruges, der falschen Anschuldigung, der Falschbeurkundung (§ 348 Abs. 1 und § 271), nicht aber nach § 267 strafbar.

Von dem hier vertretenen Standpunkt kann der Entsch. darin zugestimmt werden, daß in der Abänderung der Ein- träge in dem Verkaufsbuch, zu deren Gebrauch es damals nicht gekommen ist, der Versuch eines Verbrechens der Privat- urkundenfälschung (§§ 267, 268 Ziff. 1, 43) zu sehen ist.

Dieses Verbrechen, das im Jahre 1930 begangen worden ist, bildete die Grundlage für den Gebrauch der verfälschten Einträge in dem Betrugsprozesse von 1934. Es ist daher zwar nicht zweifelhaft, ob Tateinheit vorliegt, was die Vorinstanz angenommen, das RG. aber mit Recht verneint hat. Wohl aber kann bezweifelt werden, ob die beiden Handlungen selbständig sind. Hier macht sich wieder einmal der Gegensatz zwischen meiner Auslegung des § 74 und der Auffassung von Rechtsprechung und Schrifttum bemerkbar. Die Selbständig- keit von Handlungen wird nur geprüft, wenn es sich um den sog. Fortsetzungszusammenhang, also um gleiche Straftaten handelt. Liegen aber verschiedene Straftaten vor, so werden die Handlungen schon aus diesem Grunde als selbständig an- gesehen; die Möglichkeit, daß auch solche verschiedenartige Handlungen einmal unselbständig sein könnten, wird über- haupt nicht in Betracht gezogen. Im vorl. Fall ist nun trotz der Verschiedenheit in der Auslegung das Ergebnis nicht verschieden. Denn damals hat der Angekl. die Eintragung ge- ändert, um sie als Beweismittel gegen die Vertragsgegner zu verwenden, vier Jahre später aber hat er sie als Beweis- mittel gebraucht, um die Verurteilung seines Vaters wegen Betruges zu verhindern. Diese Unterschiede der Zwecke läßt die Handlungen als selbständig, die Anwendung der §§ 267, 268, 43, des § 270 und des § 74 daher als gerechtfertigt er- scheinen.

Prof. Dr. Merkel, Greifswald.

\*

32. §§ 219 Abs. 1, 337 StP.O. Hat der Vorsitzende vor der Hauptverhandlung einen Beweis an- trag abgelehnt, weil die unter Beweis gestell- ten Tatsachen als wahr unterstellt werden könnten, so ist er verpflichtet, in der Haupt- verhandlung auf seine Verfügung hinzuwei- sen. Ein Verstoß hiergegen kann die Revision begründen. Die im Urteil vom 26. Juni 1928 (JW. 1928, 2253) vertretene Gegenmeinung wird auf- gegeben.

Der verheiratete, 63 Jahre alte Johann K. ist wegen eines fortgesetzten Verbrechens der Unterschlagung im Amt verurteilt worden. Er war unumwunden geständig und hat auch kein Rechtsmittel eingelegt. Er machte aber geltend, er sei zu seinen Verfehlungen dadurch gekommen, daß er von der 36 Jahre jün- geren Kaufmannslehrling Josefa B., mit der er i. J. 1932 ein Verhältnis mit Geschlechtsverkehr begonnen hatte, durch fortge- setzte Drohungen mit Bekanntgabe seiner ehebrecherischen Be- ziehungen an seine Familie und an seine Behörde zu laufenden Geldhingaben bestimmt worden sei. Die Angekl. B. gab das Ver-

hältnis mit K. und die von diesem behaupteten Geldhingaben zu, behauptete aber, daß ihr K. das Geld immer freiwillig ge- geben habe. Das BG. verurteilte die B. wegen eines fortgesetzten Vergehens der Erpressung zu zwei Jahren drei Monaten Ge- fängnis und drei Jahren Ehrverlust. Es glaubte dem K., daß er in ständiger Angst vor den Drohungen der B. alles tat, was sie forderte, um sie zufrieden zu stellen und ihr Schweigen zu er- kaufen, daß er sich bemühte, sie loszuwerden, daß sie ihn aber immer wieder bedrängte und ausnützte. Daß K. vergeblich von ihr loszukommen gesucht habe, wurde auf Grund mehrerer Zeu- genaussagen festgestellt.

Die für die Angekl. B. eingelegte Rev. rügt „Verstöße gegen Dentgesetze“.

Ein solcher Verstoß wird von der Rev. darin gefunden, daß die Feststellungen, auf denen die Verurteilung der B. beruhe, mit Tatsachen in Widerspruch stünden, die als wahr unterstellt worden seien. In dieser Hinsicht ergibt sich aus den Akten folgen- des: Die Verteidigerin der Angekl. B. hat in einem vor der Hauptverhandlung eingereichten Schriftsatz vom 4. Juli 1935 die Ladung der Zeuginnen S. und Sch. beantragt. Frau S. habe öfter die telephonischen Anrufe K.s entgegengenommen und der Frau B. übermittelt. Sie habe daher Kenntnis davon, wie oft K. die Frau B. zu sich herausbestellte; sie sei Zeugin dafür, daß Frau B. nur dringenden Bitten und Beshwörungen K.s Folge leistete, daß K. drohte, er werde sich umbringen, wenn Frau B. ihn verlasse, usw. Die Frau Sch. sei von K. öfter erjucht worden, sie möge ihre Tochter zu Frau B. schicken und deren Sohn hüten, damit Frau B. ungestört zu ihm kommen könne; K. habe selbst hier und da der Frau Sch. hierfür Kleinigkeiten wie Eier usw. gegeben. — Der Vorsitzende hat am 9. Juli 1935 die Ladung dieser Zeuginnen abgelehnt, „weil die unter Beweis gestellten Tatsachen als wahr unterstellt werden können“. In der Haupt- verhandlung ist der Antrag auf Ladung dieser Zeuginnen nicht wiederholt, folglich auch vom Gericht nicht abgelehnt worden. Nach der vom Vorsitzenden bestätigten Erklärung des StA. sind nicht einmal die Namen der Zeuginnen erwähnt worden, auch im Schlußvortrag ist die Verteidigerin auf den Beweisanspruch nicht mehr zurückgekommen.

Die erhobene Rüge kann nicht für begründet erachtet wer- den. Der erf. Sen. hat in der Entsch. 1 D 497/28 v. 26. Juni 1928 (JW. 1928, 2253) ausgesprochen, auf die vor der Hauptverhand- lung geschehene Ablehnung eines Beweisanspruchs durch den Vor- sitzenden allein könne die Rev. auch dann nicht gestützt werden, wenn der Vorsitzende die Ablehnung damit begründet habe, daß die Beweisatsache als wahr unterstellt werden könne. Denn ob dies wirklich geschehen könne, lasse sich erst in der Hauptverhand- lung bei Würdigung des Gesamtergebnisses übersehen und ent- scheiden. Diese Entsch. stehe allein dem erkennenden Gericht zu. Es bestehe die Möglichkeit, daß es anderer Ansicht sei, als sein Vorsitzender vor der Hauptverhandlung und diese Möglich- keit liege so nahe, daß der Angekl. und sein Verteidiger damit rechnen müßten. Wenn trotzdem von diesen der Antrag in der Hauptverhandlung nicht wiederholt und es damit unterlassen werde, eine Beschlussfassung des erkennenden Gerichts herbeizu- führen, so beruhe die Nichterhebung des Beweises auf dieser Un- terlassung und nicht auf einem Verstoß des Gerichts gegen Ver- fahrensvorschriften. Aus der Begr. dieser Entsch., mit der übrige- ns außer den darin angezogenen RGArt. auch das Art. des 4. Str.Sen. v. 6. Juli 1917 (abgedr. in GoldtArch. 65, 365, 366) und das des 3. Str.Sen. v. 12. Mai 1932, 3 D 423/32: JW. 1932, 3112 übereinstimmen, würde aber weiter folgen, daß das Gericht nicht gezwungen ist, die Tatsachen, deren Wahrunterstellung der Vorsitzende vor der Hauptverhandlung in Aussicht gestellt hatte, der Urteilsfindung zugrunde zu legen, und daß daher auch, wenn jene Tatsachen in den Urteilsgründen gar nicht erwähnt und mit ihnen unvereinbare Tatsachen festgestellt werden, nicht etwa an- genommen werden darf, das Gericht habe jene Tatsachen als wahr unterstellt und sich dann mit ihnen in Widerspruch gesetzt. Bei nochmaliger Prüfung der Frage vermag jedoch der erf. Sen. daran, daß die Wahrunterstellung einer Beweisatsache durch den Vorsitzenden in einer vor der Hauptverhandlung ergangenen Verfügung grundsätzlich für die schließliche Entsch. bedeutungslos sei und daher die Rev. ganz allgemein nicht darauf gestützt werden könne, daß das Urteil diese Wahrunterstellung außer acht lasse,



nicht festzuhalten. Vielmehr ist der Vorsitzende für verpflichtet zu erachten, in der Hauptverhandlung auf den Inhalt seiner Verfügung hinzuweisen und so seine Ansicht über die Wahrunterstellung zur Kenntnis des erkennenden Gerichts zu bringen, ebenso wie ihm obliegt, in der Hauptverhandlung davon Kenntnis zu geben, wenn er etwa durch seine Verfügung einen Beweisanspruch dahin entschieden hatte, daß darüber in der Hauptverhandlung entschieden werden solle (siehe RGSt. 61, 176). Wenn der Vorsitzende der dargelegten Verpflichtung nicht nachkommt, so kann u. U. auf diesem Verstoße das Urteil beruhen, und die Rev. ist dann gerechtfertigt. Nach den Umständen des vorl. Falles ist dies aber als ausgeschlossen anzusehen. In der Hauptverhandlung ist, wie aus den Urteilsgründen hervorgeht, festgestellt worden, daß die Angekl. B. schon vor dem ersten Geschäftsverkehr mit R. ihrem — mehrfach schon mit Zuchthaus vorbestraften — Ehemann Mitteilung gemacht, und daß dieser dann von R. ein Schweigegeld zu erlangen gewußt hat, daß ferner die Angekl. B. selbst bereits wegen eines Erpressungsversuchs vorbestraft ist. Auch sind von mehreren Zeugen Vorgänge bestätigt worden, aus denen sich ergibt, daß die B. von R. Geld gefordert und für den Fall der Verweigerung Drohungen gebraucht, und daß R. von ihr loszukommen versucht hat. Es hätte daher für die Angekl. und ihre Verteidigerin außerordentlich nahe gelegen, auf den vor der Hauptverhandlung gestellten Beweisanspruch und auf die vom Vorsitzenden in Aussicht gestellte Wahrunterstellung zurückzukommen, sofern sie sich angesichts des Ergebnisses der Hauptverhandlung davon noch einen Erfolg versprochen hätten. Wenn trotzdem jener Beweisanspruch und die in ihm unter Beweis gestellten Behauptungen nicht einmal gelegentlich der Schlußvorträge wiederholt, dem erkennenden Gericht also gar nicht zur Kenntnis gebracht wurden, dann ist die Annahme, das Gericht werde — ebenso wie vor der Hauptverhandlung der Vorsitzende — jene Behauptungen als wahr unterstellen und die Behauptung der Rev., das Gericht habe dies tatsächlich getan und sich dann mit ihnen in Widerspruch gesetzt, völlig abwegig.

(1. Sen. v. 8. Okt. 1935; 1 D 717/35.)

**33.** §§ 244, 245 StPD. Auf die Ablehnung vor der Hauptverhandlung gestellter, in dieser aber nicht wiederholter Beweisansprüche kann die Rev., wie das RG. schon oft ausgesprochen hat, nicht gestützt werden. Dieser Grundsatz gilt auch für die jetzige Fassung der §§ 244, 245 StPD.

(5. Sen. v. 5. Dez. 1935; 5 D 883/35.)

**34.** §§ 274, 261 StPD. Die ausschließliche Beweiskraft der Sitzungsniederschrift erstreckt sich nach § 274 StPD. nur auf die Beobachtung der für die Hauptverhandlung vorgeschriebenen Förmlichkeiten, nicht dagegen auf den Inhalt der Erklärungen des Angekl. (RGSt. 58, 59). Auf einen Widerspruch zwischen Sitzungsniederschrift und Urteilsgründen hinsichtlich des Inhalts der Erklärung eines Angekl. in der Hauptverhandlung kann die Revision nicht gestützt werden, da das Gericht auf Grund der ihm nach § 261 StPD. zustehenden Beweiswürdigung in der Lage ist, die in der Hauptverhandlung abgegebenen Erklärungen des Angekl. anders zu beurteilen, als sie etwa von dem Vorsitzenden und dem Urkundsbeamten nach deren Niederschrift aufgefaßt worden sind (RGSt. 49, 316).

(2. Sen. v. 24. Okt. 1935; 2 D 552/35.)

**\*\* 35.** §§ 74, 207 StPD.; §§ 66, 67 Abs. 4 StGB.; § 23 RVD.

1. Anträge auf Ablehnung von Sachverständigen sind wie Beweisansprüche zu behandeln. Die Abweisung hat somit durch begründeten Beschluß zu geschehen. Ein Verstoß hiergegen kann die Revision begründen.

2. Einfluß von Mängeln des Eröffnungsbeschlusses auf den Bestand des Urteils.

3. Bei fortgesetzten Handlungen beginnt die Verjährungsfrist erst dann zu laufen, wenn die letzte in den Fortsetzungszusammenhang fallende Handlung beendet ist (vgl. RGSt. 62, 214).

4. Untreue nach § 23 RVD. kollidieren Pflichten, die dem Vorstand einer Krankenkasse dieser gegenüber obliegen, mit privaten Interessen, dann gehen die Pflichten als Vorstand jedenfalls dann vor, wenn nicht wegen besonderer Umstände eine Berechtigung der privaten Interessen anzuerkennen ist. Es gelten sinngemäß die Grundsätze, die der erkennende Senat hinsichtlich der Pflichten des Vorstands einer AktG. aufgestellt hat.

#### I. Die Verfahrensrügen.

1. Der Eröffnungsbeschluß gibt allerdings nicht an, in welchem Sachverhalt er die Tatbestandsmerkmale des in ihm als verlegt bezeichneten Strafgesetzes verwirklicht sieht. Darin liegt zwar ein Verstoß gegen § 207 StPD., dieser Mangel würde aber den Bestand des Urteils nur gefährden, wenn er den Ausfall der Entsch. beeinflussen könnte (RGSt. 52, 305). Das trifft indessen nicht zu. Denn da jeder Anhalt für die entgegengesetzte Annahme fehlt, muß davon ausgegangen werden, daß die Strk. die Erfüllung des gesetzlichen Tatbestands in denselben Vorgängen erblickt hat, wie dies in der Anklageschrift der Fall war (RGSt. 3, 408). Hiernach bestand über den Tatsachenkreis, dessen strafrechtliche Beurteilung in dem Eröffnungsbeschluß dem erkennenden Gericht unterbreitet war, völlige Gewißheit, so daß der Angekl. nicht darüber im Zweifel sein konnte, worauf er seine Verteidigung zu erstrecken hatte.

2. Der Angekl. hat die Sachverständigen R. und K. am ersten Verhandlungstag und nochmals im Laufe der weiteren Verhandlung mit eingehender Begr. abgelehnt. Die Ablehnungsansprüche waren zulässig (§ 74 StPD.), insbes. auch der zweite Antrag, obwohl er erst nach der Vernehmung der Sachverständigen gestellt worden war (RGSt. 58, 301). Solche Anträge sind wie Beweisansprüche zu behandeln. Die Abweisung hat somit durch einen mit Gründen versehenen Beschluß zu erfolgen (RGSt. a. a. D.). Hierbei ist, wenn der Angekl. den Sachverständigen wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt hat, stets zu prüfen, ob die geltend gemachten Gründe vom Standpunkt des Ablehnenden aus die begründete Besorgnis rechtfertigen können, daß der Sachverständige nicht unbefangen ist (RGSt. 58, 262).

Die Strk. hat im vorl. Falle die beiden Ablehnungsansprüche durch je einen Beschluß abgewiesen, der keine Begr. enthält. Da die Gründe für die Abweisung unter den gegebenen Umständen den Beteiligten nicht ohne weiteres erkennbar waren, liegt ein Verfahrensverstoß vor. Auf ihm kann das Urteil beruhen. Denn wären dem Angekl. die für die Abweisung maßgebenden Gründe bekanntgegeben worden, so hätte er sich mit seiner Verteidigung entsprechend einrichten, insbes. die Ablehnung unter Anführung neuer Gründe oder bestimmterer Tatsachen für die alten Gründe wiederholen können. Daß das von den beiden Sachverständigen abgegebene Gutachten für die Beurteilung des Angekl. ohne Bedeutung gewesen ist, lassen die Urteilsausführungen nicht zweifelsfrei erkennen. Die Verfahrensrüge muß somit durchgreifen.

#### II. Zu den Sachrügen.

Nach den Feststellungen der Strk. war der Angekl. F. Mitglied des Vorstandes der Ortskrankenkasse für das Maurergerwerbe in B. (DKK.). Nachdem er für diese mehrere Bauvorhaben ausgeführt hatte, wurde ihm am 29. April 1925 der Bau eines Seitenflügels in der H.straße 3 und der Bau des Vorderhauses in der H.straße 3 in B. vom Gesamtvorstand übertragen. Der Bau sollte als Selbstkostenbau ausgeführt werden. Zu den F. wirklich gezahlten Löhnen und Unkosten sollte er 38 % zur Deckung seiner Unkosten, ferner 5 % „für die Vorkhaltung der Rütungen“ in Rechnung stellen und als Unternehmergewinn (für



die Anfertigung der Zeichnungen, den Verkehr mit den Behörden, den Abschluß von Verträgen mit den Handwerkern und Lieferanten und für die gesamte Bauleitung) 10 % der Gesamtrechnungssumme erhalten. Bei früheren unter den gleichen Bedingungen an den Angekl. übertragenen Bauvorhaben war schriftlich ausdrücklich noch vereinbart worden, daß „sämtliche dem Bauausführenden seitens seiner Lieferanten und Handwerker zustehenden Rabatte und sonstige Vereinbarungen auch der DKK. als Bauherrin“ zugute zu kommen haben und „bei der Aufstellung der Selbstkosten und der Baurechnung zugunsten der Bauherrin berücksichtigt“ werden müßten. Bei Übertragung des Bauauftrags für das Vorderhaus Hstraße war diese letztere Vereinbarung nicht ausdrücklich schriftlich wiederholt worden. Der Angekl. ließ sich nun bei Ausführung dieses Baues von einer Reihe von Lieferanten von vornherein Provisionen bzw. Rabatte versprechen und bestimmte die betreffenden Firmen, ihre Rechnungen dementsprechend zu erhöhen. Von einer Reihe anderer Lieferanten ließ er sich nach Ausführung der Lieferungen von den der DKK. verrechneten Preisen Rabatte gewähren und von den Lieferanten S. ließ er sich für die Kassenzahlung 5 % Skonto (271,65 RM) geben; einem Lieferanten A. zog er 690,36 RM ohne jede Berechtigung „für das Vorhalten von Rüstung“ ab; von dem Lieferanten B. ließ er sich einen Rabatt von 3866,15 RM gewähren. Diese Sondervergütungen verschwieg er seiner Auftraggeberin bei der Erstellung der Rechnungen und ließ sich die vollen Rechnungsbeträge vergüten.

Der Strk. ist darin beizupflichten, daß der Angekl. sich „bei dem Abschluß der Bauverträge nicht lediglich als freier Unternehmer und nicht mehr als Mitglied des Vorstandes betrachten durfte“. Seine Stellung als Mitglied des Vorstandes legte ihm die Pflicht auf, nicht zum Nachteil der DKK. zu handeln, also benachteiligende Handlungen zu unterlassen. Wollte er bei Abschluß des Vertrags mit der DKK. dieser als freier Unternehmer gegenüberreten, so mußte er zuvor seine Stellung als Vorstandsmitglied aufgeben. Kollidieren Pflichten, die dem Vorstand einer Krankenkasse dieser gegenüber obliegen, mit privaten Interessen, dann gehen die Pflichten als Vorstand jedenfalls dann vor, wenn nicht eine Berechtigung der privaten Interessen wegen besonderer Umstände anzuerkennen ist. Diese vom erf. Sen. in seiner Entsch. 2 D 3965/02 v. 5. Jan. 1903 (RGSt. 36, 71) hinsichtlich der Pflichten eines Vorstands einer AktG. aufgestellten Grundsätze gelten sinngemäß für den gleichgelagerten Fall des Mitgliedes eines Organes der RWV. Aus § 23 Abs. 3 RWV. ist nichts Gegenteiliges zu entnehmen. Dort sind nur Best. getroffen für die Beratung solcher Gegenstände, welche das Privatinteresse eines Mitgliedes eines Organes der RWV. oder seiner Angehörigen betreffen. Daß in solchen Fällen, die durch Abs. 1 und 2 des § 23 RWV. begründete Pflicht der Mitglieder der Organe zur treuen Geschäftsverwaltung aufgehoben sein sollte, kann aus dieser Best. nicht gefolgert werden. Ob der Grundsatz, daß bei einer Kollision der eigenen Interessen des Vorstandsmitglieds mit denen der Krankenkasse die letzteren vorzugehen haben, auch dann aufrechtzuerhalten ist, wenn für die Wahrnehmung der Interessen der Kasse durch andere Persönlichkeiten bei dem in Frage stehenden Geschäftsabluß ausreichend gesorgt ist, kann hier unerörtert bleiben, da diese Sachlage nach den im vorl. Fall getroffenen Feststellungen nicht vorlag. Es erübrigt sich daher eine Stellungnahme des erf. Sen. zu der oben aufgeführten, in der Entsch. des 2. ZivSen. des RG. v. 26. April 1932 (ZW. 1932, 2279<sup>o</sup>) aufgeworfenen und auch dort nicht entschiedenen Rechtsfrage.

Die Annahme der Strk., daß der Angekl. vorsätzlich zum Nachteil der DKK. gehandelt hat, um sich einen Vermögensvorteil zu verschaffen, ist auf Grund der getroffenen Feststellungen in den Fällen nicht zu beanstanden, in welchen der Angekl. die Lieferanten ohne Wissen und Willen des Vorstandes veranlaßt hat, die vereinbarten Provisionen und Rabatte auf ihre Rechnungen daraufzuschlagen. Denn in diesen Fällen verteuerte er die Lieferungen und handelte zum Nachteil der Kasse. Hierzu war er auch dann nicht berechtigt, wenn für ihn keine vertragliche Verpflichtung zur Verrechnung der erhaltenen Provisionen oder Rabatte bestand. Dessen war er sich auch nach den getroffenen

feststellungen bewußt. Er hat in diesen Fällen nach den bedenkenfreien Feststellungen der Strk. sich nicht nur der Untreue nach § 23 Abs. 2 RWV., sondern in Tateinheit hiermit auch des Betrugs nach § 263 StGB. schuldig gemacht. Denn er hat den anderen Vorstandsmitgliedern der DKK. durch Vorlage jener Rechnungen vorgespiegelt, daß die von den Lieferanten gemachten Lieferungen und die von den Handwerkern berechneten Arbeiten tatsächlich den verrechneten Wert gehabt hätten, während in Wirklichkeit die ihm gewährten Provisionen und Rabatte auf die der DKK. erstellten Rechnungen daraufgeschlagen waren. Hierdurch wurden die anderen Vorstandsmitglieder der DKK. in einen Irrtum versetzt und zur Bewilligung der Bezahlung der übersehten Rechnungen bestimmt. Dies hatte, wie der Angekl. wußte, eine Schädigung der DKK. in der Höhe der übersehten Beträge zur Folge.

Dagegen kann der Strk. darin nicht beipflichtet werden, daß auch in den anderen Fällen, in denen der Angekl. die Lieferanten und Handwerker nicht dazu bestimmt hat, die Rechnungen zu erhöhen, „schon die Annahme von Provisionen und Rabatten oder sonstigen Vergünstigungen ohne Wissen und Willen des Vorstandes ein Handeln zum Nachteil der Kasse darstellte, mochte es auch im Baugewerbe gang und gebe sein, daß solche Vergünstigungen von Lieferanten, Handwerkern oder sonstigen Geschäftsleuten gewährt werden“ und daß „von einem Treuhänder ohne weiteres erwartet werden muß, daß er alle Sonder Vorteile, die ihm aus Anlaß des Treuhandverhältnisses von dritter Seite zufließen, seinem Treugeber zugute kommen läßt, auch wenn das nicht ausdrücklich vereinbart sein sollte“. Solche Verpflichtungen trafen den Angekl. nur dann, wenn sie sich aus dem zwischen ihm und der DKK. abgeschlossenen Bauvertrag ergaben. Der Strk. ist zuzugeben, daß aus der Tatsache, daß der Abzug etwaiger Provisionen und Rabatte zugunsten der DKK. in dem Verträge über den Bau Hstraße 4 schriftlich vereinbart, daß aber diese Abrede in den — hier maßgebenden — späteren Verträgen nicht wiederholt worden war, nicht geschlossen werden kann, daß der Angekl. F. in allen künftigen Fällen von dieser vertraglichen Verpflichtung befreit sein sollte. Allein eine solche Verpflichtung bestand dann nicht schon „selbstverständlich“ deshalb, weil der Angekl. Mitglied des Vorstandes der Kasse war, sondern nur auf Grund der Vereinbarung über den Fortbestand dieser früheren vertraglichen Best. Ob eine solche Vereinbarung bei Abschluß der Verträge vom 29. April 1925 und 22. Dez. 1927, wenn auch nur stillschweigend, zustande gekommen ist, unterlag der tatrichterlichen Feststellung. Bestand hiernach die vertragliche Verpflichtung fort und war sich der Angekl. dessen bewußt, dann war er entgegen der Annahme der Strk. zwar berechtigt, auch weiterhin mit den Lieferanten und Handwerkern solche Vereinbarungen über ihm persönlich zu gewährende Vergünstigungen abzuschließen, er mußte aber dann die erhaltenen Provisionen und Rabatte auf Grund seiner vertraglichen Verpflichtung der DKK. gegenüber zu deren Gunsten verrechnen. Tat er das nicht, dann machte er sich durch die Nichtverrechnung gegenüber der DKK. eines Treubruchs nach § 23 Abs. 2 RWV. schuldig. War aber nach den vom Tatrichter zu treffenden Feststellungen bei Abschluß der Bauverträge vom 29. April 1925 und 22. Dez. 1927 keine ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung über den Fortbestand jener vertraglichen Best. getroffen, dann verletzte der Angekl. seine ihm gegenüber der DKK. obliegende Treupflicht nicht, falls es zur damaligen Zeit im redlichen Geschäftsverkehr beim Mangel gegenteiliger Abmachungen allgemein als recht und billig angesehen wurde, daß der Bauausführende derartige Vergütungen von Handwerkern und Lieferanten für sich annahm und behielt, wenn sich nur um dieser Vergünstigungen willen die Bau Summe für den Bauherrn nicht erhöhte.

Da die Strk. hierüber und die Vorstellung des Angekl. hiervon klare Feststellungen nicht getroffen hat, die in Frage stehenden Fälle aber einen wesentlichen Teil der fortgesetzten Handlung, wegen der der Angekl. verurteilt worden ist, umfassen, muß das Urteil seinem ganzen Umfang nach aufgehoben werden.

(2. Sen. v. 25. Nov. 1935; 2 D 398/35.)

(= RGSt. 69, 380.)



## Erbgesundheitsobergerichte

Berlin

37. § 13 ErbkrNachwGes.; §§ 115 ff. ZPO. Die Beordnung eines ArmAnw. im Verfahren nach dem ErbkrNachwGes. ist unzulässig.†)

Wie die Beschwerdeschrift zutreffend hervorhebt, würde die Bewilligung des Armenrechts in Anbetracht des § 13 Abs. 1 des Ges. v. 14. Juli 1933 deshalb keinen Sinn haben, weil die Kosten des gerichtlichen Verfahrens von der Staatskasse zu tragen sind. Es mag dabei noch darauf hingewiesen werden, daß die Bewilligung des Armenrechts gem. § 14 ZPO, § 115 Ziff. 1 ZPO. ohnehin nur die einseitige Befreiung von den Gerichtskosten gewährt würde, während im vorl. Verfahren die Kosten des gerichtlichen Verfahrens gem. § 13 Abs. 1 des Ges. v. 14. Juli 1933 endgültig die Staatskasse trägt.

Trotz des auch auf das Armenrecht gerichteten Beschwerdeantrags richtet sich dieser daher letzten Endes nur gegen die Vertretung der Beordnung des RM. X. als ArmAnw.

Hierzu ist zu sagen:

Die Möglichkeit der Beordnung eines ArmAnw. haben allerdings die nachfolgenden ErbgesObGer. bejaht und nur im Einzelfalle abgelehnt: Kiel (ZB. 1934, 248), Frankfurt (ZB. 1935, 54), Hanau (ZB. 1935, 2510); Kottbus hat die Frage in ZB. 1935, 1877<sup>79</sup> offen gelassen. Irigendwelche Fälle, wo die Beordnung eines ArmAnw. im vorl. Verfahren ausgesprochen worden ist, sind bisher noch nicht veröffentlicht. Eine theoretische Zulässigkeitsklärung bei regelmäßiger Ablehnung im Einzelfall erscheint aber an sich schon als Halbheit. Es erscheint daher folgerichtiger, zu sagen: Ein Bedürfnis für Beordnung von ArmAnw. besteht im vorl. Verfahren überhaupt nicht. Ein darauf hingehender Antrag ist daher unzulässig.

Im vorl. Verfahren handelt es sich nicht darum, aus der Rechtsordnung einen Ausgleich widerstreitender Belange Einzelner abzuleiten, auch nicht darum, auf Grund von Rechtskenntnissen und allgemeiner Lebenserfahrung die Frage zu entscheiden, ob jemand den äußeren und inneren Tatbestand einer strafbaren Handlung erfüllt hat. Worum es sich hier allein handelt, ist die Frage: Steht die ärztliche Diagnose der betreffenden Erbkrankheit fest oder nicht. Wenn es daher wirklich einer Verstärkung des Rechtsschutzes der Beteiligten noch bedürfte, so müßte ihnen folgerichtigerweise im Armenrecht nicht ein Anwalt, sondern ein besonderer Arzt beigeordnet werden. Gerade zur Verstärkung der materiellen Wahrheitsfindung hat aber bereits der Gesetzgeber die Ärzte im vorl. Verfahren nicht wie im Entmündigungsverfahren nur als bloße Gutachter, sondern als entscheidungsberechtigte Richter mit hinzugezogen.

Nach der rechtlichen Seite ist das vorl. Verfahren so einfach, daß es sich im allgemeinen nur darum handelt, die Notwärtigen zu wahren. Auch in dieser Hinsicht ist die Rspr. der Obergerichte aber den Beteiligten weit entgegengekommen. Während § 9 des Ges. und der darin in Bezug genommene § 233 Abs. 1 ZPO. auf höhere Gewalt abstellen, hat die Rspr. sich wohl allgemein damit begnügt, die Voraussetzungen des § 22 Abs. 2 ZPO. (Mangel eigenen Verschuldens des Beteiligten) anzunehmen. Einem RM. gegenüber müßten aber die strenger Anforderungen an die Haftung für Mißübersehen gestellt werden, wie sie auch sonst im Zivilprozeß im Rahmen des § 233 Abs. 1 ZPO. von der Rspr. verlangt werden.

Selbstverständlich muß der Beteiligte geschäftsfähig sein und dementsprechend die für den ganzen Gang und den Zweck des Verfahrens erforderliche Einsicht haben; hat er sie aber nicht, so muß er einen Pfleger bestellt erhalten, der dann für ihn seine Belange wahrnimmt.

Es wird allerdings des weiteren auch angeführt: In der Verhandlung vor dem erkennenden Gericht müsse diesem ja der Tatbestand vorgetragen werden. Unter Umständen sei der Beteiligte in dieser Hinsicht aber nicht so gewandt und deswegen sei dann ein berechtigtes Bedürfnis anzunehmen, daß ein Sachvortrag durch einen RM. erfolgen müsse. Es kann nicht scharf genug ausgesprochen werden, daß dieser ganze Gedankengang vom Sachvortrag eine völlige Verkennung des Verfah-

36. § 61 Nr. 2 StPO. Bei der Prüfung der Frage, ob von der Vereidigung des Verletzten als Zeugen abgesehen werden soll, ist eine sorgsame Anwendung des richterlichen Ermessens notwendig. Im Falle der Nichtvereidigung muß die Begründung erkennen lassen, daß das Gericht befürchtet, eine dem Angekl. feindselige Gesinnung des Zeugen könne das Zeugnis von der Wahrheit ablenken.

Die Verfahrensrüge greift durch:

Wie die Sitzungsniederschrift ergibt, ist der Nebenkl. H. — der zugleich der Verletzte ist — als Zeuge vernommen worden. Im unmittelbaren Anschlusse hieran ist beurkundet: „Die Beschlußfassung über die Vereidigung des Zeugen wurde zurückgestellt.“ Der Zeuge H. ist dann, wie aus dem Schweigen der Sitzungsniederschrift über eine Vereidigung zu entnehmen ist, nicht vereidigt worden. Entgegen der Vorschrift des § 64 StPO. ist auch der Grund für das Unterbleiben der Vereidigung des Zeugen in der Sitzungsniederschrift nicht angegeben. Auch in den Urteilsgründen, nach denen der dargelegte Sachverhalt in der Hauptverhandlung auf Grund der Einlassung des Angekl. sowie der Aussagen „der“ Zeugen für festgestellt erachtet worden ist, ist mit keinem Worte angedeutet, aus welchem Grunde der Zeuge H. unvereidigt geblieben und ob das Zeugnis H.s, obwohl dieser nicht vereidigt wurde, als glaubhaft verwertet worden ist. Dieses Verfahren der Strk. ist rechtlich zu beanstanden. Grundfähig sind auch nach dem Erlaß des Ges. zur Einschränkung der Eide im Strafverfahren v. 24. Nov. 1934 (RGBl. I, 1008) die Zeugen zu vereidigen. Möglich ist im gegebenen Falle, daß die Strk. gem. § 61 Nr. 2 StPO. von der Vereidigung des Zeugen abgesehen hat, weil er der Verletzte ist. Dies konnte auch nach dem Ermessen des Gerichtes geschehen. Indes schließt dies die Nachprüfung durch das RevG. nicht aus. Denn letzteres ist, soweit das Gesetz Ermessensfreiheit für gerichtliche Anordnungen einräumt, zur Erörterung der Frage verpflichtet, ob die dem pflichtmäßigen Ermessen gezogenen Grenzen eingehalten worden sind. Nach der amtlichen Begründung zu § 61 Nr. 2 StPO. ist hier eine sorgsame Anwendung des richterlichen Ermessens notwendig. Die angeführte Vorschrift soll zu einer gewissenhaften Prüfung anleiten, ob die Vereidigung des Zeugen geboten ist. Wird von der Vereidigung des Verletzten als Zeugen abgesehen, so muß die Begründung erkennen lassen, daß die Vereidigung unterbleibt, weil das Gericht befürchtet, eine dem Angekl. feindselige Gesinnung des Zeugen könne das Zeugnis von der Wahrheit ablenken. Hierzu wird allenthalben auf RGSt. 68, 310, 311, 312 = ZB. 1934, 2980<sup>21</sup> verwiesen. Nach den Umständen des hier gegebenen Falles liegt kein einigermaßen sicherer Anhalt dafür vor, daß die Strk. auf Grund gewissenhafter Prüfung und sorgsamer Anwendung ihres richterlichen Ermessens von der Vereidigung des Zeugen H. abgesehen habe. Vielmehr ist die Vermutung nicht von der Hand zu weisen, daß die Strk., die zunächst die Beschlußfassung über die Vereidigung des Zeugen „zurückgestellt“ hatte, dies später nicht im Auge behaltend und deshalb versehentlich unterlassen hat, hinsichtlich der Frage der Vereidigung oder Nichtvereidigung des Zeugen ihr pflichtmäßiges Ermessen walten zu lassen. Auf dem hiernach vorliegenden Verfahrensverstoße kann aber auch das Ur. beruhen. Denn die Möglichkeit ist nicht auszuschließen, daß die Strk., wenn sie den Zeugen vereidigt hätte, seiner Aussage vollen Glauben geschenkt und dann auch die Möglichkeit, daß H. den Angekl. R. zuerst tätlich angegriffen „und daß R. sich so in Notwehr befunden habe“, verneint haben würde.

(5. Sen. v. 7. Nov. 1935; 5 D 759/35.)



rens vor den Gesundheitsgerichten ist. Hier besteht nicht, wie in der ZPO, der sog. Verhandlungsgrundsatz, wonach die Richter nur über das zu entscheiden haben, was die Parteien ihnen vortragen. Es handelt sich auch nicht um die Aufklärung des Sachverhalts von Amts wegen in den äußeren Formen des parteiartig einander Gegenübertretens des StA. und des Berteidigers, wie der Liberalismus in der Mitte des vorigen Jahrhunderts das Strafverfahren gestaltet hat. Der begrifflich vollkommene Sachvortrag des vorl. Verfahrens besteht gar nicht in dem, was der Beteiligte und seine Angehörigen dem Gericht vortragen, sondern umgekehrt in dem, was der Vorsitzende des Gerichts seinerseits dem Beteiligten und seinen Angehörigen als das bisherige Ermittlungsergebnis mitteilt. Dies schon allein deswegen, weil ein großer Teil der Erkenntnisquellen, z. B. die Krankenblätter und die Akten der Versorgungsämter, den Beteiligten gar nicht offengelegt werden dürfen, während es sich völlig von selbst versteht, daß über nichts entschieden werden darf, was nicht zwischen dem Gericht und dem Beteiligten bzw. seinem Vertreter besprochen worden ist. Gerade weil es sich hier nicht darum handelt, ob jemand der Allgemeinheit gegenüber eine strafrechtliche Schuld auf sich geladen hat, soll das begrifflich vollkommene Verfahren vor dem Gesundheitsgericht eine ebenso vertrauensvolle Unterredung sein, wie sie auch sonst zwischen einem Kranken und seinen Ärzten geführt wird. In letzterer Hinsicht wird ja auch niemand vorher einen RA. befragen, was er zweckmäßig einem zu Rate zu ziehenden Arzte mitteilen soll. Selbstverständlich wird dies Vertrauen nicht immer erreicht. Aber um ein Höchstmaß erreichbaren Vertrauens zu schaffen, hat schon der Gesetzgeber das vorl. Verfahren nicht nur zu einem rein ärztlichen Verwaltungsverfahren der Gesundheitsämter gestaltet, sondern es gliederungsmäßig in die Gerichte eingebaut. Deswegen ist es insbes. auch die selbstverständliche Aufgabe des Vorsitzenden, alle Zeit zur Verfügung zu stellen, die zu einer wirklichen Herstellung einer geistigen Verständigung mit dem Beteiligten, seinen Angehörigen und seinem etwaigen gesetzlichen Vertreter erforderlich ist, und alle Feierlichkeit, Würde und persönliches Entgegenkommen in ein Verfahren hineinzulegen, das nie mehr ungeschähen gemacht werden kann, und das in seinen Auswirkungen über den unmittelbar Beteiligten hinaus seine ganze Spitze trifft.

Dieser innere Sinn des Verfahrens findet in der Rechtskonstruktion und geschichtlichen Entwicklung seine Bestätigung.

Als das Gef. v. 17. Juli 1933 erlassen wurde, hat der Gesetzgeber neben den materiellen Voraussetzungen des Verfahrens, dem Vorliegen der acht Erbkrankheiten und des schweren Alkoholsismus, bereits gewisse Verfahrensgrundsätze entwickelt — vgl. die §§ 7 bis 9 —. Im übrigen hat er in § 17 noch offengelassen, ob er das Verfahren bei seiner weiteren Ausgestaltung der ZPO. oder dem FGG. anlehnen wollte. Zu den verfahrensrechtlichen Grundsätzen, die er im Gef. selbst schon vorweg genommen hat, gehören aber die im § 13 des Gef. enthaltenen Kostenbestimmungen. So sicher es nun aber war, daß der Gesetzgeber mit dem Erlaß des Gesetzes und damit auch mit dem damit zusammenhängenden Verfahren gesetzgeberisches Neuland betrat, es daher gar nicht anders sein konnte, als daß entsprechend den entstehenden Erfahrungen Ausf. n. nötig werden mußten und erlassen worden sind, ebenso sicher war es aber auf Grund der bisherigen Gerichtserfahrung, daß durch dieses Verfahren, wie durch jedes andere Verfahren, Kosten entstehen mußten, und zwar sowohl gerichtliche wie außergerichtliche Kosten. Wenn der Gesetzgeber daher die Regelung der Kostenfrage nicht, wie die sonstigen noch zu erlassenden Verfahrensvorschriften nach § 17 des Gef. v. 14. Juli 1933 den späteren Ausf. n. überließ, sondern diese Frage schon im Gef. selbst behandelte, so muß auch angenommen werden, daß er damit die Kostenfrage abschließend regeln wollte. Dies um so mehr, als der allgemeine Grundgedanke des § 13 der ist, die Kosten des vorl. Verfahrens die öffentliche Hand tragen zu lassen, Kosten für einen ArmAnw. aber auch die öffentliche Hand tragen würde, und der Gesetzgeber sich bereits bei Erlaß des § 13 schon aus etatsrechtlichen Gründen ein Bild von den geldlichen Folgen für die Staatskasse gemacht haben muß. Wenn dann in Art. 4 Abs. 2 der 1. Ausf. n. die entsprechende Anwendung des FGG. vorgeschrieben worden ist, soweit nicht etwas an-

deres bestimmt ist, so ist eben insoweit durch die abschließende Regelung des Kostentwesens in § 13 etwas anderes bestimmt.

Neben diesem zeitlichen Umstand in Verhältnis zwischen Befehl und 1. Ausf. n. spricht für die Richtigkeit dieser Ausfassung ferner ein aus dem Art. 1 Abs. 4 der 2. Ausf. n. zu entnehmender Gesichtspunkt. Wegen der von dem erf. Sen. angenommenen ausschließlichen Regelung des § 13 des Gef. bestand bisher keine Möglichkeit, dem Beteiligten die Kosten der Terminswahrung zu erstatten. Denn es handelt sich insoweit nicht um Kosten des gerichtlichen Verfahrens i. S. des § 13 Abs. 1 des Gef., sondern um außergerichtliche Kosten. Hinsichtlich der letzteren war aber bisher wegen der Ausschließlichkeit des § 13 und der Beschränkung des § 13 Abs. 2 nur auf die außergerichtlichen Kosten der Durchführung der Unfruchtbarmachung keine Rechtsgrundlage für die Bewilligung derartiger Reisekosten gegeben. Deswegen hat der Gesetzgeber in Art. 1 Abs. 4 der 2. Ausf. n. seinen als zu hart empfundenen Standpunkt gemildert. Wäre aber der Gedankengang schlüssig, daß auch in Kostenfragen nach Art. 4 Abs. 2 der 1. Ausf. n. des FGG. anzuwenden wäre, so wäre eben auch in dieser Hinsicht schon eine Rechtsgrundlage gegeben gewesen. Der Sachverhalt wäre genau der gleiche gewesen, wie wenn in einem gewöhnlichen Verfahren des FGG. das Gericht gem. § 13 FGG. das persönliche Erscheinen des Beteiligten angeordnet hätte. In diesem Falle besteht die Rechtsgrundlage zur Anweisung von Reisekosten schon in § 13 FGG. i. Verb. m. § 72 Ziff. 7 DRAB. Es kommt weiter hinzu, daß Art. 1 Abs. 4 der 2. Ausf. n. hinsichtlich der notwendigen Reisekosten auf die Gebührenordnung für Zeugen und Sachverständige verweist, in deren § 2 Abs. 1 auch ein Ersatz der Zeitversäumnis vorgesehen ist. Trotzdem aber besteht, soweit der erf. Sen. sieht, Einhelligkeit darüber, daß in dem vorl. Verfahren die Beteiligten nur die Reisekosten samt nötig werdender Verpflegung und notfalls Übernachtungskosten erstattet verlangen können, nicht aber Verdienstausfall durch Zeitversäumnis. Denn die Bezugnahme ist in Art. 1 Abs. 4 der 2. Ausf. n. eben nur auf die notwendigen Reisekosten gemacht. Ist aber diese Bezugnahme des Art. 1 Abs. 4 der 2. Ausf. n. derart eng auszulegen, daß damit § 2 der im übrigen in Bezug genommenen Gebührenordnung für Zeugen und Sachverständige nicht in Bezug genommen ist, sondern die Bezugnahme sich auf die §§ 7 ff. Geb. O. beschränkt, so muß erst recht geschlußfolgert werden: Es ist dann nicht denkbar, daß der Gesetzgeber außer den Sonderregelungen für die gerichtlichen Kosten des § 13 Abs. 1 des Gef. und des Art. 1 Abs. 4 der 2. Ausf. n. für die außergerichtlichen Kosten des Beteiligten den Gerichten dann noch ein weiteres Rätselraten aufgegeben haben sollte, ob nicht die Frage der Zulässigkeit eines ArmAnw. noch aus Art. 4 Abs. 2 der 1. Ausf. n. i. Verb. m. § 14 FGG., § 115 ZPO. abzuleiten sei.

Schließlich sei noch im Rahmen der rechtskonstruktiven Erwägungen darauf hingewiesen, daß der Begriff des ArmAnw. sowohl in der ZPO. wie im FGG. überhaupt nur ein Unterbegriff des Oberbegriffs: Armenrecht ist. Wie aber etwaiger Gründe bereits hervorgehoben und bisher allseitig anerkannt ist, gibt es ein allgemeines Armenrecht im vorl. Verfahren überhaupt nicht. Denn das Armenrecht bezieht sich in erster Linie immer auf die vorläufige Freistellung von den Gerichtskosten. Die etwa danebenhergehende Bestellung eines ArmAnw. ist aber immer von dem Vorliegen der weiteren Voraussetzungen des § 115 Ziff. 3 ZPO. abhängig und nicht begrifflich notwendig, während dies hinsichtlich der vorläufigen Freistellung von den Gerichtskosten immer der Fall ist. Entfällt nun aber der Oberbegriff: Armenrecht im vorl. Verfahren überhaupt, so kann auch nicht der Unterbegriff: ArmAnw. bestehen bleiben.

(ErbgesObGer. Berlin, 2. Sen., Beschl. v. 25. Jan. 1936, Wg 46/36.)

**Anmerkung:** Die vorstehende Entsch. des 2. Sen. des ErbgesObGer. Berlin, in der ausgesprochen ist, daß in dem Verfahren nach dem ErbkrNachwGes. die Beordnung eines RA. im Armenrecht unzulässig sei, gibt Anlaß, diese für die deutsche Anwaltschaft nicht unwichtige Frage einmal im Zusammenhang eingehend zu erörtern.



1. Das *NL* im Verfahren nach dem *ErbfRNachwGes.* als Bevollmächtigte des Unfruchtbarzumachenden vor den *ErbgesGer.* und *ErbgesObGer.* auftreten können, wird in der Gerichtspraxis einhellig anerkannt. Die Gerichtspraxis befindet sich auch im Einklang mit dem Willen des Gesetzgebers; dies ergibt sich unzweideutig aus der Best. in Art. 4 der 3. *AusfVD.* zum *ErbfRNachwGes.* v. 25. Febr. 1935 (*RGBl.* I, 289), die es den *ErbgesGer.* und *ErbgesObGer.* gestattet, Bevollmächtigten und Beiständen aus wichtigen Gründen das Auftreten vor Gericht zu untersagen. Mit dieser *Vorschr.* hat der Gesetzgeber die grundsätzliche Zulässigkeit einer Vertretung vor den *ErbgesGer.* mittelbar anerkannt. Zur Vertretung einer Partei vor Gericht sind aber in erster Linie die deutschen *NL* berufen.

2. Der Wortlaut der geltenden gesetzlichen Best. des *Erbgesundheitsrechts* steht der *Beordnung* eines *NL* im *Armenrecht* nicht entgegen.

a) Das *ErbfRNachwGes.* enthält keine Best. über das *Armenrecht*. Eine rechtskonstruktive Betrachtung muß deshalb von der *Vorschr.* in Art. 4 Abs. 2 der 1. *AusfVD.* zum *ErbfRNachwGes.* v. 5. Dez. 1933 (*RGBl.* I, 1021) ausgehen, durch die bestimmt ist, daß auf das Verfahren vor den *ErbgesGer.* und *ErbgesObGer.* die *Vorschr.* des *RFGG.* entsprechende Anwendung finden. Für das Verfahren des *RFGG.* ist durch dessen § 14 bestimmt, daß die *Vorschr.* der *ZPO.* über das *Armenrecht* sowie die *Vorschr.* der §§ 34 bis 36 *NAD.* entsprechend anzuwenden sind. Ein erstes Bedenken gegen die Anwendung des § 14 *RFGG.* im Rahmen des *ErbfRNachwGes.* könnte sich daraus ergeben, daß nach Art. 4 Abs. 2 der 1. *AusfVD.* zum *ErbfRNachwGes.* nur auf das Verfahren die *Vorschr.* des *RFGG.* anzuwenden sind, und daß man Zweifel haben kann, ob die Best. über *Armenrecht* und *Beordnung* eines *NL* im *Armenrecht* als verfahrensrechtliche Best. anzusehen sind. Die *ZPO.* behandelt die Best. über das *Armenrecht* im Abschnitt „Parteien“; an diesen Abschnitt schließt sich dann der besondere Abschnitt „Verfahren“ an. In der Tat handelt es sich bei den Best. über das *Armenrecht* nicht um verfahrensrechtliche *Vorschr.* im eigentlichen Wortsinne; sie betreffen nicht den Gang des Verfahrens. Aber in diesem engen Sinne kann das Wort „Verfahren“ in Art. 4 Abs. 2 der 1. *AusfVD.* zum *ErbfRNachwGes.* nicht verstanden werden. Durch Art. 4 Abs. 2 der 1. *AusfVD.* sollten die *ErbgesGer.* und *ErbgesObGer.* nur eine *Verfahrensordnung* erhalten, nach der sie zu prozedieren haben. Vielleicht hätte § 4 Abs. 2 richtiger folgendes bestimmt: „In *Erbgesundheits*sachen finden die allgemeinen *Vorschr.* des *RFGG.* entsprechende Anwendung“; denn das ist gemeint. Es sollten nicht nur die reinen *Verfahrensvorschriften* im engeren Sinne, sondern — soweit nichts anderes bestimmt ist — alle zur Anwendung geeigneten *Vorschr.* des ersten Abschnitts des *RFGG.* für die *ErbgesGer.* maßgebend sein. Die Praxis der *ErbgesGer.* hat die *Vorschr.* des Art. 4 Abs. 2 der 1. *AusfVD.* denn auch in diesem Sinne verstanden; so ist z. B. § 7 *RFGG.* unbedenklich angewandt worden.

b) Ein weiteres auch in dem *Beschluß* des *ErbgesObGer.* kurz erörtertes Bedenken muß ausgeräumt werden. Das *ErbgesObGer.* führt aus: „Schließlich sei noch . . . darauf hingewiesen, daß der Begriff des *ArmAnw.* sowohl in der *ZPO.* wie in *RFGG.* überhaupt nur ein Unterbegriff des Oberbegriffs *Armenrecht* ist. Wie aber bereits . . . hervorgehoben und bisher allseitig anerkannt ist, gibt es ein allgemeines *Armenrecht* im vorl. Verfahren überhaupt nicht. Denn das *Armenrecht* bezieht sich in erster Linie immer auf die vorläufige Freistellung von den *Gerichtskosten*. Die etwa danebenhergehende *Bestellung* eines *ArmAnw.* ist aber immer von dem Vorliegen der weiteren Voraussetzungen des § 115 Abs. 3 *ZPO.* abhängig und nicht begrifflich notwendig, während dies hinsichtlich der vorläufigen Freistellung von den *Gerichtskosten* immer der Fall ist. Entfällt nun aber der Oberbegriff *Armenrecht* im vorl. Verfahren überhaupt, so kann auch nicht der Unterbegriff *ArmAnw.* bestehen bleiben.“ Auch aus dieser Erwägung folgt kaum, daß es unzulässig ist, einen *NL* im *Armenrecht* beizugeordnen. Gewiß hat die *Bewilligung* des *Armenrechts* in erster Linie die vorläufige Freistellung von den *Gerichtskosten* zur Folge; *Gerichtskosten* treffen aber den Unfruchtbarzumachenden nach § 13 *ErbfRNachwGes.* in keinem Falle. Das kann aber nicht entscheidend sein. Durch die *Bewilligung* des *Armenrechts* soll die arme Partei in den Stand

gesetzt werden, das Verfahren durchzuführen. Man nehme einmal an, daß es ein gerichtliches Verfahren gäbe, oder daß ein solches geschaffen würde, in dem weder *Gebühren* erhoben werden noch *Ersatz* der baren *Auslagen* verlangt wird, andererseits aber die Vertretung durch *NL* obligatorisch ist. Es kann kaum einem Zweifel unterliegen, daß auch in diesem Falle eine *Armenrechtsbewilligung* zulässig wäre. Praktisch hätte diese *Armenrechtsbewilligung* allerdings nur die Folge des § 115 Abs. 1 Nr. 3 *ZPO.* Wollte man anders entscheiden, so wäre ein nicht unerheblicher Teil des deutschen Volkes nicht in der Lage, in diesem Falle sein Recht zu suchen. Es scheint mir also nicht wesen t l i c h e Voraussetzung für die *Bewilligung* des *Armenrechts* zu sein, daß es sich um ein Verfahren handelt, in dem der Staat *Gebühren* und *Auslagen* erhebt. Nur darauf kommt es an, daß mit der Durchführung des Verfahrens überhaupt *Kosten* verbunden sind, die eine arme Partei nicht aufbringen kann.

Im Verfahren nach dem *ErbfRNachwGes.* besteht nun allerdings kein *Anwaltszwang*. Die *Beordnung* eines *NL* im *Armenrecht* kann also nur auf Grund der *Vorschr.* des § 34 *NAD.* erfolgen. Danach kann einer Partei, welcher das *Armenrecht* *bewilligt* ist, zur vorläufigen unentgeltlichen Wahrnehmung ihrer Rechte auf Antrag auch in den Fällen ein *NL* beigeordnet werden, in denen eine Vertretung durch *Anwälte* nicht obligatorisch ist. Nach dem Wortlaut des § 34 *NAD.* könnte man annehmen, daß vor der *Beordnung* des *Anwalts* das *Armenrecht* *bewilligt* sein müßte, und daß bei der *Bewilligung* des *Armenrechts* nicht zu berücksichtigen sei, ob die arme Partei auch die *Anwaltskosten* zahlen kann. Eine solche Auslegung wäre aber kaum zu billigen. Vielmehr muß der Richter schon bei der Prüfung eines *Armenrechts*gesuchs sich die Frage vorlegen, ob die Partei im Hinblick auf die Schwierigkeit des Prozeßstoffes und im Hinblick auf ihre persönliche Unerfahrenheit zur zweckentsprechenden *Rechtsverfolgung* oder *Rechtsverteidigung* einen *NL* nicht entbehren kann und ob sie — bei Berücksichtigung dieses Umstandes — als arm anzusehen ist. Ist das der Fall, dann muß ihr — vorbehaltlich der *Vorschr.* des § 116 *ZPO.* — das *Armenrecht* *bewilligt* und ein *NL* beigeordnet werden, auch wenn sie die vielleicht geringen *Gerichtskosten* tragen könnte. Folgerichtig wird, wenn *Gerichtskosten* überhaupt nicht erhoben werden, nur zu prüfen sein, ob die *Beordnung* eines *NL* zur zweckentsprechenden *Rechtsverfolgung* erforderlich ist und ob die Partei die dadurch entstehenden *Kosten* tragen kann.

c) Ein weiteres Bedenken gegen die *Beordnung* eines *NL* im *Armenrecht* entnimmt der 2. *Sen.* des *ErbgesObGer.* Berlin der *Vorschr.* des § 13 *ErbfRNachwGes.* Es wird ausgeführt: wenn der Gesetzgeber die *Regelung* der *Kostenfrage* — anders als die meisten *Verfahrensvorschriften* — nicht einer später zu erlassenden *AusfVD.* vorbehalten, sondern schon im Gesetz getroffen habe, so müsse man annehmen, daß die *Kostenfrage* damit abschließend habe geregelt werden sollen. Zu diesem Ergebnis müsse man auch deshalb kommen, weil der Gesetzgeber sich vor *Erlaß* des Gesetzes über dessen finanzielle Auswirkung ein Bild habe machen müssen. Es sei deshalb nicht anzunehmen, daß auf dem Umwege über Art. 4 Abs. 2 der 1. *AusfVD.* vom 5. Dez. 1933 i. Verb. m. § 14 *RFGG.* eine neue *Belastung* der *Staatskasse* mit *Kosten* habe übernommen werden sollen.

Um zu diesen Ausführungen Stellung nehmen zu können, muß man sich einmal in die Lage des Gesetzgebers vor dem *Erlaß* des Gesetzes versetzen. Er mußte sich selbstverständlich einen Überblick über die ungefähren *Kosten* geben, die die Durchführung des Gesetzes verursachen würden, und sich ferner darüber schlüssig werden, wem diese *Kosten* aufzubürden waren. Dabei stand natürlich im Vordergrund die Frage, wie hoch sich etwa die *Einrichtung* und *Unterhaltung* der *ErbgesGer.* und *ErbgesObGer.* (persönliche und sachliche *Kosten*) stellen und wer diese *Aufwendungen* zu tragen habe; die *Entsch.*, wer *Kostenträger* sei, ist zu Lasten der *Länderkassen* (jetzt, nach der *Verreichlichung* der *Justiz*, zu Lasten der *Reichskasse*) gefallen; von vornherein mußte darauf verzichtet werden, diese *Kosten* durch *Erhebung* von *Gebühren* und *Auslagen* dem *Erbkranken* aufzubürden. Ebenso wichtig war die Frage, wie hoch sich die durch die abschließende *Operation* entstehenden *Kosten* belaufen würden und wer sie zu tragen habe; als *Kostenträger* mußten die *Behörden* und *Anstalten* in Betracht kommen, die letzten Endes



durch die Durchführung des ErbtrNachwGes. von Kosten entlastet werden; das sind die Kranenkassen und Fürsorgeverbände; ergänzend mußte auch hier wieder der Staat als Kostenträger eintreten. Das waren die wichtigsten Fragen, die der Gesetzgeber zu entscheiden hatte; sie waren wichtig wegen ihrer großen finanziellen Auswirkung. Daneben hatte die andere Frage, ob die Beiordnung von ArmAnw. zulässig sein sollte, schon deshalb nur eine untergeordnete Bedeutung, weil die Beiordnung eines Anwalts, wie noch dargelegt werden soll, nur in seltenen Fällen in Betracht kommt. Die hierdurch entstehende finanzielle Belastung fiel also nicht entscheidend ins Gewicht. Im übrigen ist wohl auch die Auffassung des ErbgesObGer., daß die Kostenfrage durch § 13 ErbtrNachwGes. für alle Zukunft abschließend geregelt sei, kaum richtig. Es kann darauf hingewiesen werden, daß der Gesetzgeber auch in späteren AusfWD. noch weitere Kosten auf die Staatskasse übernommen hat. Während ursprünglich die ärztlichen Mitglieder der ErbgesGer. und ErbgesObGer. für ihre Tätigkeit keine Vergütung erhielten, ist später den Mitgliedern, die weder beim Reich noch bei den Ländern oder Gemeinden oder anderen Körperschaften des öffentlichen Rechts in einem festen Befoldungsverhältnis stehen, eine Vergütung in der Form bewilligt worden, daß sie für jede Stunde der Sitzungsdauer und der Vorbereitung auf die Sitzung den Verdienstausschlag mit 3 *R.M.* ersetzt erhalten. Ich halte es aus allen diesen Gründen für bedenklich, aus der Vorschr. des § 13 ErbtrNachwGes. Gründe für die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der Beiordnung eines *RA.* im Armenrecht zu entnehmen.

d) Auch den weiteren, von dem ErbgesObGer. Berlin der Vorschr. des Art. 1 Abs. 4 der 2. AusfWD. v. 29. Mai 1934 (RGBl. I, 475) entnommenen Bedenken kann ich mich nicht anschließen. Art. 1 Abs. 4 der 2. AusfWD. bestimmt: „Ordnet der Amtsarzt oder das Gericht das persönliche Erscheinen des Unfruchtbarzumachenden an, so werden ihm, wenn er zur Beistellung der Kosten der Terminswahrnehmung nachweislich nicht in der Lage ist, die notwendigen Reisekosten aus der Staatskasse gezahlt. Diese bemessen sich nach den für Zeugen und Sachverständige geltenden Vorschr. der ZeugGebD. i. d. Fass. der Bek. v. 21. Dez. 1925 (RGBl. I, 471).“

In dem Beschluß des 2. Sen. des ErbgesObGer. Berlin wird in diesem Zusammenhang ausgeführt: Wenn auch in Kostenfragen nach Art. 4 Abs. 2 der 1. AusfWD. zum ErbtrNachwGes. die Vorschr. des *RFGG.* anzuwenden wären, so wäre die Erstattung der Reisekosten ohne die ausdrückliche Best. des Art. 1 Abs. 4 der 2. AusfWD. zulässig gewesen. Die Rechtslage wäre dann die gleiche gewesen, wie wenn in einem gewöhnlichen Verfahren des *RFGG.* das Gericht gemäß § 13 *RFGG.* das persönliche Erscheinen eines Beteiligten angeordnet hätte. In diesem Falle sei die Rechtsgrundlage für die Anweisung der Reisekosten in § 72 Ziff. 7 *DGRG.* gegeben. Eine besondere Best. sei unnötig gewesen. Hinzu komme, „daß Art. 1 Abs. 4 der 2. AusfWD. hinsichtlich der notwendigen Reisekosten auf die ZeugGebD. verweist, in deren § 2 Abs. 1 auch ein Ersatz der Zeitverfümmiss vorgesehn ist. Trotzdem aber besteht, ... Einhelligkeit darüber, daß in dem vorl. Verfahren die Beteiligten nur die Reisekosten samt nötig werdenden Verpflegungs- und notfalls Übernachtungskosten erstattet verlangen können, nicht aber Verdienstausschlag ... Denn die Bezugnahme ist in Art. 1 Abs. 4 der 2. AusfWD. eben nur auf die notwendigen Reisekosten gemacht. Ist aber diese Bezugnahme des Art. 1 Abs. 4 der 2. AusfWD. derartig eng auszulegen, daß damit § 2 der im übrigen in Bezug genommenen ZeugGebD. nicht in Bezug genommen ist, sondern die Bezugnahme sich auf die §§ 7 ff. der Gebührenordnung beschränkt, so muß erst recht gefolgert werden: Es ist dann nicht denkbar, daß der Gesetzgeber außer den Sonderregelungen für die gerichtlichen Kosten des § 13 Abs. 1 des Gesetzes und des Art. 1 Abs. 4 der 2. AusfWD. für die außergerichtlichen Kosten des Beteiligten den Gerichten dann noch ein weiteres Rätselraten aufgegeben haben sollte, ob nicht die Frage der Zulässigkeit eines *ArmAnw.* noch aus Art. 4 Abs. 2 der 1. AusfWD. i. Verb. m. § 14 *RFGG.*, § 114 *BD.* abzuleiten sei.“

Es ist mir zweifelhaft, ob man aus der eine Einzelfrage aus einem anderen Gebiet regelnden Vorschr. des Art. 1 Abs. 4 der 2. AusfWD. v. 29. Mai 1934 überhaupt Schlussfolgerungen auf die hier behandelte Frage ziehen kann. Ausschlaggebend ist

aber folgende Erwägung: Es ist wohl nur ein Versehen, wenn in dem Beschluß des ErbgesObGer. auf § 72 *DGRG.* hingewiesen worden ist; gemeint ist wohl die entsprechende Vorschr. des früheren *preußischen RAG.* Das führt aber schon zu der Frage, ob alle Länder eine der Vorschr. des § 72 *DGRG.* entsprechende Vorschr. gehabt haben, bevor das Kostenwesen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit durch die KostenD. v. 25. Nov. 1935 (RGBl. I, 1371) für das ganze Reichsgebiet einheitlich geregelt worden ist. (Eine Zwischenbemerkung sei gestattet; es ist bisher nirgends ausdrücklich ausgesprochen, daß der armen Partei die Kosten einer notwendigen Terminswahrnehmung aus der Staatskasse gezahlt werden; in § 72 Ziff. 7 *RAG.* und der entsprechenden Vorschr. des § 139 Abs. 1 Nr. 8 KostenD. v. 25. Nov. 1935 ist nur die *Erstattungspflicht* geregelt; man hat aus diesen Best. nur rückschließend gefolgert, daß der armen Partei die Reisekosten gezahlt werden sollen). Gerade in Preußen, das eine dem § 72 *RAG.* entsprechende Best. hatte, bereitete die Frage der Zahlung der notwendigen Kosten der Terminswahrnehmung denn auch keine besonderen Schwierigkeiten; der *Pr. Just. Min.* hatte schon vor Erlass der 2. AusfWD. durch *AB.* v. 30. April 1934 (*DZ.* 565) bestimmt, daß und in welchem Umfange solche Kosten gezahlt werden können.

Eine Schwierigkeit bestand aber in Preußen sowohl wie in anderen Ländern. Es ließ sich zwar rechtfertigen, die Reisekosten zu zahlen, wenn das ErbgesGer. oder ErbgesObGer. das persönliche Erscheinen des Unfruchtbarzumachenden angeordnet hatte, nicht dagegen, wenn die Anordnung vom Amtsarzt ausging. Eine Regelung der Frage im Wege der Gesetzgebung war deshalb notwendig. Durch Art. 1 Abs. 4 der 2. AusfWD. ist dies geschehen. Art. 1 Abs. 4 der 2. AusfWD. konnte sich natürlich nicht darauf beschränken, zu bestimmen, daß die Kosten der Wahrnehmung eines Termins beim Amtsarzt der armen Partei zu zahlen seien, weil man dann vielleicht gefolgert hätte, daß die Kosten einer Reise zum Gericht nicht auf die Staatskasse übernommen werden dürfen. Er mußte deshalb, was ja auch zweckmäßig war, beide Fälle gleich behandeln. Zum anderen war die beste Gelegenheit gegeben, die — bisher allgemein fehlende — klare gesetzliche Grundlage wenigstens für das Erbgesundheitsgerichtsverfahren zu geben. Für dieses Verfahren eine klare Rechtsgrundlage zu schaffen, mußte um so mehr erwünscht sein, als inzwischen zweifelhaft geworden war, ob man aus den die Erstattungspflicht regelnden Best. die Zulässigkeit zur Anweisung von Reisekosten folgern dürfe, weil im Verfahren nach dem ErbtrNachwGes. — anders als in den übrigen Verfahren des *RFGG.* — eine Erstattung von Auslagen nicht in Betracht kommt.

Die Entstehungsgeschichte des Art. 1 Abs. 4 der 2. AusfWD. zum ErbtrNachwGes. zeigt also, daß man aus dieser Vorschr. nicht die Folgerung ziehen kann, die der 2. Sen. des ErbgesObGer. aus ihr ziehen möchte.

3. Es war notwendig, zunächst zu den rechtskonstruktiven Bedenken des 2. Sen. des ErbgesObGer. Berlin Stellung zu nehmen, um darzutun, daß der Wortlaut der geltenden Best. des Erbgesundheitsrechts und ihr Zusammenhang untereinander der Beiordnung eines *RA.* im Armenrecht nicht entgegensteht. Wichtiger sind aber die von dem ErbgesObGer. auch in den Vordergrund gestellten allgemeinen, dem Sinn und Zweck des Verfahrens in Erbgesundheitsfällen entnommenen Bedenken.

Nicht leugnen läßt sich, daß das Verfahren in Erbgesundheitsfällen ein Verfahren ist, in dem die Erfahrungheit und Sachkunde des Arztes und die von ihm im Einzelfall festgestellten Untersuchungsbefunde regelmäßig den Ausschlag für die Entscheidung geben. Immerhin muß man aber doch berücksichtigen, daß der Gesetzgeber die Entsch. in die Hand eines Gerichts gelegt hat, dessen Vorsitzender ein Berufsrichter ist. Ein reines ärztliches Verfahren ist das Verfahren vor den ErbgesGer. und ErbgesObGer. also keineswegs. Die Besetzung des Gerichts zeigt auch, daß der Gesetzgeber die Mitwirkung eines Juristen bei der Entsch. für erforderlich gehalten hat. Das ist doch sicherlich nicht deshalb geschehen, weil man den Ärzten nicht das nötige Vertrauen entgegengebracht oder weil man bei den betroffenen Personen nicht das nötige Vertrauen den Ärzten gegenüber vorausgesetzt hat. Es dürfte doch die Erwägung mitgespielt haben, daß



der Jurist von Haus aus zur objektiven Würdigung von vorgetragene Behauptungen erzogen ist, jedenfalls mehr erzogen ist als der Mediziner. Das ist auch ganz natürlich. Dem Arzt teilt der Patient die Wahrheit mit, weil er nur dann mit der erwünschten Heilung rechnen kann; dem Richter soll der Patient die Wahrheit erzählen, tut es aber — trotz der eingeführten Wahrheitspflicht — häufig nicht. Das wirkt sich natürlich auch aus in dem Verhalten des Richters und des Arztes. Der Arzt ist geneigt, eine Behauptung als wahr zu nehmen, der Richter wird immer gewisse Zweifel hegen. Die Haltung des Anwalts ist natürlich der des Richters ähnlich, nicht nur weil er dieselbe Erziehung wie der Richter genossen hat, sondern auch weil er selbst „Richter“ ist, bevor die Sache zur Entsch. des „Gerichts“ gebracht wird. Geht man von dieser Haltung von Arzt und Richter aus, die natürlich auch im Verfahren nach dem ErbfrNachwGes. zum Ausdruck kommen muß, so wird es schon zweifelhaft, ob die Mitwirkung eines N. immer entbehrlich ist. Gewiß ist das Tatsachenmaterial, das die Beteiligten dem Gericht zur Beurteilung unterbreiten, oder das vom Gericht beschafft wird, häufig so einfach, daß die Mitwirkung eines N. entbehrt werden kann. In anderen Fällen mögen die Verhältnisse so liegen, daß man in erster Linie an die Beordnung eines Arztes als „ArztAnw.“ denken möchte. Aber manchmal mag es doch auch so sein, daß der Anfruchtbarzumachende einen Rechtsanwalt als Beistand braucht, der die Bedenken aufzeigt, die gegen die Bewertung von Tatsachenmaterial, gegen die Verwertung von Zeugenaussagen, gegen den Inhalt von Krankenakten bestehen, der vielleicht auch auf die Mängel hinweist, die einem ärztlichen Gutachten anhaften; es ist sicherlich nicht richtig, wenn man dem Juristen ganz allgemein die Befähigung zur Kritik eines ärztlichen Gutachtens abspricht.

Um die Entbehrlichkeit der Mitwirkung eines N. darzutun, kann man auch kaum auf Art. 2 der 3. Ausf. VO. zum ErbfrNachwGes. v. 28. Febr. 1935 (RGBl. I, 289) hinweisen. Er bestimmt, daß dem Anfruchtbarzumachenden, der infolge seines krankhaften Geisteszustandes nicht in der Lage ist, seine Belange vor dem ErbgesGer. oder ErbgesObGer. selbst ordnungsmäßig wahrzunehmen, ein Pfleger bestellt werden muß, dem die Vertretung des Erbkranken obliegt. Hier ist eine Klasse von Menschen aus der Zahl der Erbkranken herausgegriffen, die generell nicht geeignet sind, sich selbst zu vertreten. Nicht umfaßt aber werden alle jene Personen, die zwar durch ihren geistigen Zustand nicht gehindert sind, ihre Belange zu vertreten, denen diese Vertretung aber im Hinblick auf den Umfang des Tatsachenmaterials, auf die Schwierigkeit der richtigen Bewertung von Tatsachen, auf ihre persönliche Ungewandtheit und Unerfahrenheit nicht möglich ist.

Die vorhergehenden Erörterungen können natürlich nicht die Tatsache ableugnen, daß im Verfahren vor den ErbgesGer. die Beordnung eines N. im Armenrecht nur verhältnismäßig selten in Betracht kommt. Damit ist es auch zu erklären, daß wir immer wieder Kenntnis von Beschlüssen der ErbgesObGer. erhalten, in denen die Frage, ob ein N. im Verfahren nach dem ErbfrNachwGes. im Armenrecht beigeordnet werden kann, generell bejaht, die Notwendigkeit der Beordnung aber für den Einzelfall verneint wird. Das ist vielleicht aber doch keine „Halbheit“, wie der 2. Sen. des ErbgesObGer. Berlin annimmt, und wohl auch keine Besonderheit im Verfahren nach dem ErbfrNachwGes. Eine ähnliche Sachlage haben wir auch auf anderen Gebieten, nur sind wir dort seit langen Jahren daran gewöhnt. Wann wird in einem Verfahren, das nach den Vorsch. des RFGG. abrollt, etwa im Verfahren gem. § 1666 BGB., einem Beteiligten ein N. im Armenrecht beigeordnet? Gewiß nicht häufiger als in Erbgesundheitsfachen. Das liegt eben dort wie hier daran, daß in der überwiegenden Zahl aller Fälle die Beordnung eines N. zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung nicht notwendig ist. Und wenn keine Beschlüsse veröffentlicht sind, in denen tatsächlich ein N. beigeordnet worden ist, so hat das sicherlich auch darin seinen Grund, daß diese Beschlüsse nicht mit einer Begr. versehen werden, ein Interesse an ihrer Veröffentlichung also nicht besteht. Ich glaube aber nicht, daß man hieraus schließen darf, daß Beordnungsbeschlüsse überhaupt nicht ergehen.

Zum Schluß noch eine persönliche Erfahrung. Ein Fall ist

mir bekannt geworden, in dem es nur der unermüdlichen Arbeit des N. gelungen ist, das Tatsachenmaterial beizubringen, welches das Gericht bewogen hat, von einer Unfruchtbarzumachung, die nach dem Aktieninhalt sicher angeordnet worden wäre, abzugehen. Dabei lag der Fall — das soll hier ausdrücklich hervorgehoben werden — keineswegs so, daß Amtsarzt und Gericht ihre Pflicht zur Wahrheitsermittlung nicht erfüllt hätten. Es waren — und das ist bei der Unvollkommenheit der menschlichen Erkenntnis immer möglich — einige wesentliche Tatsachen weder zur Kenntnis des Amtsarztes noch des Gerichts gekommen, weil der Anfruchtbarzumachende sie trotz zweimaliger persönlicher Anhörung dem Gericht nicht mitgeteilt, sondern erst später seinem Anwalt anvertraut hatte.

Zusammenfassend möchte ich sagen: In der Regel wird die Beordnung eines N. im Armenrecht nicht in Betracht kommen, weil nach der Überzeugung des Gerichts auf die Mitwirkung des Anwalts im Hinblick auf die Umstände des Falles verzichtet werden kann. Wenn das Gericht aber glaubt, daß aus irgendeinem Grunde der Erbkranke ohne rechtskundige Beratung sich nicht ordnungsmäßig vertreten kann, und wenn die Voraussetzung der Pflegerbestellung im übrigen nicht vorliegen, dann sollte auch die Beordnung eines N. im Armenrecht erfolgen.

## Oberlandesgerichte: Zivilsachen

### Berlin

38. Befugnisse des Liquidators nach § 49 BGB. bei der Weiterführung von Prozessen. Kostenentscheidung im Prozeß des Vereins bei Erledigung des Rechtsstreits zur Hauptsache infolge Auflösung des Vereins; Rechtslage bei unfreiwilliger Auflösung des Vereins.

Die Große Landesloge der Freimaurer von Deutschland, Deutsch-Christlicher Orden, der durch Kabinettsorder v. 31. Dez. 1899 die Rechte einer juristischen Person verliehen sind, ist von dem am 17. Aug. 1731 in Halle geborenen Johann Wilhelm Ellenberger, späteren von Zinnendorf, gegründet worden.

Der Bekl. ist früher Logenbruder gewesen, er hat sich am Kampf gegen das Freimaurertum beteiligt und ein im eigenen Verlag erschienenen Buch „Die Freimaurerei vor Gericht“ verfaßt. In dieser auch in Berlin zum Vertrieb gelangten Druckschrift hat der Bekl. auf S. 19 das Zeremonial bei der Aufnahme in den neunten Grad geschildert und folgendes dabei ausgeführt:

Die auserwählten Brüder des neunten Grades haben nun von dem Blut des Aufzunehmenden getrunken und das Blut des Aufzunehmenden, von dem ein Rest in die Flasche zurückgeossen wurde, ist nun auch gemischt mit dem Blute der Lebenden und der verstorbenen Brüder. Der Aufzunehmende hat also das Blut des jüdischen Gründers des Ordens, des Juden Ellenberger, genannt Zinnendorf, in sich aufgenommen.

Die Große Landesloge hat die in diesen Ausführungen enthaltene Behauptung, daß ihr Gründer Jude sei, als Beleidigung empfunden und weiter den Standpunkt vertreten, daß die Äußerung des Bekl. auch den Tatbestand des § 824 BGB. erfülle. Sie hat behauptet, daß die Behauptung des Bekl. unrichtig und zum mindesten grob fahrlässig aufgestellt sei, und hat Klage erhoben dahingehend, die fragliche Stelle in allen noch nicht abgesetzten Büchern zu beseitigen, sich jeder Verbreitung der Schrift mit der fraglichen Stelle zu enthalten und in allen künftigen Auflagen der Schrift die fragliche oder eine ähnliche zu unterlassen.

Der Bekl. hat geltend gemacht, daß die Kl. von anderer Seite aufgestellte Behauptungen über das Judentum ihres Gründers jahrelang unwiderrprochen gelassen habe und daß ihr schon aus diesem Grunde obliege, den Nachweis der Nichtjüdenblütigkeit des Ellenberger, dessen Judentum weiter behauptet werde, in einer jeden Zweifel ausschließenden Weise zu führen. Der Bekl. hat weiter geltend gemacht, daß die von ihm aufgestellte Behauptung eine Beleidigung für die Kl. nicht bilden könne, da sie stets Juden aufgenommen und sogar vor nicht



anzulanger Zeit einen Mann jüdischer Rasse, nämlich den 1917 verstorbenen Oberstleutnant Zachm, als einen ihrer höchsten Würdenträger gehabt habe.

Die Kl. hat dazu erklärt, daß sie die Aufnahme ungetaufter Juden stets abgelehnt habe.

Das LG. hat die Klage auf Kosten der Kl. abgewiesen. Es hat sich auf den Standpunkt gestellt, daß es dahingestellt bleiben könne, ob Ellenberger der jüdischen Rasse angehört habe, weil eine Vereinigung, die durch Aufnahme von Personen jüdischer Rasse zum Ausdruck gebracht habe, daß sie gegen Juden rassistisch einzuwenden habe, sich durch die Behauptung, ihr Gründungsmitglied sei Jude, nicht beleidigt fühlen könne; die Klage sei endlich auch aus dem Gesichtspunkt der Kreditgefährdung nicht gerechtfertigt. § 824 BGB. wolle das wirtschaftliche Fortkommen schützen, eine Vereinigung, die lediglich ideelle Zwecke verfolgen könne aus der Best. Rechte nicht herleiten, zudem sei die Behauptung überhaupt nicht geeignet, den Kredit zu gefährden.

Gegen das Urteil hat die Kl. Ver. eingelegt.

Nach Einlegung der Berufung hat die Kl. ihre Auflösung beschlossen und ist in Liquidation getreten. Ihr Liquidator hat den Rechtsstreit fortgeführt und in der Verhandlung vor dem Senat den in der Berufungsschrift angekündigten Antrag gestellt, unter Abänderung des angefochtenen Urteils nach dem Klageantrage zu erkennen.

Die Kl. hat weiter hilfsweise beantragt, den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt zu erklären und die gesamten Kosten des Rechtsstreits dem Bekl. aufzuerlegen.

Als weiteren Hilfsantrag hat sie endlich beantragt, die Kosten des Rechtsstreits dem Bekl. aufzuerlegen.

Sie hat gleichzeitig erklärt, daß eine Zurücknahme der Ver. oder des Klageanspruchs durch diesen Antrag nicht ausgedrückt werden solle.

Der Bekl. hat beantragt, die Ver. der Kl. kostenpflichtig zurückzuweisen.

Die Parteien haben das Urteil des LG. vorgebracht und haben ihr bisheriges Vorbringen wiederholt.

Der Bekl. hat eine Äußerung des Rasseforschers Prof. Dr. Hans K. F. Günther vom 30. Sept. 1935 überreicht, deren vorgetragener Inhalt in Bezug genommen wird. Die Kl. hat geltend gemacht, daß die Gewährung eines Ehrenschutzes für Tote dazu führen müsse, ihn auch ihr im Liquidationsstadium zu gewähren.

Die Ver. muß der Zurückweisung unterliegen. Dahingestellt kann die Frage bleiben, ob der Ansicht des LG. beizupflichten ist, daß die vom Bekl. aufgestellte Behauptung für die Kl. deshalb nicht beleidigend sein könne, weil sie Personen jüdischer Rasse als Mitglieder aufgenommen habe, oder ob man davon ausgehen kann, daß auch bei Aufnahme von solchen Personen der Vorwurf, der Gründer sei Jude gewesen, deshalb beleidigend wirken muß, weil er zum Ausdruck bringt, daß mit der Zugehörigkeit des Gründers zur jüdischen Rasse auch jüdische Weltanschauung und jüdischer Geist Einstellung und Richtung der Kl. grundlegend beeinflusst habe und noch beeinflusse. — Die Notwendigkeit der Klageabweisung rechtfertigt sich schon aus folgender Erwägung: Die Kl. hat durch Verleihung die Stellung einer juristischen Person i. S. 1899 erlangt. Sie hat im Laufe des zweiten Rechtszuges ihre Auflösung beschlossen und ist in Liquidation getreten. Zusage Art. 163 EWVG. entscheidet deshalb § 49 BGB. über die Befugnisse des Liquidators. Nach dieser Best. hat der Liquidator die laufenden Geschäfte zu beenden, die Forderungen einzuziehen, das übrige Vermögen in Geld umzusetzen, die Gläubiger zu befriedigen und den Überschuß den Anspruchberechtigten auszuantworten. Aufgabe des Liquidators ist also Flüssigmachung des Vermögens, Befriedigung der Gläubiger aus ihm und Ausantwortung des Restes. Für Geschäfte, die nicht diesem Liquidationszweck dienen, hat er keine Vertretungsmacht. Geht man von diesem Rechtsgrundsatz aus, so muß die Weiterverfolgung des Klageanspruchs, der auf kein wirtschaftliches Ziel gerichtet ist, als außerhalb der Liquidationsaufgabe angesehen werden. Das gilt sowohl für den auf Ehrenschutz gestützten Anspruch als auch auf den Anspruch, soweit er sich auf § 824 BGB. stützend, Kreditgefährdung als Klagegrundlage annimmt, und zwar im letzteren Falle deshalb, weil die

Kl. nichts dafür vorgebracht hat, daß die Annahme rechtfertigen könnte, daß sie im jetzigen Liquidationsstadium überhaupt als Kreditnehmer in Betracht kommt. Zudem kann — jedenfalls bis zur anderweitigen Darlegung — auch nicht anerkannt werden, daß die vom Bekl. aufgestellte Behauptung für die Kl. wirtschaftliche Nachteile i. S. des § 824 BGB. zu zeitigen geeignet ist. Wenn die Kl. in Verkennung der durch die Auflösung und das Stadium der Liquidation geschaffenen Rechtslage gleichwohl den Klageanspruch ausdrücklich aufrechterhalten hat, so muß sie mit ihm abgewiesen und demgemäß ihre Ver. zurückgewiesen werden. Dabei sei noch bemerkt, daß auch der Hinweis der Kl. auf den durch § 189 StGB. ausgesprochenen Ehrenschutz für Verstorbene fehl geht; da er nur physische Personen betrifft und zu seiner entsprechenden Anwendung auf aufgelöste juristische Personen in Ermangelung jedes innern Grundes keinerlei Anlaß besteht.

Mit Rücksicht auf die Aufrechterhaltung des Klageantrags durch die Kl. und die durch sie bedingte Notwendigkeit seiner Abweisung muß die Kl. auch die Kosten des Rechtsstreits tragen. Für die beiden hilfsweise gestellten Anträge ist neben dem aufrechterhaltenen und der Entsch. des Senats unterbreiteten Hauptantrag kein Raum. Im übrigen würde auch, sofern ein Antrag zur Hauptsache nicht gestellt wäre, die Kostenentscheidung zu Lasten der Kl. ergehen müssen, und zwar gleichgültig, ob man ihre Auflösung als freiwillig erfolgt ansieht oder ob man davon ausgeht, daß sie unter dem Eindruck der Volksmeinung und staatlichen Wünschen entsprechend im Grunde genommen, wie die Kl. selbst vorgebracht, keine freiwillige gewesen ist. Im ersten Falle würde sich ihre Kostenpflicht aus der Erwägung ergeben, daß sie durch die selbst beschlossene Auflösung und damit durch eigene Maßnahmen sich zur Durchsetzung des Klagebegehrens außerstande gesetzt und deshalb als zur maßgeblichen Zeit der Urteilsfällung unterliegender Teil die Kosten zu tragen hat (vgl. OLG. 37, 95; Sydow-Busch, § 91 Anm. 1 b).

Geht man aber mit der Kl. von zwangswiseiger Auflösung und damit von Erledigung des Klageanspruchs durch ein vom Willen der Kl. unabhängiges Ereignis aus, so folgt die Kostenpflicht der Kl. aus der Erwägung, daß sie die Folgen des Zufalls und seiner Einwirkung auf den von ihr erhobenen Anspruch zu tragen hat (vgl. Sydow-Busch, § 91 Anm. 1 b).

(RG., 2. ZivSen., Ur. v. 5. Nov. 1935, 2 U 871/35.)

39. §§ 94, 95, 226, 1004 BGB. Der Eigentumsvorbehalt einer vertraglich zur Beheizung eines Gebäudes verpflichteten Firma an ihren Warmwasserleitungen umfaßt im Zweifel auch die von ihr zur Umkleidung der Leitungsröhre angelegten Schutzkanäle. Diese sind mit dem Grundstück nur zu vorübergehendem Zweck verbunden und werden nicht Eigentum des zu ihrer Mitbenutzung nicht besugten Grundeigentümers. Die Eigentümerin der Schutzkanäle handelt nicht aus Schikane, wenn sie eine solche Mitbenutzung verbietet.

Die Kl. hat nach Maßgabe eines zunächst auf fünf Jahre abgeschlossenen Vertrages die Wärmeleistung für die Häuser der Bekl. übernommen. Sie hat zu diesem Zweck unter dem Vorgartenland der Bekl. Kanäle aus Mauerwerk mit Beton hergestellt, durch die ihre Heizrohre an die Gebäude geführt werden. Die Bekl. hat diese Kanäle zur Einlagerung ihrer Wasserrohre mitbenutzt und die Entfernung der letzteren aus den von der Kl. hergestellten Kanälen verweigert. Diese hat darauf Klage mit dem Antrag auf Entfernung der Rohre aus den Kanälen unter dem Vorgartenland der Bekl. erhoben. Sie ist der Meinung, daß das ihr vorbehaltene Eigentum an ihren „Anschlußleitungen“ auch auf die von ihr hergestellten Kanäle, die mit dem Grund und Boden nicht fest verbunden seien, mitbezogen werden müsse, und hält sich auch auf Grund der sonstigen Vertragsbestimmungen zu ihrem Verlangen für berechtigt, zumal infolge des Mitanschlusses der Rohre der Bekl. in die von ihr hergestellten Kanäle Gefahr für ihre Wärmeleitungen entstehen könne. — Im zweiten Rechtszug hat sie außerdem



dargelegt, daß die streitigen Kanäle nur zu einem vorübergehenden Zweck mit dem Grund und Boden verbunden seien (§ 95 Abs. 1 BGB.).

Die Bekl. hat um Abweisung der Klage gebeten. Sie steht auf dem Standpunkt, daß die streitigen Kanäle Bestandteil ihres Grundstücks und damit ihr Eigentum geworden seien. Der Eigentumsvorbehalt der Kl. beziehe sich auch nur auf die eigentlichen Wärmeleitungen selbst. Die von der Kl. behauptete Gefährdung der letzteren hat sie in Abrede gestellt.

Das RG. hat die Klage abgewiesen. Der Berufung der Kl. ist aus folgenden Erwägungen stattgegeben worden:

Der Eigentumsvorbehalt der Kl. in § 2 des Vertrages muß auch auf die eigentlichen Wärmeleitungen umgebunden, im vorliegenden streitigen Schutzkanäle bezogen werden; diese sind mit dem Grund und Boden nur zu einem vorübergehenden Zweck verbunden worden und daher nicht in das Eigentum der Grundstückseigentümerin gelangt. Die letztere hat somit kein Recht zu ihrer Mitbenutzung. Auch die Betrachtung der sonstigen (obligatorischen) Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien kann zu keinem anderen Ergebnis führen.

Die Auslegung, daß unter den Eigentumsvorbehalt der Kl. auch die Schutzkanäle fallen, ist mit dem Wortlaut des § 2 des Vertrages nicht unvereinbar, da zu den hier in Satz 2 erwähnten „Anschlußleitungen“ schon dem wörtlichen Sinne nach auch die zum Schutz der eigentlichen Leitungsröhre bestimmten Kanäle gerechnet werden können. Auch der Inhalt des Vertrages zwingt zu dieser Annahme. Es wäre von der Kl., deren Vertragsformular verwendet worden ist, sinnwidrig gewesen, einen Eigentumsvorbehalt zwar für ihre Wärmeleitungsröhre zu vereinbaren, die ebenfalls von ihr auf ihre Kosten und Gefahr herzustellenen Schutzkanäle aber einem anderen rechtlichen Schicksal zu unterwerfen; gerade der Zweck der Kanäle, den erforderlichen Schutz der eigentlichen Wärmeleitungen gegen Schädigungen zu gewährleisten, zwingt dazu, den Eigentumsvorbehalt im Zweifel auch auf die Schutzvorrichtung für die Leitungsröhre als einen Bestandteil der Gesamtleitung im wirtschaftlichen Sinne zu beziehen.

Der Eigentumsvorbehalt der Kl. ist auch nicht dadurch hinfällig geworden, daß die Kanäle infolge ihres Einbaues in den Grund und Boden der Bekl. deren Eigentum geworden wären. Es kann dahingestellt bleiben, ob dieser Einbau mit dem Grund und Boden so fest verbunden worden ist, daß er an sich in das Eigentum des Grundeigentümers gefallen wäre (§ 94 Abs. 1 Satz 1 BGB.). Ohne Rücksicht hierauf gehören zu den Bestandteilen eines Grundstücks solche Sachen nicht, die nur zu einem vorübergehenden Zweck oder in Ausübung eines Rechts an einem fremden Grundstück mit dem Grund und Boden verbunden worden sind (§ 95 Abs. 1 Satz 1 und 2 BGB.); zum mindesten die erstere dieser beiden Möglichkeiten trifft im vorliegenden Falle zu. Anlagen, die von einem obligatorisch Berechtigten, wie dem Mieter oder Pächter, in einem Grundstück eingebaut sind (so auch Heizungsanlagen) gehören grundsätzlich zu den nur zu einem vorübergehenden Zweck eingefügten (vgl. RGZ. 109, 128). Der Beheizungsvertrag vom Jahre 1928 ist aber nur auf fünf Jahre geschlossen worden, wenn auch die Möglichkeit einer stillschweigenden Verlängerung der Vertragsdauer auf weitere jeweils fünf Jahre im § 6 in Aussicht genommen worden ist. Deshalb, weil praktisch beide Teile mit der Verlängerung des Heizungsvertrages gerechnet haben mögen, kann noch nicht die Voraussetzung als erfüllt angesehen werden, daß ein Endzeitpunkt für die Anlage der Kl. begrifflich nicht feststehe (RGZ. 66, 89; 61, 191), oder daß die Verbindung überhaupt nicht wieder zur Aufhebung bestimmt sei (RGZ. 62, 411; RGKomm. Anm. 2 zu § 95 BGB.). — Ob die Kanäle auch in Ausübung eines Rechts an einem fremden Grundstück i. S. des § 95 Abs. 1 S. 2 BGB. von der Kl. mit dem Boden verbunden sind, kann mithin unentschieden bleiben. Ein solches Recht

kann nach der Rspr. des RG. (RGKomm. a. a. O. Anm. 5) nur ein dingliches sein, was allerdings nicht unkontrovers ist; jedoch ist die Verbindung durch einen obligatorisch Berechtigten in der Regel schon dem Wesen der Sache nach nur als eine vorübergehende anzusehen (RGKomm. a. a. O.). Bei dieser grundsätzlichen Beurteilung muß es auch im vorliegenden Fall sein Betonden haben.

Sind die Kanäle mithin im Eigentum der Kl. verblieben, so ist diese zur tatsächlichen Verfügung über sie berechtigt, soweit nicht das Gesetz oder die Rechte Dritter entgegenstehen (§ 903 BGB.). Der Bekl. steht ein Recht zur Mitbenutzung der von der Kl. hergestellten und in ihrem Eigentum verbliebenen Kanäle aber weder auf Grund Gesetzes noch gemäß dem Vertrage vom Jahre 1928 zu. Im Gegenteil sprechen die Bestimmungen dieses Vertrages, die ein Recht zur Benutzung oder Mitbenutzung der Schutzkanäle nicht erwähnen, eher dafür, daß die Kl. berechtigt ist, die von ihr auf ihre Kosten und Gefahr hergestellten Kanäle auch allein zu benutzen. Es kann nicht verlangt werden, daß ihre alleinige Berechtigung hierzu im Vertrage ausdrücklich festgelegt wurde; im Gegenteil hätte es einer Hervorhebung bedurft, wenn die von der Kl. angelegten Leitungen (im weiteren Sinne) der Mitbenutzung durch die Bekl. zu irgendwelchen bestimmten oder gar beliebigen Zwecken hätte unterworfen sein sollen.

Ebenso wenig kann die Bekl. sich darauf berufen, daß das Verbot der Mitbenutzung der Kanäle nur den Zweck habe, ihr Schaden zuzufügen (§ 226 BGB.). Die Anwendung dieser Gesetzesbestimmung setzt voraus, daß der Berechtigte nach Lage der Sache keinen anderen Beweggrund seines Handelns als den der Schadenszufügung haben konnte (RGKomm. Anm. 1 zu § 226 BGB.; vgl. auch JW. 1907, 507<sup>5</sup> und 527<sup>39</sup>). Diese Voraussetzung liegt auch dann nicht vor, wenn die Kl. durch die Mitbenutzung ihrer Schutzkanäle seitens der Bekl. praktisch nicht beeinträchtigt wurde; vielmehr ist die Geltendmachung der im Eigentumsrecht liegenden Befugnisse noch nicht unstatthaft, wenn sie nur zur grundsätzlichen Freihaltung des Eigentums von unberechtigten Eingriffen Dritter und nicht zu dem Zweck erfolgte, bestimmte Nachteile durch Einwirkungen Dritter zu verhüten (RGKomm. a. a. O.; RGZ. 54, 433). Hierbei ist einmal die Möglichkeit anderweitiger und gesteigerter Mitbenutzungsansprüche der unberechtigt einwirkenden, andererseits aber der Fall in Betracht zu ziehen, daß die in die Schutzkanäle der Kl. eingelagerten Röhre der Bekl. sich später einmal den Interessen der Eigentümerin nachteilig oder schädlich erweisen könnten. Wenn auch für diese Möglichkeit zur Zeit ein bestimmter Anhalt nicht besteht, kann sie doch nicht schlechthin ausgeschlossen werden; auch sie ist geeignet, das Recht der Kl. zum Verbot der Einwirkungen der Bekl. zu begründen.

(RG., 22. Zivilsen., Ur. v. 15. Nov. 1935, 22 U 5332/35.)

**40.** § 138 BGB. Nichtigkeit von Darlehens- und Bierbezugsverträgen zwischen Brauerei und Gastwirt wegen sittenwidriger Knebelbestimmungen gegenüber dem wirtschaftlich Schwachen. — Die unbedingte Bindung an die Bierbezugspflicht bedeutet eine das zulässige Maß übersteigende Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit der Gastwirte.†)

Die Antragstellerin, eine Brauerei, beantragt den Erlaß einer EinstwVg., die den Antragsgegnern den Bezug von fremdem Bier untersagen soll. Die Antragsgegner sind Inhaber einer Schankwirtschaft. Die Parteien haben insgesamt 4 Verträge, die inhaltlich und auch wörtlich im wesentlichen übereinstimmen, geschlossen. Eine Vertragsurkunde v. 7. Mai 1924 lautet:

„§ 1

Wir bekennen, von der K. Brauerei ein bares Darlehn von Goldmark 5000 (1 Goldmark = <sup>10</sup>/<sub>12</sub> Dollar amerit. Wäh-



zung) in Worten Fünftausend Goldmark empfangen zu haben und verpflichten uns, dieses Darlehen in jeweiliger Höhe mit zur Zeit 2% pro Monat jährlich in vierteljährlichen, am letzten eines jeden Kalendervierteljahres fälligen Beträgen zu verzinsen, außerdem unseren gesamten Bedarf an hiesigen und auswärtigen ober- und untergärrigem Bier in Fässern und Flaschen, mindestens jedoch 500 hl, ausschließlich von den Brauereien des K.-Konzerns zu den jeweils geltenden Preisen und Bedingungen zu beziehen.

## § 2

Zwecks Tilgung des Darlehns haben wir auf jedes von der K.-Brauerei entnommene Hektoliter Bier mit der Bezahlung des Bieres ein Aufgeld von Goldmark 30 zu entrichten. Durch vorzeitige Rückzahlung des Darlehns wird die Bierbezugspflichtung nicht berührt.

Der K.-Brauerei bleibt es vorbehalten, zu bestimmen, wie die von uns geleisteten Zahlungen auf die bestehenden Verbindlichkeiten zu verrechnen sind.

Wir, die Schuldner, verzichten auf Geltendmachung jeder Aufrechnung oder Zurückbehaltung gegenüber den uns nach diesem Vertrage obliegenden Leistungen.

## § 3

Sofern wir gegen die Bestimmungen dieses Vertrages anderweitig Bier beziehen, haben wir der K.-Brauerei eine Vertragsstrafe von 5 Goldpfennig für jedes anderweitig bezogene Liter Bier zu zahlen.

Dabei ist bezüglich der Menge die Schätzung der K.-Brauerei derart maßgebend, daß wir den Beweis zu führen haben, der Bierbezug bei der fremden Brauerei sei geringer gewesen.

## § 4

Falls wir uns eine Vertragsverletzung zuschulden kommen lassen sollten, ist die K.-Brauerei berechtigt, von uns die sofortige Erfüllung unserer sämtlichen Zahlungspflichten zu verlangen. In diesem Falle bleibt dieser Vertrag in allen übrigen Punkten bestehen.

## § 5

Die K.-Brauerei ist berechtigt, das Darlehn mit einer Kündigungsfrist von einem Monat zu kündigen, wenn unsere Bierentnahme in unserem Geschäft auf weniger als 3 hl in in einem Kalendermonat herabsinkt.

## § 6

Veräußern wir während der Dauer dieses Vertrags unser Geschäft, so übernehmen wir die Verpflichtung, daß der Erwerber in die mit der K.-Brauerei geschlossenen Verträge mit eintritt, und zwar in der Weise, daß die Brauerei berechtigt ist, von dem Erwerber unmittelbar Erfüllung der Verpflichtungen aus diesen Verträgen zu verlangen. Eine Veräußerung unseres Geschäftes bedarf der schriftlichen Zustimmung der K.-Brauerei.

Wir selbst bleiben neben den Erwerbenden und deren etwaigen Rechtsnachfolgern für alle Verpflichtungen aus diesem Vertrage selbstschuldnerisch verpflichtet.

Unsere Verpflichtungen aus diesem Vertrage bleiben auch bei einer Aufgabe des Geschäftes bestehen.

## § 7

Zur Sicherheit für das Darlehn sowie für alle sonstigen Ansprüche aus der Geschäftsverbindung übertragen wir die folgenden Gegenstände der K.-Brauerei zu Eigentum: (folgt die Einrichtung der Gastwirtschaft).

Wir sind mit der K.-Brauerei darüber einig, daß das Eigentum auf diese übergegangen ist; wir bleiben jedoch im unmittelbaren Besitz der Gegenstände. Die zum Eigentumserwerb erforderliche Übergabe wird durch die hiermit vereinbarte Leihe ersetzt.

Bei Pfändungen ist die K.-Brauerei unter Übersendung des Pfändungsprotokolls sofort zu benachrichtigen.

## § 8

Die Stempelfkosten dieses Vertrags übernehmen wir.

## § 12

Zu Unbetracht der von der K.-Brauerei geleisteten erheblichen Darlehnshilfe verpflichten wir uns, im Falle eines Verkaufs die Bierbezugspflichtung im gesamten Umfange dem Nachfolger derart zu übergeben, daß dieser der K.-Brauerei gegenüber als Eigenschuldner verpflichtet ist. Außerdem übernehmen wir für die Erfüllung im gesamten Umfange selbstschuldnerische Bürgschaft (siehe auch § 6 dieses Vertrages).

Das Darlehen von 10000 GM. haben die Antragsgegner im Laufe der Jahre größtenteils zurückgezahlt.

Im Jahre 1928 übernahmen die Antragsgegner neben dieser Gastwirtschaft eine weitere, die bis dahin von einer anderen Brauerei beliefert worden war. Im Zusammenhang damit erhielten sie von der Antragstellerin ein neues Darlehen von 25000 RM zu 9% Zinsen. In den hierüber abgeschlossenen nahezu gleichlautenden Verträgen heißt es in § 3:

„Der K.-Brauerei soll das Recht zustehen, für jedes Liter Bier, welches wir pflichtwidrig nicht von ihr entnehmen, die sofortige Zahlung einer Vertragsstrafe von 10 Goldpfennigen mit der Maßgabe von uns zu verlangen, daß die Vertragsstrafe für das ganze noch nicht bezogene Quantum fällig ist, sobald wir den Bierbezug bei einer anderen Brauerei aufnehmen.“

Sofern die K.-Brauerei die Konventionalstrafe lediglich für das anderweitig bereits bezogene Bier verlangt, soll bezüglich der Menge die Schätzung der K.-Brauerei derart maßgebend sein, daß wir den Beweis zu führen haben, der Bierbezug bei der fremden Brauerei sei geringer gewesen.“

## § 8 lautet:

„Wir haften der K.-Brauerei für alle Aufwendungen, welche sie zur Wahrung ihrer Eigentumsansprüche zu machen genötigt ist, namentlich für alle gerichtlichen und außergerichtlichen Kosten, die ihr durch etwa notwendig werdende Interventionsklagen entstehen sollten. Sobald die Erfüllung unserer Verbindlichkeiten voll und ganz erfüllt ist, soll ohne weiteres das Eigentum an den erwähnten Gegenständen auf uns übergehen. Im Falle des § 3 dieses Vertrages oder bei Nichterfüllung unserer gelblichen Verpflichtungen endet die Leihe, und wir haben auf Verlangen der K.-Brauerei sofort die Gegenstände herauszugeben. Die K.-Brauerei ist alsdann berechtigt, die Sachen angemessen zu verwerten oder zu einem angemessenen Preise selbst zu übernehmen und den Erlös bzw. Übernahmepreis der Sachen auf ihre Forderung nebst Zinsen und Kosten einschließlich der etwa verfallenen Konventionalstrafe zu verrechnen.“

Das VG. hat dem Hauptantrage der Antragstellerin stattgegeben.

Die Berufung der Antragsgegner ist begründet.

Der Einwand der mangelnden Verpflichtung zur Sache, den die Antragsgegner vorbringen, indem sie behaupten, die zweite Gastwirtschaft bereits i. J. 1929 ihrem Sohn übergeben zu haben, greift, wenn die von der Antragstellerin zur Begründung ihres Antrages vorgelegten Vertragsurkunden gültig sind, jedenfalls deshalb nicht durch, weil nach § 6 Abs. 1 Satz 2 dieser Verträge eine Veräußerung des Geschäfts zum mindesten der Antragstellerin gegenüber nur wirksam ist, wenn ihre schriftliche Zustimmung vorliegt. Eine solche schriftliche Zustimmung der Antragstellerin behaupten die Antragsgegner nicht. Sind daher die Verträge gültig, so können sich die Antragsgegner auf ihre mangelnde Passivlegitimation nicht berufen.

Die Verträge so, wie sie in den vier Urkunden von der Antragstellerin vorgebracht werden, sind jedoch rechtsunwirksam. Die Antragstellerin ist die führende Gesellschaft eines der größten deutschen Brauereikonzerne; im Berliner Brauereigewerbe nimmt sie eine hervorragende Stellung ein. Die Antragsgegner sind ein Schankwirtschaftsgepaar, das sich durch große Darlehnsentnahmen, die hoch zu verzinsen sind, durch Übernahme der Verpflichtung, sämtliches Bier nur von der



Antragstellerin zu beziehen, und durch Sicherungsveräußerung ihrer Schankwirtschaftseinrichtung der Antragstellerin stark verpflichtet hat. Diese unterschiedliche wirtschaftliche Stellung der Parteien ist bei der Beurteilung der Verträge zu berücksichtigen.

Andererseits ist das Bestreben der Antragstellerin, den Absatz ihres Bieres möglichst zu sichern und zu fördern, grundsätzlich als berechtigt anzuerkennen. Ein geeignetes Mittel hierzu sind Bierbezugsverträge mit Schankwirten. Grundsätzlich sind daher gegen solche Verträge keine Bedenken zu erheben.

Die Ausgestaltung jedoch, die diese Verträge im vorl. Falle gefunden haben, nötigen zu der Feststellung, daß sie die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit der Antragsgegner in übergebührlicher Weise einengen und daher nach § 138 Abs. 1 BGB. nichtig sind.

Bei der Beurteilung der vier hier in Frage kommenden Verträge ist entscheidend, ob sie nach der Gesamtwirkung aller Umstände eine übermäßige Beschränkung der Antragsgegner in ihrer wirtschaftlichen Freiheit zur Folge haben (RGKomm. Anm. 1f zu § 833 BGB.; JW. 1930, 3471). Wie bereits der 12. ZivSen. des RG. in der Sache der Antragstellerin 12 U 1/35 in dem am 11. Juli 1935 verkündeten Urteil ausgeführt hat, hat die Antragstellerin in ihren Verträgen ihre wirtschaftliche Überlegenheit gegenüber den wirtschaftlich schwachen Gastwirten dazu ausgenutzt, ihnen zur Sicherung der gegebenen Darlehen und des Bierabsatzes Bedingungen aufzuerlegen, die nach Inhalt und zeitlicher Dauer das durch § 138 Abs. 1 BGB. begrenzte Maß übersteigen.

Allen vier Verträgen gemeinsam ist die Bestimmung in § 6 Abs. 3, wonach auch bei einer Aufgabe des Geschäfts die Verpflichtungen der Antragsteller aus dem betreffenden Verträge unberührt bleiben. Die Bindung der Antragsgegner an die eingegangenen Zahlungsverpflichtungen entspricht allgemeinem Rechtsempfinden. Ihre unbedingte Bindung an die Bierbezugspflicht bedeutet aber eine das zulässige Maß übersteigende Beeinträchtigung ihrer wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit. Es mag zwar vorkommen, daß ein Gastwirt nur deshalb sein Geschäft aufgibt, um sich der gegen Darlehensgewährung übernommenen Bierbezugspflicht zu entziehen und dann ein anderes Geschäft zu erwerben, das von dieser Bierbezugspflicht nicht erfaßt wird. Es mag auch vorkommen, daß ein Gastwirt, dem die der Brauerei gegenüber eingegangenen Verpflichtungen lästig sind, sein Geschäft nicht mit dem erforderlichen Eifer betreibt und dadurch das Geschäft zum Erliegen bringt. Wenn sich die Brauerei gegen solche Möglichkeiten zu schützen sucht, so ist dagegen nichts einzuwenden. Nicht selten jedoch müssen Schankwirtschaften geschlossen werden, ohne daß den Inhaber eine Schuld daran trifft, der vielleicht sogar mit aller Kraft die Betriebseinstellung zu vermeiden sucht. Ursache hierfür können der allgemeine Rückgang des Bier- und Alkoholverbrauchs infolge der Zunahme der sportlichen Betätigung sein oder etwa die Veränderung der örtlichen Verhältnisse, z. B. die Umwandlung einer Wohngegend in eine Geschäftsgegend, die Schließung benachbarter Fabriken und dergleichen. Auch in solchen Fällen unverschuldeter Betriebseinstellung bleibt der Gastwirt nach der genannten Vertragsbestimmung an die Verpflichtung gebunden, sämtliches von ihm benötigtes Bier bis zu der im Verträge bestimmten Menge lediglich von der Antragstellerin zu beziehen. Er wird dadurch unter Umständen gehindert, eine andere Gaststätte zu erwerben, die bis dahin von einer anderen Brauerei beliefert worden ist, und deren künftige Belieferung durch die Antragstellerin wegen des unter den Brauereien bestehenden Konkurrenzvertrages (des sog. Blauen Vertrages) nicht möglich ist. Ein solcher Gastwirt wäre daher gehindert, sich eine neue Existenz in seinem Berufe aufzubauen, wenn es ihm nicht gelingt, eine von der Antragstellerin belieferte Gaststätte zu erwerben. Schon wegen dieser übergebührlichen Beschränkung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit sind daher alle vier Verträge als nichtig zu erachten.

Die Bierbezugspflicht der Antragsgegner bleibt nach § 4 sämtlicher Verträge ferner bestehen, wenn sich die Antragsgegner eine Vertragsverletzung zuschulden kommen lassen und

die Antragstellerin daraufhin von ihrem Recht Gebrauch macht, die sofortige Erfüllung ihrer sämtlichen Zahlungsverpflichtungen zu verlangen. Die Antragstellerin behauptet, dies Recht stehe ihr auch dann zu, wenn die Antragsgegner mit der Erfüllung einer Vertragsverpflichtung unverschuldet in Rückstand kommen. Sie leitet diese Auslegung aus der Bestimmung in § 8 Abs. 1 Satz 3 der Verträge v. 9. Mai 1928 her, wonach der Leihvertrag, der ein notwendiger Bestandteil der Sicherungsübereignung ist, d. h. des anderen zur Sicherung des Darlehns geschlossenen Vertrages, auch bei unverschuldeter Nichterfüllung der geldlichen Verpflichtungen durch die Antragsgegner sein Ende findet, die Antragsgegner also dann die Geschäftseinrichtung an die Antragstellerin herausgeben müssen und das Geschäft deshalb nicht weiter betreiben können. Es muß mit der Möglichkeit gerechnet werden, daß auch Gerichte sich dieser Auslegung anschließen. Dann könnte die Antragstellerin auch bei unverschuldeter Nichtleistung durch Einziehung des Darlehns, aber Festhalten an der Bierbezugspflicht den aus Darlehn und Bierbezugspflicht zusammen gesetzten einheitlichen Vertrag in seinem Wesen umgestalten und zerreißen. Solche Befugnis widerspräche den guten Sitten (RG.: JW. 1935, 3217<sup>1</sup>). Es kann jedoch dahingestellt bleiben, ob schon die Tatsache, daß die betreffende Vertragsbestimmung eine solche zu einem sittenwidrigen Ergebnis führende Auslegung zuläßt und daß die Antragstellerin selbst, welche diese Verträge entworfen hat, diese Auslegung befürwortet, ausreicht, diese Bestimmung zuungunsten der Antragstellerin als sittenwidrig zu erachten mit Rücksicht auf die Gefahr, daß die Antragsgegner einer solchen Auslegung ausgesetzt sein können. Auch wenn man, wie es der erf. Senat, mit den Antragsgegnern zur Auslösung der Folgen des § 4 der Verträge eine verschuldete Verletzung für erforderlich hält, kann diese Bestimmung als mit den Sittenanschauungen des deutschen Volkes vereinbar nicht angesehen werden. Denn, da die Antragsgegner, wie die meisten Schankwirte, ihr gesamtes Vermögen und ihre ganze Arbeitskraft in das Geschäft gesteckt haben, so würden sie ihren Zahlungsverpflichtungen im Falle des § 4 aus Eigenem nicht nachkommen können, der Gelbbeschaffung durch Aufnahme eines Darlehns von einer anderen Brauerei aber würde entgegenstehen, daß die Antragsgegner wegen der Fortdauer ihrer Bierbezugspflicht gegen die Antragstellerin die mit dem Darlehen untrennbar verbundene gleichartige Verpflichtung gegenüber der anderen Brauerei, welche das Ersatzdarlehen gewährleisten würde, nicht eingehen könnten. Auch beim kleinsten Versehen in der Erfüllung ihrer Vertretungspflichten könnten die Antragsgegner daher von der Antragstellerin um ihre Existenz gebracht werden.

Alle vier Verträge enthalten in § 2 Abs. 1 Satz 2 die Bestimmung, daß bei vorzeitiger Rückzahlung des Darlehns die Bierbezugspflicht bestehen bleibt, bis sie nach den übrigen Bestimmungen erlischt. Obwohl die Bierbezugspflicht zur Sicherung des Darlehns dient, ist hierin keine unzulässige Einengung der wirtschaftlichen Freiheit der Antragsgegner zu erblicken. Denn da sie eine vorzeitige Rückzahlung des Darlehns in aller Regel nicht aus eigenen Mitteln, sondern nur durch Übergang zu einer anderen Brauerei bewirken könnten, so verhindert diese Bestimmung einen allzu schnellen Wechsel der beliefernden Brauerei und schützt somit das berechtigte Interesse der Antragstellerin an stetigen Absatzverhältnissen. Wenn jedoch die Antragstellerin das Darlehen durch die Hektoliteraufschläge in der vorgesehenen Weise getilgt habe, ist das Sicherheitsbedürfnis der Antragstellerin erledigt. Dann muß es den Antragsgegnern freistehen, ihr Bier nach eigenem Belieben zu beziehen, ohne noch an die Antragstellerin gefesselt zu sein. Hiergegen verstoßen die Verträge v. 9. Mai 1928 und so, wie er vorliegt, auch der Vertrag v. 7. Mai 1924. Die Verträge v. 9. Mai 1928 sehen ein Aufgeld von 10 RM vor; zur Tilgung der in ihnen verbrieften Darlehen von 2000 RM bzw. 23 000 RM wäre somit der Bezug von 200 hl bzw. 2300 hl erforderlich. Vorgesehen ist jedoch jeweils die doppelte Menge und mehr. Die Vertragsurkunde v. 7. Mai 1924 bemißt das zur Abdeckung eines Darlehns von 5000 GM bestimmte Aufgeld auf 30 GM. je Hektoliter; danach genügen



also 166 $\frac{2}{3}$  hl, um durch das Aufgeld das Darlehen zurückzahlen. Die Mindestmenge in diesem Vertrag ist jedoch auf 500 hl, somit das Dreifache, festgesetzt. Die Antragstellerin begründet diese Regelung damit, daß das Aufgeld auch die Darlehnszinsen decken soll und häufig nicht ebenso pünktlich gezahlt wird wie der eigentliche Bierpreis. Tatsächlich haben denn auch die Antragsgegner seit September 1933 zwar den Preis des von der Antragstellerin bezogenen Bieres gezahlt, nicht aber die Darlehnszinsen und das Aufgeld. Die Antragstellerin ist jedoch nicht gezwungen, eine solche Entwicklung hinzunehmen, da sie nach § 2 Abs. 1 Satz 1 sämtlicher Verträge die Bezahlung des Aufgeldes gleichzeitig mit der Zahlung des Kaufpreises verlangen kann. Nur zur Deckung der Darlehnszinsen und etwaiger Beitreibungskosten ist daher eine zusätzliche Bierbezugspflicht erforderlich und zulässig. Eine Verdoppelung oder gar Verdreifachung der Dauer der Bierbezugspflicht ist keineswegs erforderlich. Auch diese Bestimmung muß daher als unvereinbar mit den Anschauungen des deutschen Volkes über die Grenzen der Abhängigkeit des wirtschaftlich Schwachen von dem wirtschaftlich Starken angesehen werden und ist somit nach § 138 Abs. 1 BGB. nichtig.

Endlich ist die in § 3 Abs. 1 der Verträge v. 9. Mai 1928 enthaltene Bestimmung über die Vertragsstrafe mit den Sittenschauungen des deutschen Volkes unvereinbar. Danach kann die Antragstellerin auch bei dem geringsten Fremdbezug eine Vertragsstrafe von 10 Goldpfennigen für jedes Liter der noch nicht bezogenen Biermindestmenge verlangen. Da die Biermindestmenge in diesen Verträgen 400 hl bzw. 4600 hl beträgt, so würde die Vertragsstrafe, wenn der Fremdbezug im Anfange der Laufzeit der Bierbezugspflicht erfolgt, also noch fast die gesamten 400 hl bzw. 4600 hl abzunehmen sind, fast 4000 G.M. bzw. 46 000 G.M. ausmachen. So hohe Vertragsstrafen stehen außer jedem Verhältnis zu dem Vertragsbruch und dem Interesse der Antragstellerin an der strengen Einhaltung der Bierbezugspflicht, auch dann, wenn man berücksichtigt, daß die Antragstellerin solchen Fremdbezug nicht ohne weiteres entdecken kann, die Vertragsstrafe somit abschreckende Wirkung haben muß. Die etwaige Möglichkeit der Herabsetzung einer solchen Vertragsstrafe nach § 343 BGB. steht der Feststellung nicht entgegen, daß sie wegen ihrer unverhältnismäßigen Höhe die betreffenden Verträge unsittlich macht (RG.: JW. 1935, 3217<sup>1</sup>).

Jeder der vier Verträge ist, auch für sich im ganzen betrachtet, als unsittlich anzusehen. Dies um so mehr, als die Antragsgegner es nicht etwa am Fleiße oder Zahlungswilligkeit haben fehlen lassen, die Antragstellerin vielmehr nach ihrem eigenen Vorbringen ihre langjährige Vertragstreue und eifrige Zahlungsweise durch wiederholte Zuwendung von Rückvergütungen anerkannt hat.

Ohne die als unsittlich festgestellten Teilbestimmungen hätte die Antragstellerin die Verträge nicht abgeschlossen (§ 139 BGB.). Die Antragstellerin betreibt als Gewerbe nicht den Selbstverleih, sondern die Biererzeugung und den Vertrieb. Die von ihr ausgegebenen Darlehen sind ihr nur Mittel zu dem Zweck, dem Schankwirt eine möglichst umfassende und ausgedehnte Bierbezugspflicht aufzuerlegen. Die Antragstellerin selbst führt hierzu am Schlusse ihres Antragschriftsatzes im vorliegenden Verfahren aus: „Hierbei ist zu berücksichtigen, daß der Zweck der Gewährung von Brauereidarlehen nicht der einer Vermögensanlage ist, sondern bekanntlich ausschließlich zu dem Zweck der Sicherung eines konstanten Bierumsatzes erfolgt.“

Dies erhellt auch daraus, daß die Antragstellerin, wie ein Vergleich der Verträge von 1928 mit denen von 1924 zeigt, diese Verpflichtung des Gastwirts immer mehr verstärkt und gesichert hat. Ohne diese Bestimmungen hätte der Antragstellerin an dem Zustandekommen der Verträge nichts gelegen. Gerade zu ihnen aber gehören die sämtlichen als unsittlich festgestellten Einzelbestimmungen. Die vier Verträge sind somit in vollem Umfange nichtig.

(RG., 21. Zivilsen., Urte. v. 10. Jan. 1936, 21 U 4279/35.)

Bemerkung: Vgl. hierzu auch RG. v. 3. Dez. 1935: JW. 1936, 569 (Heft 9).

41. § 232 BGB.; § 887 ZPO. Ein Urteil auf Sicherheitsleistung ist nach § 887 ZPO. zu vollstrecken. Der Gläubiger muß die Handlung, zu deren Vornahme er sich ermächtigen lassen will, genau bezeichnen.

Der Schuldner ist rechtskräftig verurteilt worden, zugunsten der Gläubigerin in einer der in § 232 BGB. vorgeschriebenen Weisen wegen einer erst nach Jahren fälligen Schuld Sicherheit zu leisten. Da er seiner Verpflichtung aus dem Urte. nicht nachkam, beantragte die Gläubigerin, sie gem. § 887 ZPO. zu ermächtigen, auf Kosten des Schuldners „die Sicherheit in einer der im § 232 BGB. vorgeschriebenen Weisen zu ihren Gunsten zu leisten“ und weiter den Schuldner zur Vorauszahlung der hierfür erforderlichen Kosten, d. h. der Schuldsomme nebst Zinsen, zu verurteilen.

Das LG. hat diesen Antrag mit der Begründung zurückgewiesen, daß sich aus den Entscheidungsgründen des Urte. ergäbe, daß die Schuldsomme dem Geschäft des Schuldners zur Zeit noch nicht entzogen werden solle und daß die von der Gläubigerin beantragte Verurteilung zur Vorauszahlung der Kosten dem widersprechen würde. Die Gläubigerin hätte nach der Ansicht des LG. darlegen müssen, daß eine Sicherheitsleistung möglich sei, ohne daß dem Schuldner Kapital entzogen würde; sei dies nicht möglich, so müsse sie nach § 888 ZPO. vorgehen.

Die gegen diesen Beschluß gerichtete Beschw. der Gläubigerin ist unbegründet.

Der Begründung des LG. kann freilich nicht zugestimmt werden. Wenn ein Schuldner seiner rechtskräftig festgestellten Verpflichtung zu einer Leistung nicht nachkommt, so gibt eben § 887 Abs. 2 ZPO. dem Gläubiger das über den urteilsmäßig festgestellten Anspruch hinausgehende Recht, Zahlung zu verlangen, um die Kosten für die vorzunehmende Handlung zu decken. Die Schlechterstellung, die ein Schuldner hierdurch erleiden mag, muß er als Folge seiner Nichterfüllung in Kauf nehmen; er kann sich nicht mit Erfolg darauf berufen, daß die vom Gläubiger begehrte Art und Weise der Verurteilung ihn ebenso schlecht stellen würde, als wenn er nicht nur zur Sicherheitsleistung, sondern zur sofortigen Zahlung verurteilt worden wäre. Die Ansicht des LG. würde in den meisten Fällen dazu führen, dem Gläubiger eine Vollstreckung nach § 887 ZPO. unmöglich zu machen. Ihn auf § 888 ZPO. zu verweisen, ist nicht anständig; denn die Verurteilung zur Sicherheitsleistung stellt die Verurteilung zu einer Handlung dar, die durch einen Dritten vorgenommen werden kann; es kann also nur § 887 ZPO. angewandt werden.

Wenn gleichwohl die Beschw. der Gläubigerin keinen Erfolg haben kann, so beruht dies darauf, daß sie ihren Antrag auf Ermächtigung zur Vornahme der Sicherheitsleistung nicht bestimmt genug gestellt hat. Der von der Rpr. in den sog. Inmissionsprozessen entwickelte Grundsatz, daß sowohl der Antrag des Gläubigers, als auch der Vollstreckungsbeschluß des Gerichts die vorzunehmende Handlung bestimmt bezeichnen muß (vgl. auch Stein-Jonas, Anm. III, 2 zu § 887), muß auch in den Fällen der Verurteilung zu einer Sicherheitsleistung gelten. Es geht nicht an, den Gläubiger zur Vornahme einer Handlung zu ermächtigen und den Schuldner zur Vorauszahlung der Kosten zu verurteilen, ohne daß genau feststeht, auf welche Handlung sich die Ermächtigung bezieht. Dem Gericht muß vielmehr die Möglichkeit einer Prüfung gegeben werden, ob das, wozu der Gläubiger die Ermächtigung beantragt, sich mit dem deckt, wozu der Schuldner verurteilt worden ist, und weiter, ob die vom Gläubiger beabsichtigte Handlung zweckmäßig ist. Eine solche Prüfung ist aber nur möglich bei hinreichender Bestimmtheit der vorzunehmenden Handlung. Bei einer Verurteilung zur Sicherheitsleistung gem. § 232 BGB. genügt es daher auch keineswegs, daß der Gläubiger sich darauf beschränkt, eine der in dieser Vorschrift zur Wahl gestellten Arten der Sicherheitsleistung zu bezeichnen, also z. B. anzugeben, er wolle eine Hypothek an einem inländischen Grundstück bestellen oder Wertpapiere hinterlegen. Es muß viel-



mehr von ihm gefordert werden, daß er ein bestimmtes inländisches Grundstück als Belastungsobjekt, oder daß er bestimmte Wertpapiere als zu hinterlegende angibt. Wollte man von dem Erfordernis der bestimmten Bezeichnung absehen, so würde damit in vielen Fällen der Grund zu einem neuen Streit zwischen den Parteien gelegt werden, wenn der Gläubiger nach allgemeiner Ermächtigung zur Vornahme bestimmter Handlungen schreitet. Ein solcher Streit ist vor der Ermächtigung auszutragen und vom Gericht durch den Ermächtigungsbeschluß zu entscheiden.

Gegen die hier vertretene Ansicht kann nicht eingewandt werden, daß der Gläubiger gar nicht das Recht habe, eine der im § 232 BGB. bezeichneten Arten zu wählen, dieses Recht vielmehr dem Schuldner zustehe. Es ist zwar richtig, daß der Schuldner das Wahlrecht hat; § 264 BGB., der zum mindesten entsprechend anzuwenden ist, gibt aber dem Schuldner die Befugnis, die Zwangsvollstreckung nach seiner Wahl auf die eine oder andere Leistung zu richten. Die Ansicht des Schuldners, daß der Gläubiger das Wahlrecht erst nach dem Beginn der Zwangsvollstreckung zustehe und daß erst der Erlaß des Ermächtigungsbeschlusses den Beginn der Vollstreckung darstelle, ist zwar richtig; es folgt aber aus ihr nicht, daß nicht der Gläubiger seinen Antrag auf eine der geschuldeten Leistungen richten dürfe; dies ist sogar erforderlich, damit das Vollstreckungsorgan tätig werden kann.

(RG., 8. ZivSen., Beschl. v. 26. Nov. 1935, 8 W 7047/35.)

\*

42. §§ 542, 557 BGB. Hat ein Geistesarbeiter eine Wohnung mit Sammelheizung gemietet und wird sein Arbeitszimmer trotz Abmahnung nicht genügend (20 Grad) beheizt, so hat er das Recht zur fristlosen Kündigung des Mietverhältnisses. Ist ein Mieter verpflichtet, die Wohnung schon vor Beginn der allgemeinen Umzugszeit zu räumen, räumt er sie aber erst im Laufe der polizeilichen Umzugsfrist, so hat er auch während der polizeilichen Umzugsfrist Mietzins (§ 557 BGB.) zu zahlen.

Es ist als eine nicht unerhebliche Vorenthaltung des Mietgebrauchs i. S. des § 542 BGB. anzusehen, wenn ein so wichtiges Zimmer der Wohnung, wie das vom Mieter und Haushaltungsvorstand zu wissenschaftlichen Arbeiten dauernd benutzte Zimmer unzureichend beheizt wird, zumal da der Mieter bei den Vertragsverhandlungen auf die Notwendigkeit ausreichender Beheizung unstreitig besonders hingewiesen hatte. Als ausreichende Beheizung steht der Senat für Räume, in denen geistig gearbeitet werden soll, die Herstellung einer Normaltemperatur von 20 Grad Celsius an. Das mehrfach geäußerte Verlangen des Mieters, daß der Vermieter diese Temperaturen herstellen solle, war also berechtigt, und den Standpunkt des Vermieters, daß der Mieter sich mit einer Temperatur von 17 bis 18 Grad zufrieden geben müsse, lehnt der Senat im Einklang mit seiner bisherigen Rspr. zu dieser Frage ab. Da wiederholt nur die vom Vermieter angegebene Wärme erreicht wurde, sind die wiederholten Beschw. des Mieters über Kälte im Herrenzimmer als begründet anzuerkennen.

Das Schreiben des Mieters enthält am Schluß die Aufforderung „ohne weitere Hinhaltungen“, also unverzüglich, die Mängel zu beseitigen. In einer solchen Aufforderung zur unverzüglichen Mängelbeseitigung ist eine ausreichende Fristsetzung nach § 542 BGB. zu sehen. Da die Heizungsanlage in brauchbarem Zustand war und die erforderliche Zimmertemperatur ohne Weiteres durch ausreichende Beheizung des Kessels hergestellt werden konnte, wäre es dem Vekl. möglich gewesen, den Mangel in wenigen Tagen zu beheben. Jedenfalls lagen zehn Tage nach dem Schreiben des Mieters die gesetzlichen Voraussetzungen für die Kündigung des Mieters vor, wenn der Vermieter bis dahin für die Herstellung einer ausreichenden Erwärmung des Zimmers nicht gesorgt hatte. Die Beweislast dafür, daß dies geschehen und der Mangel von ihm beseitigt worden ist, trifft den Vermieter. Es kommt hierbei nicht auf die Feststellung eines Verschuldens des Vermieters an. Die Entsch. über das Kündigungsrecht des Mieters hängt nur von der nach

objektiven Maßstäben zu treffenden Feststellung ab, ob das Arbeitszimmer des Mieters in der Zeit nach der Fristsetzung ordnungsmäßig beheizt worden ist. Der Vermieter ist insoweit beweispflichtig geblieben. Die Kündigung des Mieters hat also den Vertrag zum 31. März 1934 beendet. Obwohl der Mieter erst am 4. Okt. 1934 ausgezogen ist, hat eine Verlängerung des Mietverhältnisses gem. § 568 BGB. nicht stattgefunden. Das ergibt sich aus der Tatsache, daß der Mieter als Kl. den vorl. Rechtsstreit über den 31. März 1934 hinaus ohne Unterbrechung fortgesetzt und insbes. in den ersten beiden Wochen des Monats April einen Antrag auf Ergänzung des Beweisbeschlusses gestellt hat. Es kommt hiernach auch auf die Wiederholung der Kündigung im September 1934 anlässlich der Verletzung des Kl. an eine andere Universität nicht mehr an.

Da aber das Mietverhältnis nicht erst am 30. Sept. 1934 geendet hat, kann sich der Kl. nicht auf die polizeilichen Räumungsfristen berufen, um sein Verbleiben in der Wohnung bis zum 4. Okt. und die Nichtzahlung von Mietzins für die Zeit vom 1. bis zum 4. Okt. 1934 zu rechtfertigen. Er hat vielmehr nach § 557 BGB. für diese vier Tage, entsprechend der Gesamtmonatsmiete von 300 R.M., noch 40 R.M. zu zahlen.

(RG., 17. ZivSen., Urf. v. 12. Sept. 1935, 17 U 3244/35.)

\*

43. § 925 BGB.; § 894 ZPO.; §§ 20, 29 GBO. Ist der Eigentümer eines Grundstücks rechtskräftig zu dessen Auflassung an einen anderen beurteilt, dann kann dieser seine Eintragung als Eigentümer nur auf Grund einer gerichtlichen oder notariellen Erklärung erwirken, aus der sich ergibt, daß er die durch das Urteil abgegebene Erklärung des Eigentümers annimmt.

Der eingetragene Eigentümer E. ist rechtskräftig beurteilt worden, sein Grundstück an A. aufzulassen. Dieser überreichte die Ausfertigung des Urteils und beantragte in notariell beglaubigter Erklärung, ihn als Eigentümer des Grundstücks einzutragen. Das GBA. beanstandete den Eintragungsantrag durch Zwischenverfügung gem. § 18 GBO., weil die Eintragung nicht in der Form der § 925 BGB., § 20 GBO. abgegeben worden sei; der Gläubiger müsse die Einigung dadurch zum Abschluß bringen, daß er unter Vorlegung des rechtskräftigen Urteils die Einigungserklärung vor dem Notar oder GBA. abgebe. Das LG. wies die hiergegen eingelegte Beschw. zurück; auch die weitere Beschw. hatte keinen Erfolg.

Die Zwischenverfügung des GBA. bringt nicht klar zum Ausdruck, ob sie nur die Form der Erklärung (Beglaubigung statt Beurkundung) oder ob sie auch den Inhalt der vom Antragsteller abgegebenen Erklärung rügt. Das LG. hat jedoch die Zurückweisung der Beschw. nur damit begründet, daß die Form der §§ 20, 29 GBO. nicht gewahrt sei. Damit hat das LG., auch wenn die Beschlufsformel nichts darüber sagt, den Inhalt der Zwischenverfügung klargestellt. In der Tat unterliegt die abgegebene Erklärung ihrem Inhalt nach keinem durchgreifenden Bedenken, während die Beanstandung der Form begründet ist.

Die Beschw. des Antragstellers wird im wesentlichen damit begründet, daß er seine „Einigung“ mit E. nicht erklären könne, weil dieser trotz des Urteils die Auflassung nicht für gerechtfertigt halte. Diese Begr. des Beschw. kann die Beanstandung des GBA. jedenfalls soweit nicht entkräften, als er die Beurkundung der Auflassung verlangt. Einmal ersetzt das rechtskräftige Urteil die von dem Verurteilten abzugebende Bewilligungserklärung (§ 894 ZPO.). Es wird also so angesehen, als ob E. die Erklärung, daß er mit A. über den Eigentumsübergang einig sei und die Umschreibung des Eigentums bewillige, abgegeben habe. Daran ändert der Umstand nichts, daß E. von der Richtigkeit des Urteils nicht überzeugt ist und außerhalb des Urteils widersprechende Äußerungen abgibt. Zum anderen ist es ständige Rspr., daß auch für die Erklärung der Auflassung nicht bestimmte Formeln vorgeschrieben sind. Die Urkunde muß nur mit der für den Grundbuchverehr erforderlichen Klarheit zum Ausdruck bringen, daß beide Beteiligten den Übergang des Eigentums von dem einen auf den anderen wollen. Es ist Aufgabe des eine Auflassung beurkundenden Notars, die Fassung so zu wählen, daß sie den Be-



teiligten verständlich und einleuchtend ist und doch ihren Willen mit der für den Grundbuchverkehr erforderlichen Klarheit zum Ausdruck bringt. Wenn man den Bedenken des Antragstellers, mögen sie auch, wie ausgeführt, unbegründet sein, Rechnung tragen will, dann hätte die Auflassungserklärung etwa so lauten können, daß der Erwerber die von dem Veräußerer durch das Urteil abgegebene Erklärung, nämlich das Eigentum auf den Erwerber zu übertragen, annehme (vgl. G ü t h e = T r i e b e l, § 20 Anm. 37). Es ist auch anerkannt, daß die Auflassung in der Form erklärt werden kann, daß der Veräußerer die Umschreibung des Eigentums bewilligt und der Erwerber sie beantragt (RG.: JZG. 4, 311; RGZ. 129, 7; G ü t h e = T r i e b e l, § 20 Anm. 37). Da bestimmte Formeln für die Auflassung nicht vorgeschrieben sind, kann man auch die vom Antragsteller abgegebene Erklärung ihrem Inhalt nach für ausreichend erachten, wenn sie auch noch deutlicher hätte gefaßt sein können. Denn dadurch, daß der Antragsteller die Eigentumsumschreibung unter Bezugnahme auf das Urteil beantragt, bringt er zum Ausdruck, daß er die von E. durch das Urteil abgegebene Willenserklärung annimmt.

Hierzu kommt es nur noch darauf an, in welcher Form die Auflassung zu erklären ist. Den Vorinst. ist darin beizupflichten, daß die Beglaubigung der Unterschrift dazu nicht ausreicht. Es handelt sich hier nicht um die streitige Frage, ob eine ohne Beobachtung der Beurkundungsform erklärte Auflassung wirksam ist, sondern darum, ob das GVB. die §§ 20, 29 GVB. auch in einem Falle der vorl. Art zu beachten hat. Nach diesen Vorsch. ist die Einigung in einer den §§ 168 ff. JZG. entsprechenden Form nachzuweisen. Das hat der Senat in der Entsch. HöchstRspr. 1934 Nr. 652 mit eingehender Begr. ausgeführt. Auf diese Entsch. kann hier Bezug genommen werden. Dort handelte es sich darum, daß beide Beteiligte vor dem Notar erschienen waren, der die Unterschriften beider Beteiligten beglaubigt hatte. Im vorl. Fall kann nur der Beschw. vor dem GVB. oder Notar erscheinen; es genügt dies auch, weil das gegen den Veräußerer E. ergangene Urteil seine Willenserklärung ersetzt, die mit Eintritt der Rechtskraft des Urteils als abgegeben gilt und durch das Urteil in öffentlicher Urkundsform nachgewiesen wird (vgl. RG.: HöchstRspr. 1928 Nr. 215). Daraus ist aber nicht zu folgern, daß der Notar dann, wenn nur eine Person vor ihm erscheint, von der Beurkundung der Auflassung absehen darf. Denn auch in diesem Falle ist dem GVB. gem. § 29 GVB. nachzuweisen, daß der Erklärende nicht nur seine Unterschrift vor dem Notar vollzogen oder anerkannt, sondern daß er die Auflassungserklärung vor dem Notar abgegeben hat. Daß die Beglaubigung der Unterschrift das letztere nicht nachweisen kann, ergibt sich schon daraus, daß der Notar nach Art. 60 Abs. 1 JZG. gegen den Willen der Beteiligten nicht befugt ist, von dem Inhalt der Urkunde Kenntnis zu nehmen. Zu Unrecht beruft sich der Beschw. für die Form der Auflassungserklärung auf Rickz, Grundbuchpraxis, weil in dem dort unter 3a aufgeführten Beispiel die Erklärung beurkundet ist.

(RG.: 1. ZibSen., Beschl. v. 7. Nov. 1935, 1 Wx 456/35.)

[Sch.]

**44.** §§ 1612 Abs. 2, 1666 BGB. Die von dem Vater nach § 1612 Abs. 2 Satz 1 BGB. getroffene Bestimmung, daß er in seinem Haushalt dem Kinde den Unterhalt in Naturalien gewähren werde, kann von dem VormGer. nicht gemäß § 1612 Abs. 2 Satz 2 dahin geändert werden, daß der Vater für das Kind zu Händen seines Unterhaltspflegers eine Geldrente zu entrichten habe, wenn nach dem übereinstimmenden Willen der Beteiligten diese Gelder durch den Pfleger an die Kindesmutter zwecks Verwendung für den Unterhalt der Familie weitergegeben werden sollen und mithin sich an der Art und Weise der Unterhaltsgewährung nichts ändert. Es kann gegen den Vater gegebenenfalls nur aus § 1666 BGB. eingeschritten werden.

Aus der Ehe des Händlers H. sind zwei noch minderjährige Kinder hervorgegangen. Die Eheleute wohnen mit den Kindern in derselben Wohnung. Das UG. hat den Bürovorsteher

R. als Pfleger für die beiden Kinder bestellt, um ihre Unterhaltsansprüche gegen den Vater wahrzunehmen. Der Pfleger hat im Namen der Kinder gegen den Vater Klage auf Zahlung einer Unterhaltsrente von je 25 RM monatlich erhoben. Die Klage ist mit der Begr. abgewiesen worden, daß der Vater gem. § 1612 Abs. 2 Satz 1 BGB. bestimmt habe, er werde den Kindern den Unterhalt in Naturalien gewähren. Der Pfleger hat darauf bei dem VormGer. beantragt, gem. § 1612 Abs. 2 Satz 2 BGB. die Best. des Vaters dahin abzuändern, daß den Kindern künftig der Unterhalt durch Entrichtung einer wöchentlichen Geldrente zu gewähren sei. Er hat geltend gemacht, daß die Gelder und Naturalien, welche der Vater zum Unterhalt für die Familie zukommen lasse, nicht ausreichten. Der Vater sei in der Lage, seiner Frau mehr Wirtschaftsgeld wie bisher zu geben. Das UG. hat den Antrag des Pflegers abgelehnt. Auf dessen Beschw. hat aber das LG. unter Aufhebung des amtsgerichtlichen Beschlusses angeordnet, daß der Vater den Kindern den Unterhalt durch Entrichtung einer Geldrente zu gewähren habe. Die weitere Beschw. des Vaters hatte Erfolg.

Gem. § 1612 Abs. 2 Satz 2 kann der Elternteil, welcher einem unversehrten Kinde Unterhalt zu gewähren hat, bestimmen, in welcher Art und für welche Zeit im voraus der Unterhalt gewährt werden soll. Das VormGer. ist nach § 1612 Abs. 2 Satz 2 befugt, aus besonderen Gründen auf Antrag des Kindes die Best. des unterhaltspflichtigen Elternteils zu ändern. Voraussetzung für eine solche Anordnung ist, daß dieser Elternteil über die Art der Unterhaltsgewährung wirklich eine Best. getroffen hat, und zwar gegenüber dem Kind als rechtsgeschäftliche und rechtsgestaltende Erklärung (JZG. 12, 73). Im vorl. Fall hat der Vater eine solche Erklärung in dem Unterhaltsprozess, den der Pfleger für die Kinder gegen ihn angestrengt hat, dahin abgegeben, daß diese den Unterhalt von ihm in seinem Haushalt bekommen sollen.

Das LG. stellt tatsächlich fest, daß der Beschw. seiner Frau zur Bestreitung des Unterhalts der Familie wöchentlich 6 bis 8 RM sowie 2 1/2 Pfd. Fleisch und 1 Pfd. Wurst gebe. Diese Mittel seien zum Unterhalt einer vierköpfigen Familie nicht ausreichend. Die Behauptung des Vaters, daß er im Monat höchstens 50 RM verdiene und daher für den Unterhalt der Familie nicht mehr als bisher aufbringen könne, sei unglaubwürdig. Der Vater habe aus eigenmütigen Beweggründen es unterlassen, nähere Angaben über die Art und die Höhe seines Verdienstes zu machen. Mithin lägen besondere Gründe i. S. des § 1612 Abs. 2 Satz 2 BGB. vor, die Best. des Vaters über die Art der Unterhaltsgewährung dahin zu ändern, daß er den Unterhalt für die Kinder durch Gewährung einer Geldrente zu entrichten habe.

Diese Stellungnahme des Vorderrichters ist rechtl. zu beanstanden. Die Beteiligten sind sich darüber einig, daß die Kinder durch auch künftig ihren Lebensunterhalt im Haushalt des Vaters durch Gewährung von Naturalien erhalten sollen. Es ist beabsichtigt, daß der Pfleger die Gelder, welche er von dem Vater erhält, der Kindesmutter gibt, damit sie diese Beträge für den Unterhalt der Familie verwendet. Die Art und Weise, in der den Kindern der Unterhalt gewährt wird, würde sich mithin, falls der Vater für sie an den Pfleger eine Geldrente zahlt, praktisch nicht ändern. Im vorl. Verfahren soll in Wirklichkeit vom VormGer. darüber entschieden werden, ob der Vater verpflichtet ist, seiner Frau zur Bestreitung des Unterhalts der Familie ein höheres Wirtschaftsgeld als wie bisher zu geben. Hierüber kann jedoch nicht vom VormGer. gem. § 1612 Abs. 2 Satz 2 BGB. entschieden werden.

Falls der Beschw. das Wohl der Kinder dadurch schuldhaft gefährdet, daß er für ihren Unterhalt unzureichend sorgt, was übrigens bisher nicht feststeht, kann das VormGer. gegen ihn nach § 1666 BGB. einschreiten. Ist er außerstande, für den Unterhalt der Kinder genügende Mittel zur Verfügung zu stellen, so wird für sie bei der zuständigen Stelle die Gewährung einer Wohlfahrtsunterstützung zu beantragen sein. Es kann aber vom VormGer. eine Anordnung aus § 1612 Abs. 2 Satz 2 BGB., solange sich an der bisherigen Art und Weise, in der den Kindern Unterhalt gewährt wird, nichts ändert, nicht getroffen werden.



Hiernach war auf die weitere Beschw. der Beschluß des LG. aufzuheben. Zugleich war die Beschw. des Pflegers gegen den amtsgerichtlichen Beschluß zurückzuweisen.

(RG., ZivSen. 1 a, Beschl. v. 1. Nov. 1935, 1 a Wx 1502/35.)  
[5.]

(= JFG. 13, 165.)

\*

45. § 9 NotGebD.; § 41 PrGRG. Beglaubigt der Notar demnächst eine Unterschrift unter einem von ihm gefertigten Entwurf, so tritt eine Erhöhung der ihm im Falle der Beurkundung zustehenden Gebühr auch dann nicht ein, wenn es sich dabei nicht um die Unterschrift seines Auftraggebers handelt.

Der von dem Grundstückseigentümer mit der Umbeilehung eines Grundstückes beauftragte Notar hat einem Gläubiger den Entwurf einer zugleich den Lösungsantrag des Eigentümers enthaltenden Lösungsbewilligung zur Unterschrift übersandt und nach Vollzug die Unterschrift des Eigentümers beglaubigt.

Für diese Tätigkeit hat er neben der Entwurfsgebühr aus § 9 NotGebD. noch eine Beglaubigungsgebühr aus § 41 PrGRG. berechnet. Der LGPräs. hat aber die Beglaubigungsgebühr abgesetzt. Die sofortige Beschw. des Notars hatte keinen Erfolg.

Nach § 9 NotGebD. wird die für die Beurkundung bestimmte Gebühr auch dann erhoben, wenn der Notar auf Erfordern nur den Entwurf einer Urkunde fertigt. Beglaubigt er demnächst Unterschriften unter einem von ihm gefertigten Entwurf, so tritt hierdurch eine Erhöhung der ihm im Falle der Beurkundung zustehenden Gebühren nicht ein. Zu Unrecht meint nun der Notar, die Anwendung dieser Best. setze voraus, daß der Entwurf für den Auftraggeber gefertigt sei, der seine Unterschrift später beglaubigen lasse, während, wenn der Unterschriftende mit dem Auftraggeber nicht identisch sei, eine besondere Beglaubigungsgebühr erhoben werden könne. Für eine solche Einschränkung gibt der Wortlaut und Zweck des § 9 Satz 2 NotGebD. keinen Anhalt. Grundgedanke dieser Vorschr. ist, den Notar, wenn er demnächst Unterschriften unter einem von ihm gefertigten Entwurf beglaubigt, nicht besser zu stellen, als wenn er von Anfang an mit der Beurkundung beauftragt worden wäre (Mügel-Elm, PrGRG., 7. Aufl., § 8 Anm. 1). Dieser Gesichtspunkt muß aber auch dann durchgreifen, wenn er den Entwurf im Auftrage eines von mehreren Beteiligten gefertigt und alsdann nur die Unterschrift eines anderen Beteiligten beglaubigt hat, oder wenn er sogar den Entwurf lediglich im Auftrage eines Dritten, an der Urkunde selbst überhaupt nicht Beteiligten gefertigt und demnächst die Unterschriften der Beteiligten unter dem Entwurf beglaubigt hat. Voraussetzung ist dabei natürlich immer, daß der Entwurf und die Unterschriftsbeglaubigung noch als ein und dasselbe Geschäft des Notars angesprochen werden können, daß sie also zeitlich nicht soweit auseinanderliegen, daß die Tätigkeit des Notars mit der Fertigung des Entwurfs als abgeschlossen gelten mußte (Beuschhausen, NotGebD., 4. Aufl., § 9 Anm. 3; Mügel a. a. D., § 8 NotGebD., Anm. 5; abweichend Bartjcher = W., 7. Aufl., § 9 NotGebD. Anm. 3).

Abgesehen davon trifft aber auch die Ansicht des Notars, daß für den Entwurf der Gläubiger als sein Auftraggeber anzusehen sei, nicht zu. Allerdings kann u. U. in der Benutzung eines Entwurfs durch Unterschrift desselben die Genehmigung seiner Anfertigung liegen (Beuschhausen a. a. D., § 1 NotGebD. Anm. IV; RG. in 1 a X 90/31). Wenn aber ein Grundstücksgläubiger die ihm von einem Notar auf Veranlassung des Grundstückseigentümers übersandte Lösungsbewilligung unterzeichnet, so will er damit keineswegs hinsichtlich der Entwurfsanfertigung zum Auftraggeber des Notars werden; als solcher ist vielmehr nach wie vor der Grundstückseigentümer anzusehen, dessen Auftrag zur Durchführung der Umschuldung des Grundstückes gleichzeitig den Auftrag zur Anfertigung der erforderlichen Urkunden mit umfaßte.

Das Begleitschreiben, mit welchem der Notar den Gläubiger um Unterzeichnung der von ihm entworfenen Lösungsbewilligung ersuchte, diente lediglich der Durchführung der ent-

worfenen Urkunde, die ihrem ganzen Inhalt nach, nicht etwa nur, wie der Notar meint, bzgl. des Lösungsantrags, auf Erfordern des Eigentümers gefertigt ist. Das Schreiben stellt also lediglich ein unselbständiges gebührenfreies Nebengeschäft zu diesem Entwurf dar, das den Anfall einer besonderen Gebühr aus § 16 NotGebD. nicht rechtfertigt. Ob der Notar eine solche Gebühr aus Art. 9 GebD. fordern könnte, auf den er sich in seiner Beschw. beruft, ist im Festsetzungsverfahren des § 25 NotGebD. nicht zu entscheiden (RGZ. 42, 354; DRG. 25, 310 Anm. 1).

(RG., ZivSen. 1 a, Beschl. v. 6. Dez. 1935, 1 a Wx 1826/35.)  
[5.]

\*

46. §§ 35 Absf. 2, 37 Ziff. 1, 5; § 39 Absf. 1 PrGRG. Beurkundet ein Notar zugleich mit der Annahme eines Kaufangebots die Auflassung des verkauften Grundstückes, so ist für die Urkunde mit Rücksicht auf die Gleichheit des Gegenstandes nur eine  $\frac{5}{10}$ -Gebühr nach dem Werte des Grundstückes bzw. der Gegenleistung zu erheben, auch wenn das Angebot von einem andern Notar beurkundet ist. Der Schlußsatz der Entscheidung RGZ. 53, B 298 wird aufgegeben.

Der Notar St. beurkundete am 30. Aug. 1935 ein Kaufangebot, betreffend ein Grundstück. Das Angebot richtete sich an die Grundstückseigentümerin. Der Kaufpreis betrug 101 500 RM. Die Gebühren für die Aufnahme dieser Urkunde sind unstreitig. Am 5. Sept. 1935 nahm die Verkäuferin zu Protokoll des Notars Dr. W. dieses Angebot an. In derselben Urkunde erklärten die Vertragsparteien die Auflassung des verkauften Grundstückes.

Der Notar Dr. W. hat für die Annahme des Kaufangebots und für die Auflassung nach einer Wertstufe von 100 000—110 000 RM je eine  $\frac{5}{10}$  Gebühr aus § 5 NotarGebD., §§ 32, 35 Absf. 2 und § 37 Ziff. 5 PrGRG. in Rechnung gestellt. Die Käuferin hat den Anfall der zweiten  $\frac{5}{10}$  Gebühr beanstandet. Darauf hat der Notar die Festsetzung seiner Gebühren beantragt. Der LGPräs. hat ihm aber nur eine  $\frac{5}{10}$  Gebühr nach dem Betrage des für das Grundstück entrichteten Kaufpreises zugebilligt. Seine sofortige Beschwerde hatte keinen Erfolg.

Allerdings hat das RG. in einem Fall, in dem derselbe Notar zunächst das Verkaufsangebot und dann die Annahme dieses Angebots zusammen mit der Auflassung beurkundet hatte, gleichzeitige Beurkundung des zugrunde liegenden Geschäftes i. S. von § 37 Ziff. 5 PrGRG. angenommen und daher eine besondere Gebühr für die Auflassung nicht zugebilligt. Hieran hat es die Schlussbemerkung geknüpft, daß, wenn Angebot und Annahme von verschiedenen Notaren beurkundet sein würden, dem Notar neben der Gebühr für die Beurkundung der Annahmeerklärung auch die Gebühr für die Beurkundung der Auflassung zustehen würde (RGZ. 53, B 298). Gegenstand dieser Entscheidung war aber, wie der Senat in den späteren Beschl. v. 23. Okt. 1931, 1 a X 1325/31 und v. 15. April 1932, 1 a X 389/32 ausgeführt hat, nur die Frage der Gleichzeitigkeit der Beurkundung von Auflassung und Grundgeschäft i. S. von § 37 Ziff. 5 PrGRG., nicht dagegen die Frage der Gleichheit des Gegenstandes i. S. von § 39 Absf. 1 PrGRG. Die letztere Frage hat der Senat bereits in einem Beschl. v. 23. Aug. 1935, 1 a Wx 1251/35, der einen dem jetzigen völlig gleichgelagerten Tatbestand betraf, mit dem Ergebnis geprüft, daß Annahme eines Veräußerungsangebots und Auflassung des veräußerten Grundstückes denselben Gegenstand i. S. von § 39 Absf. 1 PrGRG. haben und daher auch nur den Anfall einer  $\frac{5}{10}$  Gebühr rechtfertigen, weil beide Rechtsgeschäfte nach § 35 Absf. 2 i. Verb. m. § 37 Ziff. 1 PrGRG. und § 37 Ziff. 5 PrGRG. dem halben Gebührensatz unterliegen. Damit ist die in dem Schlußsatz des alten Beschlusses vertretene Ansicht endgültig aufgegeben. Der jetzt eingennommene Standpunkt entspricht auch der einhelligen Meinung des Schrifttums (Bartjcher = Drinnenberg = Wenz, PrGRG., 7. Aufl., § 38 Anm. 5;



Deuschhausen, NotarGebD., 4. Aufl., § 39 PrGRG., Beispiel 18 S. 286; Behre, Die Prüfung der Geschäfte des preussischen Notars, 1928 S. 136; Ostermeier: DNotZ. 1923 S. 12). Da der LGPräs. dieselbe Auffassung vertritt, war die sofortige Beschwerde des Notars als unbegründet zurückzuweisen.

(RG., ZivSen. 1a, Beschl. v. 29. Nov. 1935, 1a Wx 1758/35.)

\*

47. §§ 61, 20 Abs. 3 S. 3, 57 Abs. 3 S. 1 und Abs. 4 PrGRG. Wird zugleich mit der zur Verstärkung einer nachstehenden Post eingetragenen Löschungs Vormerkung die von der Vormerkung betroffene Hypothek selbst gelöscht, so ist nur eine Löschungsgebühr nach dem Betrage der gelöschten Hypothek zu erheben, falls nicht auch diese nach § 61 Abs. 2 PrGRG. außer Ansatz zu bleiben hat.

Auf einem Grundbuchblatt waren in Abt. III unter Nr. 7 eine Grundschuld und unter Nr. 9 eine Hypothek von je 80 000 RM. sowie unter Nr. 10 eine Grundschuld von 120 000 RM. eingetragen. Bei den Posten Nr. 7 und Nr. 9 war je eine Löschungs Vormerkung gem. § 1179 BGB. zugunsten des jeweiligen Gläubigers der Post Nr. 10 eingetragen.

Der Notar Dr. R. beantragte nun unter Überreichung der erforderlichen Urkunden die Löschung der Posten Abt. III Nr. 7, 9, 10 und der beiden Löschungs Vormerkungen.

Diesem Antrage wurde am 2. April 1935 entsprochen, und zwar hinsichtlich der beiden Löschungs Vormerkungen durch Eintragung eines Löschungsvermerks in Abt. III Spalte 9—11. Für die Eintragungen sind vom Notar Kosten erfordert worden, darunter für die Löschung der beiden Löschungs Vormerkungen je eine Gebühr aus § 61 Abs. 1 PrGRG. nach einem Gegenstandswert von je 80 000 RM. mit je 68 RM.

Die gegen diese Kostenrechnung, und zwar nur hinsichtlich der beiden erwähnten Gebühren vom Notar eingelegte Erinnerung ist vom LG., seine Beschw. vom LG. als unbegründet zurückgewiesen worden. Seine weitere Beschw. hatte aber Erfolg.

Nach § 61 Abs. 1 PrGRG. werden für jede Löschung einschließlich der dabei vorkommenden Nebengeschäfte 5 Zehntel der vollen Gebühr erhoben. U. a. finden auch die Vorschriften des § 57 Abs. 3 Satz 1 und Abs. 4 PrGRG. entsprechende Anwendung. Wird also eine für den Gläubiger eines nachstehenden Rechts eingetragene Löschungs Vormerkung, die nach § 20 Abs. 3 Satz 3 i. Verb. m. § 57 Abs. 4 a. a. D. als Veränderung des zurücktretenden Rechts gilt, und zugleich eine andere Veränderung des mit der Löschungs Vormerkung belasteten Rechts (z. B. eine Verpfändung) gelöscht, so wird nur eine Löschungsgebühr nach dem zusammengerechneten Werte der Veränderungen (§ 57 Abs. 3 Satz 1 PrGRG.), höchstens aber nach dem Werte des Rechts (§ 63 Abs. 2 a. F.) erhoben (Bartischer, D. W. PrGRG., 7. Aufl., § 61 Anm. 2 e). Dasselbe muß aber auch dann gelten, wenn gleichzeitig mit der Löschung der kostenrechtlich als Vorrangseinräumung geltenden Löschungs Vormerkung das von ihr betroffene Recht selbst gelöscht wird. Auch in diesem Fall kann die Löschungsgebühr immer nur nach dem Wert des gelöschten Rechts berechnet werden, ohne daß daneben noch die Löschung der dieses Recht betreffenden Vorrangseinräumung bei der Bewertung in Erscheinung tritt. Kommt, wie in einem Fall hier, für die Löschung der von der Löschungs Vormerkung betroffenen Hypothek eine Gebühr gem. § 61 Abs. 2 PrGRG. überhaupt nicht in Ansatz, so entfällt damit auch zugleich die Gebühr für die Löschung der Löschungs Vormerkung. Die vom LG. angezogene Entsch. des Sen. v. 10. Okt. 1930, 1a X 1005/30 (abgedr. im Büroblatt 1931, 64) lag insofern anders, als dort nur die zugunsten des Gläubigers einer nachstehenden Hypothek bei drei Vorhypotheken eingetragenen Löschungs Vormerkungen gelöscht worden waren, während im übrigen sowohl die begünstigte wie die betroffenen Hypotheken bestehen blieben. Auch der Beschluß des Sen. v. 27. April 1934, 1a X 500/34, steht der dargelegten Auffassung nicht entgegen, weil dort nur der Fall behandelt ist, daß nach Löschung der durch eine Löschungs Vormerkung verstärkten Hypothek auch die Löschungs Vormerkung gelöscht wurde,

während hier zugleich mit der Löschungs Vormerkung die von ihr betroffenen Vorhypotheken zur Löschung gebracht worden sind.

Die vom LG. behandelte Frage, ob die Löschungs Vormerkungen nach Löschung der betroffenen Hypotheken von Amts wegen hätten gerötet werden müssen, ist für die Kostenfrage auch unter dem Gesichtspunkt des § 10 PrGRG. unerheblich. Zwar könnte es zweifelhaft sein, ob nicht die Eintragung der Löschungs Vormerkungen durch die endgültige Löschung der betroffenen Hypotheken ihre Bedeutung verloren hat, also der Fall des § 14 Abs. 3 W. z. Ausf. der G. v. 20. Nov. 1899 gegeben ist. Selbst wenn aber hiernach eine amtswegige Rötung geboten gewesen wäre, erzeigte diese doch nicht die Löschung (RGZ. 52, 228; Zfchr. 31, 24; ZfG. ErgBd. 12, 231) und bot daher dem Gericht keine Veranlassung, den Antragsteller vor Eintragung der beantragten Löschung über die Möglichkeit einer gebührenfreien Rötung zu belehren (vgl. RG., 1a X 354/30; 1a X 694/32).

Nach der noch nicht in Kraft getretenen V. über die Änderung des Verfahrens in Grundbuchsachen v. 5. Aug. 1935 (RGBl. I, 1065 ff.) sind übrigens, worauf der Beschw. mit Recht hinweist, derartige gegenstandslose Eintragungen von Amts wegen (Art. 1 Nr. 23 § 81 c) und in der Regel gebührenfrei (Art. 6 Nr. 1) zu löschen.

(RG., ZivSen. 1a, Beschl. v. 8. Nov. 1935, 1a Wx 1638/35.)

[5.]

\*

48. § 90 Abs. 1 PrGRG. Besteht das Mündelvermögen in einem Nacherbenrecht, so ist die Gebühr für die Führung der Vormundschaft auch im Falle befreiter Vorerbschaft nach dem Nettowerte des Nachlasses im Zeitpunkt der Beendigung der Vormundschaft zu berechnen.

Gem. § 90 Abs. 1 PrGRG. sind bei Vormundschaften von dem Vermögen des Mündels, auf das sich die Vormundschaft erstreckt, die dort bestimmten Gebühren zu erheben. Bei der Berechnung des Betrags des Vermögens werden nach dem Abs. 3 des § 90 die Schulden in Abzug gebracht. Der Urundsbeamte hat zu Recht das Vermögen, auf das sich die Pflegschaften bezogen haben, außer Betracht gelassen, da sich die Vormundschaft hierauf nicht erstreckt hat. Bei der Bemessung des Gegenstandswertes ist also nur das Vermögen berücksichtigt worden, an welchem den Kindern ein Nacherbenrecht zusteht. Der Senat hat in ständiger Rspr. angenommen, daß als Vermögen i. S. des § 90 Abs. 1 auch das Vermögen zu verstehen sei, an welchem dem Mündel zur Zeit der Beendigung der Vormundschaft ein Nacherbenrecht zusteht (RGZ. 37, B 52; 39, B 54; 51, B 384 und DLG. 10, 292; ferner Bartischer-Wenz, PrGRG., Anm. 2 zu § 90 und Mügel-Ehm, PrGRG., Anm. 8 zu § 92 a. F.). Dem Nacherben wird schon mit dem Erbfall eine Anwartschaft auf den Nachlaß rechtlich gesichert, die ein Vermögen darstellt und regelmäßig veräußerlich und vererblich ist (RGKRomm. z. BGB., Vorb. vor § 2100). Der Anspruch des Nacherben bildet mithin nicht etwa eine bloße Hoffnung auf künftigen Vermögenserwerb.

Der Senat hat bereits in der in RGZ. 51, B 384 abgedruckten Entsch. den Standpunkt vertreten, daß der Wert des Vermögens, an welchem dem Kind ein Nacherbenrecht zusteht, auch dann gleich dem Werte des zur Vorerbschaft gehörenden Nachlasses zur Zeit der Beendigung der Vormundschaft sei, wenn der Vorerbe gem. § 2136 BGB. von den dort angegebenen Beschränkungen und Verpflichtungen befreit ist. In diesem Beschluß wird darauf hingewiesen, daß § 82 Nr. 1 PrGRG., der der jetzigen Vorschrift des § 90 Abs. 1 entspricht, ausdrücklich vorgeschrieben sei, die Erhebung der Gebühr habe von dem Vermögen zu erfolgen, auf welches sich die Vormundschaft erstreckte. Die dem Vermögen des Mündels zugewendete staatliche Fürsorge, die den Gebührenanlaß rechtfertigt, erstreckte sich aber gerade auf den das Vermögen bildenden Nachlaß, wie er sich in der Hand des Vorerben gestaltet. Daher sei es gerechtfertigt, die Gebühr nach dem Wert des Nachlasses zu berechnen. Es werde zwar fast jeder größere Nachlaß bis zum Eintritt der Nacherbfolge der Gefahr einer mehr oder minder erheblichen Wertverminderung



ausgesetzt sein, zumal wenn es sich um Werte handele, die von den Schwankungen der allgemeinen wirtschaftlichen Verhältnisse besonders beeinflusst würden. Dem sei aber dadurch ausreichend Rechnung getragen, daß der Wert des Nachlasses bei Fälligkeit der Gebühr, also bei Beendigung der Vormundschaft, und nicht beim Tode des Erblässers maßgebend sei. An diesen Grundsätzen hält der Senat auch bei erneuter Prüfung fest.

(RG., ZivSen. 1a, Beschl. v. 8. Nov. 1935, 1a Wx 1351/35.) [S.]

### Kassel

49. § 50 SchRG.; § 22 FGG. Im Entschuldungsverfahren findet gegen die Entscheidung der Beschwerdekammer über die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Beschwerdefrist eine weitere Beschwerde nicht statt.

Gem. § 50 Abs. 4 SchRG. v. 1. Juni 1933 (RGBl. I, 331) findet eine weitere Beschw. nicht statt. Das muß auch gelten, wenn die anzufechtende Entsch. zugleich die Ablehnung eines Antrages auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand enthält. Auf die sofortige Beschw. im Entschuldungsverfahren finden nach § 50 Abs. 2 SchRG. die Vorschr. des FGG. Anwendung. Nach § 22 Abs. 2 dieses Gesetzes findet gegen eine Entsch. über den Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand die sofortige weitere Beschw. statt. Diese Fassung kann zwar den Anschein erwecken, als ob in allen Fällen gegen eine derartige Entsch. die sofortige weitere Beschw. gegeben sein soll; in Wirklichkeit ist dies aber nicht der Sinn der Vorschr., vielmehr will sie etwas ganz anderes besagen. Entscheidet nämlich das BeschwG. über einen Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Beschwerdefrist, so ist dies die erste Entsch., die von einem Gericht in diesem Punkte ergeht. Ein Rechtsmittel, das gegen diese Entsch. eingelegt wird, würde sich — ohne eine andere Regelung — als eine erste Beschw. darstellen. Wenn in § 22 Abs. 2 FGG. vorgeschrieben ist, daß gegen eine derartige Entsch. die sofortige weitere Beschw. stattfinden soll, so will das besagen, daß, obwohl an sich eine erste Beschw. vorliegt, für die Anfechtung die Vorschr. der sofortigen weiteren Beschw. Platz greifen sollen (Schlegelberger, § 22 Anm. 12). Die Vorschr. stellt sich demnach nicht als eine Begünstigung, sondern als eine Erschwerung der Anfechtung dar, indem die weitergehende Anforderungen stellenden Vorschr. der sofortigen weiteren Beschw. (vgl. 27 ff. FGG.) für maßgebend erklärt worden. Das bedeutet, daß im Rahmen des § 22 Abs. 2 FGG. gegen die Entsch. über den Wiedereinsetzungsantrag ein Rechtsmittel nur eingelegt werden kann, wenn an sich die sofortige weitere Beschw. zulässig ist. Da dies im Entschuldungsverfahren aber nicht der Fall ist, so ist der Beschluß des BG. über die von der BeschwF. begehrte Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht anfechtbar.

(RG. Kassel, 1. ZivSen., Beschl. v. 21. Nov. 1935, 1 W 89/35.)

### Raumburg

50. § 3 ZPO.; § 2039 BGB. Der Streitwert der Klage eines Miterben auf Leistung an die Erbengemeinschaft ist nicht nach dem Anteil des Miterben, sondern nach dem vollen eingeklagten Betrag zu bemessen. †)

Der Sen. schließt sich der vielfach vertretenen Ansicht nicht an, daß bei Klagen eines Miterben auf Leistung an die Erbengemeinschaft der Streitwert nur nach dem Anteil des klagenden Miterben zu bemessen sei (so RGZ. 93, 127 ff. = ZB. 1918, 559 u. a.; RG. bei Gaedecke, „Die Rspr. des RG. im Kostenrecht“ 1934 Nr. 299; Baumbach, 10. Aufl.; Sydow = Busch, 21. Aufl., sämtlich zu § 3 ZPO.; Staundinger, 9. Aufl.; Warneyer, 2. Aufl. zu § 2039 BGB.). Vielmehr hält er den Standpunkt der zahlreichen gegenteiligen Entsch. für richtig (u. a. ZB. 1934, 180, 1671, 2274), wonach der volle eingeklagte Betrag den Streitwert bildet, weil er den Gegenstand des Rechtsstreits bildet, auf den die Ver-

urteilung und die Zwangsvollstreckung gerichtet sind. Wenn grundsätzlich der Streitwert nach freiem Ermessen festzusetzen ist, so erleidet dieser Grundsatz doch eine Reihe von Ausnahmen (s. § 6 ZPO.). Insbes. kann überall da kein Raum für eine Wertfestsetzung nach freiem Ermessen sein, wo der zur Entsch. gestellte Anspruch selbst einen bestimmten Wert verkörpert. So ist bei Klagen wegen Geldforderungen der verlangte Geldbetrag und bei einem Streit um den Besitz von Sachen der Wert der Sachen maßgebend. Das kann bei einer auf Einziehung einer Nachlassforderung gerichteten Klage eines Miterben nach § 2039 BGB. nicht anders sein (siehe auch HöchstRHspr. 1935 Nr. 1329; RGRKomm. zu § 2039, 8. Aufl., S. 143 und die Aufsätze von Pein und Weber: ZB. 1935, 1528 ff. und dortige Literatur).

Mit Recht weisen namentlich die zuletzt erwähnten Aufsätze darauf hin, daß die gegenteilige Meinung dem Wesen der deutsch-rechtlichen Gemeinschaft zur gesamten Hand widerspricht, wonach alle Rechte den Teilhabern grundsätzlich ungeteilt und unteilbar zustehen. Auch der einzelne Gesamthänder handelt immer nur als Vertreter der eine Einheit bildenden Gesamthandsgemeinschaft. Wenn deshalb § 2039 BGB. dem einzelnen Miterben das Recht gibt, den ganzen der Erbengemeinschaft zustehenden Anspruch geltend zu machen, dann kann dieser Anspruch auch nur einheitlich nach dem vollen Betrage bewertet werden. Man mag mit dem RG. die dem Miterben eingeräumte Befugnis „ein von dem gleichen Rechte der übrigen Miterben unabhängiges Sonderrecht“ nennen. Das kann aber nicht zu einem anderen Ergebnis führen, weil es sich bei dieser Befugnis nicht um ein materielles Sonderrecht, sondern nur um ein lediglich formelles Prozeßführungsrecht handelt, daß dem einzelnen Miterben aus Zweckmäßigkeitsgründen eingeräumt worden ist. Die Gegenmeinung kann sich auch nicht darauf berufen, daß das vom einzelnen Miterben erwirkte Urteil keine Rechtskraft für und gegen die anderen Miterben schafft. Denn das ändert nichts daran, daß der Miterbe den Gesamtanspruch aller Erben geltend macht. Daß das Urteil nicht für und gegen den Inhaber des eingekl. Rechtes wirkt, findet sich auch sonst (z. B. § 1380 Satz 2 BGB.). Im übrigen erstreckt sich die Rechtskraft des nach § 2039 BGB. erwirkten Urteils auch nicht nur auf einem dem Anteil des einzelnen Miterben am ganzen Nachlaß entsprechenden Teilbetrag der gesamten Forderung. Vielmehr erwächst das Urteil zwischen den Prozeßparteien in vollem Umfange in Rechtskraft, und für und gegen die anderen Miterben wirkt es überhaupt nicht, auch nicht hinsichtlich des einem Miterben zukommenden Teilbetrages. Die Größe des Anteils eines Miterben ist in jedem Falle ohne Einfluß. Setzt man den Fall, daß ein Miterbe mit der Klage aus § 2039 BGB. abgewiesen worden ist und daß ein anderer Miterbe mit derselben Klage aber Erfolg gehabt hat, dann würde der erste den Anspruch auf einen entsprechenden Anteil nicht verlieren. Das zeigt, daß § 2039 BGB. dem einzelnen Miterben nur eine Prozeßbefugnis gewährt. Diese kann aber nicht für die Wertbemessung nach dem Anteile des Kl. die Grundlage bilden.

Es erscheint auch nicht gerechtfertigt, das Interesse des klagenden Miterben mit seinem Anteil am Ganzen gleichzusetzen und dementsprechend den Streitwert festzusetzen. Der Wert des Streitgegenstandes und das Interesse des Kl. müssen sich nicht notwendig decken. Auch in den Fällen der Klage des Eheannes nach § 1380 BGB., des Gesamthandgläubigers nach § 432 BGB., der Klage dessen, der im Falle der sog. Legitimationsübertragung klagt, und auch in den Fällen der auf §§ 1077, 1281, 335 BGB. gestützten Klage ist allein die Höhe des geltend gemachten Anspruchs für den Wert des Streitgegenstandes entscheidend, die sich durchaus nicht immer mit dem Interesse des Kl. deckt. Ebenso bleibt die Höhe der eingekl. Forderung maßgebend, auch wenn sie durch eine im Prozeß erklärte Aufrechnung getilgt sein sollte. Richtig ist aber auch folgende in dem bereits erwähnten Aufsatz von Weber angestellte Überlegung (vgl. ZB. 1935, 1528 ff.): „Bei einer Klage auf Leistung an Dritte bildet die geforderte Summe den Streitgegenstand. Ebenso ist es bei einer Klage



auf Zahlung an den K. selbst. Die Klage des Miterben geht auf Leistung an alle Erben, d. i. auf Leistung an den K. selbst, als auch an die übrigen Erben. Wenn schon bei einer Klage auf Zahlung lediglich an Dritte der Streitwert sich nach der geforderten Summe richtet, so muß dies per argumentum a maiore ad minus erst recht der Fall sein, wenn die Klage auf Zahlung nicht nur an Dritte, sondern auch an den K. gerichtet ist."

Zudem muß auch gesagt werden, daß das wirtschaftliche Interesse des K. nicht auf den auf ihn entfallenden Anteil beschränkt ist. Denn der Miterbe hat ein Interesse am Eingang der ganzen Summe, da er nur dann den auf ihn entfallenden Anteil voll erhält.

Auch Billigkeitsgründe sprechen dafür, den Streitwert nach dem vollen Betrage, der geltend gemacht worden ist, festzusetzen. Praktisch kommt das von einem Miterben erstrittene Urteil allen Erben zugute. Dann kann es aber nicht in ihr Belieben gestellt werden, diesen Erfolg mit unverhältnismäßig geringen Kosten herbeizuführen, indem sie einen nur zu einem geringen Teile berechtigten Miterben klagen lassen. Andererseits ist es unbillig, den Parteien die dem wirtschaftlichen Werte der begehrten Leistung entsprechenden Rechtsmittel zu verjagen, zumal dem Bekl. auch der Weg der Widerklage gegen die übrigen Miterben verjagt ist (vgl. ZW. 1917, 721<sup>20</sup>). Der Bekl. müßte eine selbständige Feststellungsklage gegen diese erheben, wenn sich wegen der Unmöglichkeit der Einlegung des Rechtsmittels die Notwendigkeit dazu für ihn ergibt. Das erscheint aber mindestens unzweckmäßig, ganz abgesehen von der hier nicht zu erörternden Frage, welche Wirkung das Feststellungsurteil hinsichtlich des vom einzelnen Miterben gegen ihn erwirkten rechtskräftigen Urteils haben würde.

Nach alledem kann bei der Klage des Miterben nach § 2039 BGB. für die Streitwertberechnung nur der volle eingekl. Betrag maßgebend sein.

Mit Recht weist das OLG. Kassel (HöchstRspr. 1935, Nr. 1329) darauf hin, daß auch das Gebot der Einheit der Rspr. zu keinem anderen Ergebnis führen kann, nachdem schon zu viele Entsch. im hier niedergelegten Sinne ergangen sind (vgl. die oben in der Anm. zu S. 648<sup>11</sup> angegebene Rspr.).

(OLG. Naumburg, 7. ZivSen., Beschl. v. 4. Dez. 1935, 7 W 202/35.)

Anmerkung: Vgl. auch RG. IV 139/35 oben S. 648<sup>11</sup>.

## Landgerichte: Zivilsachen

### Berlin

51. §§ 59, 84 SGB. Zum Begriff des Handlungsagenten (Unternehmerisiko?). Der Versicherungsagent ist in der Regel nicht Handlungsagent im Rechtssinne, sondern Handlungsgehilfe einer Versicherungsgesellschaft (Titularagent). †

Der Versicherungsagent K. betreibt in B. eine Geschäftsstelle der A.-Versicherungs-AG. Die Industrie- und Handelskammer hat beim Registergericht den Antrag gestellt, K. zur Eintragung seiner Firma anzuhalten. Das Registergericht ist diesem Antrage zunächst nachgekommen, hat aber dann auf den Einspruch des K. im Beschl. v. 24. Juli 1935 den Antrag der Industrie- und Handelskammer abgelehnt. Die hiergegen von dieser eingelegte Beschw. ist nach § 126 SGB. zulässig. Sie ist jedoch ohne Erfolg.

Das Registergericht hat mit zutreffender Begründung angenommen, daß K. im vorl. Falle nicht als selbständiger Kaufmann, nämlich als Handlungsagent, anzusehen ist, sondern daß seine Stellung lediglich der eines Handlungsgehilfen mit Provisionsentgelt entspricht. Für seine kaufmännische Unselbständigkeit spricht einmal, daß K. nach dem Ausdruck der Briefbogen, die er ebenso wie alle anderen zu verwendenden Drucksachen von der Gesellschaft geliefert erhält, eine „Geschäftsstelle“ der Versicherungsgesellschaft bildet. Diese Geschäftsstelle befindet sich im gleichen Hause wie die Filialdirektion B. der Gesell-

schaft. Die Räume sind dem K. mietefrei überlassen. Büromöbel, Büro- und Drucksachenmaterial werden von der Gesellschaft zur Verfügung gestellt. Aus dieser engen Verbindung mit der Filialdirektion der Gesellschaft folgert das Registergericht mit Recht, daß K. der laufenden Kontrolle der Gesellschaft untersteht, die mit der Selbständigkeit eines Kaufmanns unvereinbar ist.

Dazu kommt die Bindung des Versicherungsagenten an die Weisungen der Gesellschaft sowohl hinsichtlich der inneren Organisation seiner Geschäftsstelle wie hinsichtlich des Verkehrs mit den Versicherungsnehmern durch Verwendung bestimmter, vorgeschriebener Drucksachen. Das Entscheidende aber für die Beurteilung der Frage, ob der Versicherungsagent selbständiger Kaufmann oder nur unselbständiger Angestellter ist, ist, daß er nicht ein eigenes Unternehmen führt, dessen Risiko er allein trägt. K. hat von der Gesellschaft einen bestimmten Versicherungsbestand zugeteilt erhalten, den er zu verwalten, erhalten und erweitern hat. Gewiß vermittelt er den Abschluß von neuen Versicherungen für seine Gesellschaft. Im Gegensatz zum selbständigen Handlungsagenten steht aber die Person des Versicherungsagenten vollständig im Hintergrund.

Der Handlungsagent hat eigene Kunden, die er aufsucht und die er zum Abschlusse von Verträgen mit der jeweils von ihm als Agent vertretenen Firma veranlaßt. Dieser Kundenkreis verbleibt dem Agenten auch über die Dauer des Agenturvertrages hinaus. Er bildet den Grundstock seines Geschäftsunternehmens. Auf diesen Kundenkreis gestützt kann er Agenturverträge mit neuen Firmen oder, soweit nicht vertragliche Bindungen (Konkurrenzkláuseln) entgegenstehen, auch mit mehreren Firmen abschließen. Dieser Kundenkreis und die damit etwa zusammenhängende Organisation von Untervertretern gibt ihm eine eigene wirtschaftliche Selbständigkeit, die ihn in die Lage versetzt, den Geschäftsherren als selbständiger Kaufmann entgegenzutreten, der nicht nur, wie der Angestellte, seine Erfahrungen, seine Arbeitskraft und Initiative einbringt, sondern ein bereits ausgebautes Unternehmen. Der Handlungsagent betrachtet die von ihm gebrachten Kunden als seine Kunden. Deshalb legt er zuweilen besonderen Wert darauf, mit dem Geschäftsherrn Vereinbarungen über Kundenschutz für den Fall seines Ausscheidens zu treffen. In diesem Sinne hat der Handlungsagent ein eigenes gewerbliches Unternehmen, dessen Risiko er allein trägt.

Anders der Versicherungsagent. Er übernimmt mit der Agentur bzw. Geschäftsstelle in der Regel einen Bezirk mit bestehender Organisation, die er weiter verwaltet und ausbaut. Die von ihm neu erworbenen Versicherungsnehmer schließen meist langfristige Verträge ab. Sie haben in der Regel keinen sich erneuernden Bedarf an Versicherungen. Endet das Agenturverhältnis, dann laufen die Versicherungen weiter. Die von dem Agenten bisher erworbenen Versicherungsnehmer verbleiben der Gesellschaft. Im Falle des Vertragsablaufes wird sein Nachfolger namens der Gesellschaft an die Versicherungsnehmer herantreten und auf Abschluß eines neuen Vertrages drängen. Das wird in der Regel gelingen, sofern der Bedarf nach Fortsetzung der Versicherung vorhanden ist. Mit anderen Worten: Auch nach dem Ausscheiden des Agenten verbleibt alles, was der Agent aufgebaut hat, der Gesellschaft. Er hat mithin lediglich für die Gesellschaft gearbeitet, nicht für sich selbst. Er besitzt kein eigenes Geschäftsunternehmen, für das er tätig wird. Daran ändert nichts, daß der Versicherungsagent, wie die Beschw. meint, in freier, auf eigenem Willensentschluß beruhender Tätigkeit wirken muß. Das wird von jedem leitenden Angestellten verlangt. Deshalb kann es auch für die hier zur Entsch. stehende Frage nicht darauf ankommen, ob der Versicherungsagent die erforderliche Initiative besitzt und seine Tätigkeit mit Erfolg ausübt.

(LG. Berlin, 8. R. f. S., Beschl. vom 28. Jan. 1936, 408 T 15160/35.)

Anmerkung: Bemerkenswert an vorstehendem Beschluß ist der Ausgangspunkt: „Das Entscheidende aber für die Beurteilung der Frage, ob der Versicherungsagent selbständiger Kaufmann oder nur unselbständiger Angestellter ist, ist, daß



er nicht ein eigenes Unternehmen führt, dessen Risiko er allein trägt." Damit erkennt das LG. an, daß überhaupt nur der „ein Handelsgewerbe betreibt“ i. S. des § 1 Abs. 1 HGB., der das Unternehmerrisiko trägt, d. h. die Rechte und Pflichten aus dem Geschäft hat, sowohl den erzielten Gewinn als auch den Verlust übernimmt und folglich wirtschaftlich selbständig ist. Damit schließt das LG. sich der ständigen Rspr. des RArbG. an (vgl. RArbG. 12, 253; auch Joh. 26, A 214). Es lehnt mithin die dem Liberalismus angehörende ältere Rechtsansicht des RG. (z. B. RGZ. 99, 159 = JW. 1920, 833) ab, daß schon der ein „Kaufmann“ sei, der nach außen hin ein Handelsgewerbe persönlich ausübt, gleichviel, ob für eigene oder fremde Rechnung, und gleichviel, ob für ihn intern Gehorsamspflicht gegenüber einem Prinzipal besteht oder nicht. Den gleichen Standpunkt wie das LG. hat der Unterzeichnete bereits in JW. 1935, 252 und 3261 ff. eingenommen.

Was das LG. in Anwendung dieses Grundgesetzes näher darlegt, ist grundlegend und geeignet, die rechtlichen Beziehungen zwischen Agent und Geschäftsherr im allgemeinen und zwischen Versicherungsagent und Versicherungsgesellschaft im besonderen zu klären. Der Entsch. ist reslos zuzustimmen. Die Feststellungen im Einzelfall sind in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht meist sehr schwierig. Schuld daran trägt nicht nur die Flüssigkeit der Grenzen zwischen „Agent“ und „Handlungsgehilfe“, sondern vor allem die verklausulierte Fassung der Anstellungsverträge der Versicherungsgesellschaften, zu denen noch zahlreiche Ergänzungsverträge und insbes. „Richtlinien“ treten, die die Handelsfreiheit des Versicherungsagenten einseitig einengen. Überwiegend hat daher Rspr. und Schrifttum im Einzelfall festgestellt, daß beim Versicherungsagenten (Generalagenten) die Selbständigkeit so eingeschränkt ist, daß er nicht „Beauftragter“, sondern nur Verwaltungsbeamter der Versicherungsgesellschaft ist, um als Vertrauensperson und Berichterstatter zwischen ihr und den Versicherungsunternehmern tätig zu werden (vgl. z. B. RGZ. 27, 152; DLZ. 20, 9; Graßhoff: JW. 1934, 2668; Dersch-Volkmar, ArbGG., 5. Aufl., S. 130, Note 3 cc zu § 5; Albrecht-Tentler, Das Recht der Agenten, S. 10). Ist er aber nur Verwaltungsbeamter einer Gesellschaft, dann ist er im Rechtsinne nur ihr Handlungsgehilfe.

AGR. Großhuff, Berlin.

## Amtsgerichte

### Werb

52. § 23 Ziff. 18 RAGebD. Für das Vollstreckungsschutzverfahren erwächst dem Anwalt neben der Zwangsvollstreckungsgebühr keine besondere Gebühr f)

Die Gläubigerin hat beantragt, ihr die Kosten für eine Vertretung durch einen Anwalt im Vollstreckungsschutzverfahren festzusetzen. Der RArbG. hat diesen Antrag mit der Begründung abgelehnt, daß diese Gebühren durch § 23 Ziff. 18 RAGebD. abgegolten seien. Die Erinnerung hiergegen ist unbegründet.

§ 23 Ziff. 18 RAGebD. bewilligt dem RA. eine Gebühr für die Zwangsvollstreckung. Unter Zwangsvollstreckung ist aber das Verfahren bis zur vollständigen Befriedigung oder bis zur anderweitigen Beendigung des Verfahrens zu verstehen. Von der Pfändung bis zur Beendigung der Zwangsvollstreckung bildet das Verfahren aber gem. § 31 RAGebD. nur eine Instanz, für die also nur eine Gebühr fällig wird. Auf die Dauer des Verfahrens und auf die dabei von dem RA. aufgewendete Arbeit kommt es nicht an.

Das Vollstreckungsschutzverfahren bezweckt in erster Linie den Schutz des Schuldners. Ihm soll mit Rücksicht auf etwaige schwierige Wirtschaftsverhältnisse eine leichtere Befreiung von seiner Verbindlichkeit ermöglicht werden. Der Ansicht, daß dieses Verfahren ein regelrechtes Gegenverfahren gegen eine an sich zulässige Zwangsvollstreckung sei, im übrigen auch schwerwiegende praktische Erwägungen für eine besondere Festsetzung der Anwaltsgebühren

sprächen (JW. 1934, 2504 und 1935, 1050 f.), kann das Gericht nicht folgen.

Von einem „Gegenverfahren“ kann beim Vollstreckungsschutzverfahren von vornherein nicht die Rede sein, da die Entscheidung des Gerichts unter Berücksichtigung aller Umstände, also auch unter Berücksichtigung der Verhältnisse des Gläubigers ergeht. Ergeben sich besonders entgegenstehende Interessen des Gläubigers, kommt das Schutzverfahren ohnehin nicht zur Anwendung. Von einem Gegenverfahren könne höchstens dann gesprochen werden, wenn auf Antrag des Schuldners eine bereits vorgenommene Pfändung durch Gerichtsbeschluß wieder aufgehoben wird. In den anderen, weitaus meisten Fällen der Bewilligung von Ratenzahlungen handelt es sich dagegen nur um eine hinauszögernde endgültige Befriedigung des Gläubigers.

Schwerwiegende praktische Erwägungen, die für eine besondere Festsetzung sprechen, sind nicht ersichtlich. Auch im gewöhnlich durchgeführten Zwangsvollstreckungsverfahren wird sich für den Vertreter des Gläubigers oftmals ein ebenso bedeutender Aufwand an Zeit und Mühe ergeben, wie in einer mit dem Schutzverfahren durchgeführten Vollstreckung. Dennoch sieht die RAGebD. hierfür eine besondere Gebühr nicht vor.

Der Auffassung der Gläubigerin, es sei bedenklich, den Gesetzgeber zu korrigieren, der es unterlassen habe, für die Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen die Erstattungsfähigkeit auszuschließen, ist gegenüberzuhalten, daß es ebenso bedenklich ist, die Erstattungsfähigkeit, die tatsächlich nicht im Gesetz ausgesprochen ist, in das Gesetz hineinzuinterpretieren. Zwingende Gründe sprechen dafür nicht. Es ist vielmehr durchaus möglich, daß die heutige bewußt volksverbundene Gesetzgebung die Regelung dieser Frage einer volksnahen Rspr. überlassen, oder aber im Wege der heute üblichen schrittweisen gesetzlichen Normierung sich vorher an dem Standpunkt der Rspr. orientieren wollte.

Die Geschlossenheit derjenigen Tatsachen und Rechtsvorgänge, nach denen der RA. gemäß der RAGebD. seine Gebühren berechnet, ist aber nicht anders zu behandeln, als der Ausschließungsparagraf 1 DORG., nach dem Gebühren auch nur dann erhoben werden können, wenn sie im Gesetz vorgesehen sind.

Die Festsetzung von Gebühren im Vollstreckungsschutzverfahren würde aber in dem Falle, wo sie den Schuldner trafe, dem Sinn des Verfahrens widersprechen, das ja nur bei tatsächlich vorliegender Notlage des Schuldners, die in der wirtschaftlichen Gesamtentwicklung begründet liegt, oder in die er sonst unverschuldet geriet, zur Anwendung kommt; wo sie aber den Gläubiger trafe, würde dieser einer Belastung unterworfen, die ihn neben der Aufhebung der Zwangsvollstreckung oder der Hinauszögerung endgültiger Befriedigung zusätzlich trafe.

Aus dieser Erwägung heraus erscheint es durchaus gerechtfertigt, daß für das Vollstreckungsschutzverfahren, mindestens soweit es sich auf bewegliche Gegenstände bezieht — und hier ist die Notlage in der Regel besonders groß — weder Gerichtsgebühren noch auch besondere Gebühren der Parteivertreter gesetzlich vorgesehen sind.

(AG. Werl, Beschl. v. 14. Jan. 1936, 4 M 198/35.)

Anmerkung: Der Beschluß gehört zu denen, die man — ganz abgesehen von dem höchst unerfreulichen Ergebnis — nur mit Kopfschütteln lesen kann.

Er erhebt zwar für sich den Anspruch auf „volksnahe“ Rspr., dürfte aber von diesem Ideal doch recht weit entfernt sein. Er will darüber hinaus sogar dem Gesetzgeber als „Orientierung“ dienen: ein gewiß sehr verdienstvolles Ziel, aber doch wohl nur dann zu erreichen, wenn der, der die Richtung weisen will, sich vorher selbst über die einschlägigen tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse — wozu vor allem auch die Kenntnis und Auseinandersetzung über grundsätzliche einschlägige Entsch. solcher Stellen gehört, die speziell mit der Bearbeitung dieser Fragen betraut sind — die notwendige Kenntnis und Klarheit verschafft hat.



Schon in tatsächlicher Hinsicht wird indes der Beschluß den nach seinem eigenen Willen an ihn zu stellenden Anforderungen nicht gerecht. Man kann nicht mit einem Federstrich das Vorhandensein schwerwiegender praktischer Gründe für eine bestimmte Regelung verneinen, während die unmittelbar betroffenen Kreise immer wieder auf die Unbilligkeit einer Regelung hinweisen, die ihnen zwar weit über den von der GebD. vorgesehenen Rahmen hinaus erhebliche Mehrarbeit auferlegt, gleichzeitig aber zumutet, diese unentgeltlich zu leisten. Denn das und nichts anderes bedeutet die Ablehnung einer besonderen Gebühr für die Tätigkeit des Anwalts im Vollstreckungsschutzverfahren neben der, richtiger den Vollstreckungsgebühren des § 23 Ziff. 18 RVGebD.

Deshalb paßt die vom O. Berl. gezogene Parallele zwischen dieser Mehrtätigkeit und besonders schwierigen Vollstreckungsfällen schon tatsächlich nicht und gibt ein völlig schiefes Bild: gewiß kann im Einzelfalle sich durch besondere Gestaltung die Vollstreckungsgebühr als unzureichend erweisen. Das ist aber bei jeder Gebührenkategorie so und wird nach dem System der Kostengesetze und der GebD. insbesondere durch andere, besonders einfach liegende Fälle ausgeglichen, so daß im Durchschnitt die gesetzlich vorgesehene Entlohnung ausreichend und angemessen erscheint. Gerade dieser Gesichtspunkt scheidet aber für die Verbindung des Vollstreckungsverfahrens mit dem Vollstreckungsschutzverfahren vollständig aus. Denn letzteres schafft stets ein besonderes zusätzliches Verfahren und damit in jedem Falle eine zusätzliche Tätigkeit — nicht zu vergessen das Mehr an Verantwortung —, welche die bisher nur für das Vollstreckungsverfahren vorgesehene Gebühr nicht einkalkuliert hat und für welche es insolgedessen niemals einen Ausgleich gibt. Jedenfalls ist ein solcher auch durch entsprechende vernünftige Handhabung der bestehenden Gebührenvorschriften nicht möglich, wenn man — wie das O. Berl. — vor dieser tatsächlichen Gestaltung die Augen verschließt und einen Anlaß zur Zubilligung einer besonderen Gebühr einfach deshalb verneint, weil das Gesetz eine solche hierfür nicht vorsehe.

Der Beschl. läßt nicht ersehen, ob dem O. die Entsch. des KostSen. des RG. v. 22. Juni 1935: JW. 1935, 2069<sup>44</sup> bekannt gewesen ist. Sie ist weder zitiert noch auch setzt sich das O. mit ihren Gedankengängen auseinander, die dahin gehen, einmal, daß der innere Zusammenhang der vom Gläubiger begonnenen gefehlmäßigen Vollstreckungsmaßnahmen mit den vom Schuldner in besonderem Verfahren dagegen für sich in Anspruch genommenen Vergünstigungen und damit die ratio des § 31 RVGebD. hier fehlt, ferner, daß man neu geschaffene Verfahren nicht ohne weiteres und ohne gute Gründe durch für andere Tätigkeiten bereits vorgesehene und verbrauchte Gebühren abgelten kann, schließlich und vor allem aber nach Anwendung des Grundsatzes des nationalsozialistischen Staates, jeder Arbeit den angemessenen Lohn zu gewähren, mit dem die gegenteilige Handhabung nicht vereinbar ist.

Wenn das O. Berl. volknahe Rspr. betreiben wollte, hätte es mindestens mit diesem letzteren Grundsatz, dessen Anwendung hier sich fast von selbst schon aufdrängt, im übrigen aber auch mit der doch immerhin nicht ganz bedeutungslosen grundsätzlichen Entsch. des RG. sich auseinanderzusetzen müssen, auf die der Anwalt des Gläubigers sich ausdrücklich berufen hatte. Dabei mag erwähnt werden, daß die Praxis anderer Gerichte sich ihr bereits angeschlossen hat. So O. Dresden v. 12. Dez. 1935, 30. Jan. 1936, 59 M 1862/35, dazu auch O. Berlin v. 1. Nov. 1935: JW. 1935, 3498.

Das O. Berl. zieht statt dessen eine weitere rechtlich völlig unzutreffende Parallele zwischen dem O. und der RVGebD. Beide gehen nämlich nicht von denselben Prinzipien, sondern von vollkommen entgegengesetzten Grundsätzen für die Aufstellung von gebührenpflichtigen Tatbeständen aus: während für eine Besteuerung des Beteiligten mit öffentlich-rechtlichen Lasten, wie sie die Gerichtskosten darstellen, naturgemäß nur dann Raum ist, wenn besondere Gebührentatbestände dafür aufgestellt sind (§ 1 DRG.),

geht die RVGebD. für den privatrechtlichen Vergütungsanspruch des RA. davon aus, daß im Zweifel jede Tätigkeit des Anwalts angemessen zu honorieren ist, auch wenn eine besondere Gebühr nicht vorgesehen ist. Aus diesem Grunde werden die ausdrücklich vorgesehenen Gebühren durch § 89 RVGebD. ergänzt, der besagt: Ist für das dem RA. übertragene Geschäft der Betrag der Gebühr in diesem Gesetze nicht bestimmt, so erhält er eine unter entsprechender Anwendung dieses Gesetzes zu bemessende Gebühr. Diesen Paragraph erläuterte Baumach dahin, daß § 89 den für das Gebührentesen der RA. grundlegenden Satz enthalte, daß jede Tätigkeit zu vergüten sei, soweit nicht das Gegenteil aus dem Gesetz folge.

Das O. Berl. irrt aber weiterhin, wenn es ausführt, daß Schutzverfahren komme nur dann zur Anwendung, wenn tatsächlich eine wirtschaftliche Notlage des Schuldners vorliege, so daß er nicht noch mit besonderen Gebühren dafür belastet werden dürfe. Wichtig ist vielmehr, daß der Schutz dem Schuldner nur gewährt wird, wenn die Voraussetzungen dafür gegeben erscheinen, daß ihn aber in diesem Falle die Kosten des Schutzverfahrens gerade nicht treffen, weil er nämlich obsiegt und die ihm etwa erwachsenen Anwaltskosten demnach der unterliegende Gläubiger tragen muß. Unterliegt aber der Schuldner, hat er also zu Unrecht den Vollstreckungsschutz für sich begehrt, dann liegt nicht der geringste Anlaß vor, ihn irgendwie auf Kosten des Gläubigers und der Arbeit des diesen vertretenden Anwalts zu entlasten. Umgekehrt muß gerechterweise der Gläubiger, wenn er beim Obsiegen Erstattung für sich verlangt, auch beim Unterliegen das Kostenrisiko auf sich nehmen.

Dieser Gesichtspunkt der Erstattungsfähigkeit ist gleichfalls bereits in der erwähnten Entsch. des RG. ertört. Er hat an sich mit der Frage der Entstehung einer besonderen Gebühr nichts zu tun. Das O. hält allerdings diese beiden Fragen nicht auseinander. Jedenfalls ist nicht einmal zu befürchten, daß, wenn man eine besondere Gebühr dem Anwalt zubilligt, dann aus dem anderen Gesichtspunkt der Erstattungsfähigkeit sich irgendwelche Schwierigkeiten ergeben könnten, so daß schon aus diesem Grunde eine weitere Gebühr besser von vornherein abgelehnt würde.

Daß schließlich auch rechtliche Bedenken gegen die Erstattungsfähigkeit solcher Gebühr nicht erhoben werden können, weil für das Immobilivollstreckungsschutzverfahren eine derartige Ausschließung ausgesprochen worden ist, habe ich bereits in Widerlegung der gegenteiligen Auffassung einer Entsch. des O. Berlin (JW. 1935, 1050, Anm. daselbst) nachgewiesen. Diese Ausnahmeregelung ist vielmehr bewußt auf jenes Verfahren beschränkt geblieben.

So versagen also sämtliche Argumente, mit denen das O. Berl. die Zubilligung einer besonderen Gebühr für das Vollstreckungsschutzverfahren abgelehnt hat.

II. Man könnte mir nun entgegenhalten, daß im Streit der Meinungen eben immer Entsch. mit verschiedenen Ergebnissen ergehen werden und es sich deshalb kaum verlohne, zu einer — wie hier anzunehmen ist — nicht einmal beschwerdefähigen Entsch. eines O. in so weit ausholender Weise Stellung zu nehmen. Ich habe eine solche umfassende Stellungnahme aber doch für notwendig gehalten, und zwar aus verschiedenen Erwägungen.

Gerade bei nicht beschwerdefähigen Entsch. — Vollstreckungsgebühren werden in der Regel weniger als 50 RM betragen, so daß die Beschwerdesumme nicht erreicht wird — ist die Verantwortung, die das als einzige Instanz entscheidende Gericht trägt, besonders groß, sind die Schwierigkeiten, die sich den einzelnen Gerichten, die seltener oder sogar nur gelegentlich einmal mit neuen Fragen grundsätzlicher Natur beschäftigt werden, bieten, nicht zu verkennen. Um so weniger empfehlenswert ist es dann aber, mit unzureichendem Rüstzeug gegen eine Ansicht anzukämpfen, die an sich wohlausgerüstet dasteht und jedenfalls nicht leicht erschüttert werden kann. Man braucht in solchem Falle durchaus nicht soweit zu gehen wie O. Dresden v. 11. Nov. 1935 (JW. 1936, 205<sup>28</sup>), das nur im Interesse der Einheitlichkeit der Rspr. seine Bedenken gegen die grundsätzliche Auffassung des RG.



in einem über den Streitwert im Offenbarungszeitverfahren veröffentlichtes Gutachten zurückgestellt und sich dieser Auffassung angeschlossen hat. Andererseits ist der Gesichtspunkt der Einheitlichkeit es besonders wert, daß man seine eigenen Bedenken aufs eingehendste daraufhin prüft, ob sie wirklich schwerwiegend genug sind, um von einer von maßgebender Stelle bereits aufgestellten, mit annehmbaren Gründen versehenen und zu einem annehmbaren Ergebnis gelangenden Entsch. abzuweichen. Dazu gehören dann eben mindestens ebenfugote oder — um vom Gegenteil zu überzeugen — bessere Gründe. Wer sie nicht findet, tut gut daran, dem Interesse der Rechtspflege an möglichst einhelliger Rspr. dadurch zu dienen, daß er seine Bedenken zurückstellt. Das ist nicht gedankenloser Präjudizienkult, nicht kritiklose Bequemlichkeit, sondern vernunftgemäße Handhabung des Rechts und der Pflicht, nach eigener bester Überzeugung zu urteilen und zu entscheiden.

Dessen müssen sich diejenigen Gerichte, deren Entsch. nur deshalb endgültig sind, weil — zufällig — die Beschwerdebemühe nicht erreicht wird, die also bei nächster Gelegenheit sehr rasch mit besseren Gründen desavouiert werden können, im besonderen Maße bewußt sein.

III. Ich möchte schließlich noch die Gelegenheit benutzen und den vom RG. aufgestellten Grundsatz über die Gebühren im Vollstreckungsschutzverfahren in einem wichtigen Punkt zu ergänzen. Die Entsch. des RG. geht nicht etwa davon aus und hat derartige auch nicht ausgesprochen, daß als besondere Gebühr stets nur eine Gebühr erwachsen könne. Das wäre angesichts des § 23 RVG, der von den „in §§ 13—17 bestimmten“ Gebühren spricht, das Gegenteil von dem, was das Gesetz vorschreibt. Es kann also die Zwangsvollstreckungsgebühr des § 23 Ziff. 18 in mehrfacher Gestalt und demnach als mehrfache Gebühr entstehen, je nach der Art der vom Anwalt in diesem Verfahren entmickeleten Tätigkeit. So also für den allgemeinen Betrieb die Verfahrensgebühren, technisch „Prozessgebühr“, für eine etwa stattfindende mündliche Verhandlung streitiger Art die volle Verhandlungsgebühr, sonst die halbe Verhandlungsgebühr, insbesondere auch für einen Vollstreckungsvergleich die Vergleichsgebühr, alle jedoch nur zu  $\frac{3}{10}$  der sonst für die gleiche Tätigkeit erwachsenden Gebühr. Die oben bereits erwähnte Entsch. des AG. Dresden hatte zunächst nur eine einzige — eben „die“ Gebühr, d. h. die Prozessgebühr — zugewilligt und in Anlehnung an die oben schon erwähnte Entsch. des AG. Berlin: JW. 1935, 3498 — die übrigens diese Frage ausdrücklich für zweifelhaft erklärt und offen läßt — damit die gesamte Tätigkeit des Anwalts im Vollstreckungsschutzverfahren, auch soweit er verhandelt und einen Vergleich geschlossen habe, für abgegolten angesehen. Auf Erinnerung hin hat das AG. jedoch antragsgemäß auch die anderen Gebühren noch festgesetzt. Irgendwie grundsätzlich hat es aber zu dieser letzteren Frage nicht Stellung genommen.

RGK. Dr. Gaedeke, Berlin.

### Reichsarbeitsgericht

Berichtet von Rechtsanwalt Dr. W. Dypmann, Dresden

**\*\* 53.** §§ 850 d, 829, 766, 767 ZPO. Verhältnis der Vorschrift des § 850 d zum ehelichen Güterrecht. Berücksichtigung der Umstände des Falles, insbesondere der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit. Nachprüfbarkeit der Einwendungen gegen die Zwangsvollstreckung im Prozeß gegen den Drittschuldner.†)

Unzweifelhaft ist, daß ein Ehemann, der aus Grund des familienrechtlichen Verhältnisses in dem seiner Frau gehörigen und von ihr geleiteten landwirtschaftlichen Betriebe Dienste oder Arbeiten verrichtet, das „in einem ständigen Verhältnis“ tut, und daß solche Dienste oder Arbeiten „üblicherweise vergütet“ werden, d. h. daß eine an Stelle des Ehe-

manns tätige andere Arbeitskraft (Gutsverwalter oder Grobknecht) für solche Dienste oder Arbeiten regelmäßig eine Vergütung erhalten wird. Ebenso hat das UrbG. an sich Recht, wenn es ausführt, daß § 850 d nicht nur auf die Ehefrau und den Haussohn, sondern auch auf den Ehemann Anwendung zu finden habe. Die Vorschrift will ja in erster Linie verhüten, daß sich ein zahlungsunwilliger Schuldner hinter einem familienrechtlichen Verhältnis versteckt, um den Zugriff seiner Gläubiger abzuwehren und ungestört selbst die Früchte seiner Arbeit genießen zu können. Um typische Fälle solcher Art handelt es sich gerade, wenn z. B. der Ehemann, nachdem er abgewirtschaftet hat, das Geschäft unter dem Namen seiner Ehefrau weiterbetreibt, nach außen hin aber nur als der im Geschäfte der Frau ohne Entgelt oder gegen ein unverhältnismäßig geringes Entgelt mithelfende Familiengenosse austritt oder sich, nachdem er wegen starker Verschuldung sein eigenes Geschäft aufgegeben hat, nur noch in solcher Weise in dem zum Vorbehaltsgut seiner Frau gehörigen Erwerbsgeschäfte betätigt. Allein § 850 d setzt immer voraus, daß der Schuldner „einem Dritten“ Arbeiten oder Dienste leistet, beim Ehemann also, daß er im Geschäfte oder, wie hier, im landwirtschaftlichen Betriebe „seiner Frau“ — ein sonstiger Dritter kommt nicht in Frage — tätig ist. Ob das im vorl. Falle zutrifft, hat das UrbG. nicht hinreichend geprüft, da es auf den Einwand der Bekl., der bekl. Ehemann sei kraft des in der Ehe geltenden gesetzlichen Güterstandes Verwalter und Nutznießer des eingebrachten Gutes seiner Frau, unter diesem Gesichtspunkt nicht eingegangen ist. Das wäre aber erforderlich gewesen. § 850 d ZPO. beseitigt keineswegs die durch das materielle Recht begründeten Wirkungen des zwischen den Ehegatten bestehenden Güterstandes, sondern er baut darauf auf. Insbes. wird durch die Vorschrift auch nicht etwa die güterrechtliche Regelung der Schuldenhaftung geändert. Das UrbG. durfte es daher nicht bei der Feststellung bewenden lassen, daß das landwirtschaftliche Gut, auf dem der bekl. Ehemann Dienst tut, im Eigentum der bekl. Ehefrau steht. Das ist zwar zweifelhaft auch dann der Fall, wenn es — daß zwischen den Bekl. der gesetzliche Güterstand gilt, ist nicht bestritten — zum eingebrachten Gute der bekl. Ehefrau gehört. Denn auch das eingebrachte Gut bleibt Vermögen der Frau. Aber wenn das Landgut der bekl. Ehefrau zu ihrem Eheeinbringen gehört und wenn es der bekl. Ehemann, sei es mit Zustimmung der Frau, sei es kraft seines eheherrlichen Verwaltungsrechts im eigenen Namen und für eigene Rechnung bewirtschaftet, so tut er das im eigenen Recht für sich selbst und nicht für die bekl. Ehefrau oder zu deren Vorteil. Er ist dann der Unternehmer des Betriebs, nicht die bekl. Ehefrau, und er arbeitet nicht für diese, sondern für sich selbst. Dann kann auch die Voraussetzung des Gesetzes, daß der Schuldner „einem Dritten“ Arbeiten oder Dienste leistet, nicht erfüllt sein. Das aber wollten die Bekl. behaupten, indem sie auf den zwischen ihnen bestehenden gesetzlichen Güterstand und das Verwaltungsrecht des Mannes hinwiesen.

Das UrbG. durfte aber ferner die Berücksichtigung der Einkünfte des bekl. Ehemannes aus der Nutznießung des eingebrachten Gutes seiner Frau nicht, ohne ihre Höhe festzustellen, allein deswegen ablehnen, weil diese Einkünfte der Kl. keine Befriedigung ihrer Ansprüche gebracht hätten und deshalb für den Bekl. (richtiger: gegen die bekl. Ehefrau) die Fiktion des § 850 d ZPO. gelten müsse. Das ist richtig. Darauf, ob die Kl. aus diesen Einkünften Befriedigung gefunden hat oder nicht, oder ob sie überhaupt Befriedigung daraus finden konnte und kann, kommt es nicht an. Nach § 850 d Satz 1 gilt vielmehr die Fiktion nur unter der weiteren Voraussetzung, daß der Schuldner die Arbeiten oder Dienste dem Dritten „unentgeltlich oder gegen eine unverhältnismäßig geringe Vergütung“ leistet. Entscheidend ist hiernach, ob der Schuldner von dem Dritten ein seiner Arbeitsleistung entsprechendes Entgelt erhält, nicht aber ob das Entgelt dem Zugriff des Gläubigers offensteht und ob es zur Befriedigung seiner Forderung hinreicht.

Daß die Einkünfte aus der Nutznießung des Mannes am eingebrachten Gute der Frau wenigstens teilweise ein Ent-



gelt in diesem Sinne darstellen, ist nicht zu bezweifeln. Sie sind, rechtlich gesehen, der Beitrag, den die Ehefrau beim gesetzlichen Güterstand dem Manne zur Tragung der ehe-lichen Lasten zu leisten und der Mann den Zwecken der Ehe dienstbar zu machen hat (Planck, 4. Aufl., Vorbem. 4 vor § 1373), und geben dem Manne also auch einen Aus- gleich für seine Aufwendungen, soweit sie nicht an sich von der Ehefrau erstattet werden müssen. Diese Aufwendungen bestehen aber nicht nur in der Tragung von Lasten, sondern auch in der Tätigkeit des Mannes als Verwalter des ein- gebachten Gutes. Der VerN. hätte daher den Umfang dieser Einkünfte feststellen und prüfen müssen, zu welchem Betrage sie als Entgelt für die Arbeitsleistung des bekl. Ehemannes angesehen werden können.

Rechtliche Bedenken bestehen ferner gegen das angef. Urteil noch insofern, als es die nach § 850d Satz 2 ZPD. gebotene Berücksichtigung der Umstände des einzelnen Falles vermissen läßt. Die Bekl. hatten geltend gemacht, daß die Leistung einer Vergütung i. S. des § 850d für die bekl. Ehefrau wegen der hohen Lasten und der Schulden, die auf ihrem Besitz ruhten, wirtschaftlich nicht tragbar sei. Die wirt- schaftliche Leistungsfähigkeit des Dienstberechtigten ist aber für die Frage der Bemessung der fingierten angemessenen Vergütung von wesentlichster Bedeutung. Ergäbe sich, daß die dienstberechtigte Ehefrau zu den von ihr verlangten Leistungen wegen ihrer schlechten Vermögenslage völlig außer- stande oder dazu nicht ohne eine erhebliche Gefährdung ihrer wirtschaftlichen Existenz und derjenigen ihrer Familie imstande ist, so wäre es eine grobe Unbilligkeit, ihr solche Leistungen aufzuerlegen. Die Fiktion einer angemessenen Vergütung müßte solchenfalls versagen. Im übrigen kann auch die Höhe der Vergütung nicht ohne Berücksichtigung der wirtschaft- lichen Leistungsfähigkeit bestimmt werden. Auf Rechtsirrtum beruht es hiernach, wenn das NArbG. aus dem Grunde, weil der bekl. Ehemann in dem Betriebe der bekl. Ehefrau einen Verwalter oder doch einen Großknecht ersetzt, den sie, wenn sie ihren Mann nicht hätte, einstellen und mit monatlich 40 bis 50 RM in bar — also abgesehen von Verpflegung und Unterkunft — entlohnen müßte, eine solche Vergütung als angemessen zugrunde legt, ohne auf die wirtschaftliche Lei- stungsfähigkeit der bekl. Ehefrau weiter einzugehen. Und es ist nicht angängig, wenn sich der VerN. dieser Prüfung mit der Erwägung entzieht, daß der Erbhof und das Pachtgut, wenn es sich auch um Zuschußbetriebe handele, doch von der bekl. Ehefrau tatsächlich weiter betrieben würden. Die Tat- sache, daß das letztere der Fall ist, beweist nicht die wirt- schaftliche Leistungsfähigkeit der bekl. Ehefrau. Das Gesetz hat die Berücksichtigung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Dienstberechtigten offensichtlich gerade vorgeschrieben, weil es nicht will, daß die Bemessung der Vergütung abseits jeder wirtschaftlichen Vernunft erfolge. Gegen diesen Sinn des Gesetzes hätte der VerN. verstoßen, wenn er bei der Be- messung der Vergütung etwa von dem wirtschaftlich nicht vertretbaren Gesichtspunkt ausgegangen wäre, daß es, wenn schon nur mit Schulden gewirtschaftet werde, auf die Höhe der Schulden nicht mehr ankommen könne. Zudem durfte der VerN. dabei nicht ohne weiteres eine Lage zugrunde legen, die in Wirklichkeit nicht besteht, indem er an die Stelle des bekl. Ehemannes einen Großknecht setzte. Denn nicht selten kann ein landwirtschaftlicher Besitz nur mit Hilfe der billigen Arbeitskraft der Familienmitglieder durchgehalten werden, während er zugrunde gehen müßte, wenn an Stelle der Familienmitglieder teuer bezahlte Arbeitskräfte eingestellt werden müßten.

Das BG. hat sich ferner auf den Standpunkt gestellt, daß die bekl. Ehefrau von der ihm als angemessen erscheinenden Barvergütung von monatlich 40—50 RM einen Betrag von 25 RM an die Kl. abführen könne. Es hat damit die Wirksamkeit der Pfändung nachgeprüft. Das ist hier an sich rechtlich nicht zu beanstanden. Allerdings haben das RG. (RGZ. 66, 234; 93, 77) und das NArbG. (BenshSamml. 10, 401) eine solche Nachprüfung in dem von dem Gläubiger gegen den Drittschuldner anhängig gemachten Rechtsstreit, wenn dem Falle des § 851 ZPD. abgesehen, für unzulässig

erachtet und darauf abzielende Einreden des Drittschuldners auf den Weg der Erinnerung (§ 766 ZPD.) verwiesen. Diese oberstrichterliche Rspr. entspricht, formal gesehen, der Syste- matik der vom Gesetze in der Zwangsvollstreckung zugelassenen Rechtsbehelfe. Sie wird aber dem sich immer mehr durch- setzenden Bedürfnis nach einer möglichst wirtschaftlichen und einheitlichen Erledigung von Streitfällen nicht gerecht, da sie dazu führen muß, daß der Drittschuldner zunächst den Weg des § 766 ZPD. und nach Erledigung dieses Verfahrens unter Umständen erst nochmals den der Vollstreckungsgegen- klage (§ 767 ZPD.) beschreiten müßte, um dahin zu ge- langen, wo er im Falle der Zulassung seiner Einrede in dem schwebenden Rechtsstreit sein würde (vgl. Stein- Jonas [15] Erl. VII 2a zu § 829 ZPD.). Diese Erwägung mag denn auch dazu geführt haben, daß bereits in der Entsch. des NArbG. v. 17. Dez. 1930, RAG 147/30: JW. 1932, 72 und JW. 1932, 210 (BenshSamml. 10, 572) die Frage offengelassen ist, ob an der bisherigen Rspr. festzuhalten sei. Das ist jedenfalls für die hier allein zu beurteilenden Fälle des § 850d ZPD. zu verneinen, da hier die Einrede des Drittschuldners nach Maßgabe des Satzes 2 dieser Vor- schrift nicht selten zugleich den materiellen Anspruch selbst berührt, wie denn überhaupt die Wirksamkeit der Pfändung und ihre Grenzen eine sachliche Grundlage für den von dem Gläubiger geltend gemachten Anspruch bilden.

Im vorl. Falle ist diese Prüfung des VerN. aber nicht in rechtlich bedenkenfreier Weise erfolgt. In dem angef. Ur- teil wird nämlich die Ansicht, daß die bekl. Ehefrau die ein- geklagten 25 RM monatlich an die Kl. abführen könne, da- mit begründet, daß dem bekl. Ehemann alsdann neben dem freien Unterhalt noch ein Taschengeld verbleibe und die bekl. Ehefrau genau so dastehe, als wenn sie einem Verwalter oder Großknecht Vergütung zahlen müsse. Die letztere Darlegung erscheint abwegig, da es sich insoweit um eine unter dem Gesichtspunkt des § 850d Satz 2 ZPD. zu prüfende Frage handelt. Hierzu kann auf das oben bereits Ausgeführte ver- wiesen werden. Im übrigen aber hat das BG. übersehen, daß es nicht darauf ankommen kann, ob dem bekl. Ehemann als Schuldner neben dem freien Unterhalt ein Taschengeld verbleibt. Die Pfändung der angemessenen Vergütung durfte vielmehr nur in den Grenzen des § 850b ZPD. erfolgen (Stein-Jonas [15] Erl. V zu § 850d ZPD.). Danach mußte aber dem Schuldner von seinen Bezügen so viel ge- lassen werden, als er für seinen notwendigen Unterhalt und zur Erfüllung seiner laufenden gesetzlichen Verpflichtungen gegenüber den der Kl. vorgehenden Unterhaltsberechtigten usw. bedarf, wobei der Anspruch des unehelichen Kindes dem der Verwandten, Ehegatten und früheren Ehegatten nachsteht (§ 850b Abs. 3, § 850 Abs. 3 ZPD.). Der fingierte Lohn- anspruch aus § 850d ZPD. ist also hinsichtlich der Wirk- samkeit der Pfändung wie eine wirkliche Lohnforderung zu behandeln, und die Kl. als das uneheliche Kind des bekl. Ehemannes kann in der angegebenen Beziehung nicht besser gestellt werden, als es stünde, wenn zwischen dem bekl. Ehe- mann und seiner Frau ein ordnungsmäßiger Arbeitsvertrag geschlossen worden wäre und der bekl. Ehemann auf Grund dieses Vertrags einen vereinbarten Lohn in der Höhe der angemessenen Vergütung zu beanspruchen hätte.

(NArbG., Ur. v. 21. Sept. 1935, RAG 144/35. — San- novet.)

**Anmerkung:** Die Entsch. trifft m. E. in allen Punkten das Richtige, wenn sie auch in ihrem Gedankengange — jedenfalls für denjenigen, der nicht das vorinstanzliche Urteil ebenfalls zur Hand hat — nicht eben ganz leicht verständlich ist.

1. Die Vorinst. hatten anscheinend den Fall des § 850d ZPD. ohne Rücksicht auf das ehgüterrechtliche Verhältnis zwi- schen dem Vollstreckungsschuldner und der als fingiert-vergü- tungspflichtig erachteten Ehefrau ohne weiteres bejaht. Dazu sagt das NArbG.: Der § 850d setzt die durch das materielle Recht begründeten güterrechtlichen Beziehungen selbstverständ- lich nicht außer Kraft; inso weit der Ehemann ein zu m e i n g e b r a c h t e n G u t g e h ö r i g e s L a n d g u t seiner Frau im eigenen Namen und für eigene Rechnung verwa l =



tet, so leistet er nicht einem Dritten Arbeiten oder Dienste. Das leuchtet ohne weiteres ein.

2. Nun der Übergang zum nächsten Teil der Entsch. (dem Abs. 2)! Als Leitsatz zusammengefaßt ist dort gesagt: bei der nach § 850 d anzustellenden Abschätzung der dem Ehemann zustehenden Vergütung sind auch die Einkünfte in Betracht zu ziehen, die der Ehemann aus der Nutznießung am eingebrachten Gute der Frau bezieht.

Wenn ich die Entsch. recht verstehe, liegt zwischen dem ersten und dem zweiten Satz unausgesprochen folgender Gedanke: Wenn der Ehemann nicht nur den zum eingebrachten Gut gehörigen Landbesitz verwaltet, sondern sich darüber hinaus in dem Betrieb nach Art eines Angestellten, hier eines Großknechts, betätigt, so handelt es sich hier allerdings nicht mehr um eine Betätigung der Verwaltung, sondern um eine arbeits- oder dienstleistungsähnliche Tätigkeit, wie sie eben der § 850 d im Auge hat. Es mag sein, daß die Grenzlinie im konkreten Falle mitunter schwer zu ziehen sein wird; das kann aber keineswegs dazu führen, sie überhaupt nicht zu ziehen und die Tätigkeit des Ehemanns generell auf die Seite der ehemännlich-güterrechtlichen Betätigung zu bringen — ebensowenig wie umgekehrt schlechthin auf die des fingierten Arbeitsverhältnisses. Im Allgemeinen wird man sagen müssen, daß eine die Arbeitskraft des Mannes ganz oder in der Hauptsache in Anspruch nehmende Betätigung in dem zum eingebrachten Gute gehörenden Betriebe — in der Regel jedenfalls — über den Rahmen der Verwaltung des eingebrachten Gutes hinausgeht. Wenn der Ehemann in dem landwirtschaftlichen Betrieb der Ehefrau die Stellung eines Großknechts tatsächlich versieht, so wird man wohl ein Verhältnis der im § 850 d bezeichneten Art annehmen müssen.

Ist dies der Fall, so soll nach der m. E. durchaus zutreffenden Betrachtung des RArbG. bei der Frage, ob und in welcher Höhe eine fingierte Arbeitsvergütung einzusetzen ist, die dem Mann zugesessene Nutznießung mit in Rechnung gestellt werden. § 850 d setzt eine unentgeltliche oder unverhältnismäßig gering vergütete Betätigung voraus. Zieht also der Ehemann dank seiner intensiven Betätigung aus dem eingebrachten Gute so hohe Nutzungen, daß sie sich als ein angemessenes Äquivalent auch seiner persönlichen Arbeit in dem Betriebe darstellen, so ist für eine Fiktion von Vergütungsansprüchen nach § 850 d kein Raum, und der Gläubiger muß sich, wenn ihm dies auch im konkreten Falle zumeist praktisch schwerer fallen wird, an die dem Ehemann zugefallenen Nutzungen halten. Die Nutzungen können jedenfalls, wie das RArbG. mit Recht hervorhebt, nicht etwa mit der Begründung außer acht gelassen werden, daß sich der Vollstreckungsgläubiger aus ihnen nach Lage der tatsächlichen Verhältnisse nicht hätte befriedigen können — damit wäre in der Tat ein völlig neben der Sache liegender Gesichtspunkt in die Betrachtung hereingezogen.

Der Fall des § 850 d kann danach bei Betätigung des Ehemannes in dem in die Ehe eingebrachten Betriebe — wie gerade auch die vorl. Entsch. zeigt — eigentlich nur dann praktisch werden, wenn der Betrieb keine oder nur geringe Ertragnisse abwirft. In diesem Fall erfordert aber die Schätzung des als fingierte Vergütung einzusetzenden Betrages besondere Sorgfalt und eingehende Beachtung der in § 850 d Satz 2 hervorgehobenen im wesentlichen wirtschaftlichen Gesichtspunkte. Es geht nicht an, als fingierte Vergütung kurzerhand den Betrag einzusetzen, den ein für die betreffende Tätigkeit andernfalls benötigter Angestellter, hier ein Großknecht, erhalten würde.

3. Weiter hebt das RArbG. zutreffend hervor, daß die Pfändung der fingierten angemessenen Vergütung nur in den Grenzen des § 850 b erfolgen darf. D. h., es sind zwei Erwägungen anzustellen: Zunächst ist ein fingierter Vergütungsatz auszuwerfen, und sodann ist unter Berücksichtigung der in § 850 b ausgesprochenen Grundsätze die dem Gläubiger zugriff offene Quote festzusetzen — zu dem so ermittelten Betrage ist dann gegebenenfalls die Ehefrau zu verurteilen.

4. Endlich nimmt das RArbG. hier in beachtlicher Weise zu der alten Streitfrage Stellung, inwieweit im Prozeß des Vollstreckungsgläubigers gegen den Drittschuldner Einwendungen gegen die Gültigkeit und Wirksamkeit der Pfändung geltend gemacht werden können, insbes., ob sich der in Anspruch genommene Drittschuldner auf die Unpfändbarkeit der Forderung nach §§ 850 ff. berufen kann. Daß der Drittschuldner die Möglichkeit hat, die Beseitigung der unzulässigen Pfändung im Wege der Erinnerung beim Vollstreckungsgericht nach § 766 herbeizuführen, ist allgemein herrschende Praxis. In der Frage, ob die Unpfändbarkeit auch im Prozeß Vollstreckungsgläubiger—Drittschuldner eingewendet werden kann, geht die eine Ansicht (Gaupp-Stein<sup>15</sup>, § 829 VII 2) auf Bejahung mit der Begründung, daß es doch ein eigentümlicher Formalismus wäre, wenn das Prozeßgericht den Drittschuldner verurteilen und dabei gleichzeitig auf den Weg der Erinnerung verweisen müßte. Anders das RG. in den oben angeführten Entsch. (weitere Nachweise bei Gaupp-Stein<sup>15</sup>, § 829 R. 111) für das Gebiet des § 850, während es in einer m. E. weder begründeten noch überhaupt ganz verständlichen Unterscheidung die Einrede der Unpfändbarkeit nach § 851 zugelassen hat. Den zu der reichsgerichtlichen Auffassung bereits vom RArbG.: BenschSamml. 10, 572 generell geäußerten Bedenken weiter nachzugehen, hatte vorliegend das RArbG. keinen Anlaß. Es genügte die Klarstellung, daß jedenfalls für die Fälle des neuen § 850 d eine Aufspaltung der beiden Fragen „Existenz des Anspruchs und Höhe desselben“ einerseits und „Umfang der Pfändbarkeit“ andererseits und ihre Verweisung in zwei verschiedene Verfahren nicht in Frage kommt, da hier die beiden Fragen praktisch regelmäßig eine nicht zu trennende Einheit bilden.

MinR. Dr. Jonas, Berlin.

### Reichsversicherungsamt

Berichtet von Senatspräsident Dr. Zielke und Landgerichtsdirektor Kersting, Berlin

[\*\* Wird in den Aml. Nachrichten für Reichsversicherung (Neue Folge der Aml. Nachrichten des RVerfA.) abgedruckt]

[O Wird in den „Entscheidungen und Mitteilungen“, herausgegeben von Mitgliedern des RVerfA. (CuM.), abgedruckt]

54. 1. Arzt i. S. des § 1681 RVD. ist, wer im Deutschen Reiche die Approbation nach § 29 GewD. erlangt hat.

2. Durch den deutsch-polnischen Vertrag über Sozialversicherung v. 11. Juni 1931 (RGBl. 1933 II, 645 i. d. Fassung der Bek. v. 23. Dez. 1933, RGBl. 1934 II, 1, v. 16. April 1934, RGBl. II, 205 und vom 7. Sept. 1935, RGBl. II, 655) sind für die Anwendung des § 1681 RVD. in Polen zugelassene Ärzte den im Deutschen Reiche approbierten nicht gleichgestellt.

(RVerfA., 2. RevSen. [KnappschSen.], Ur. v. 7. Nov. 1935, IIIa Kn 278/34<sup>2</sup>.) [R.]

\* o 55. §§ 15, 16 RVerfOrgG.; Erlaß des RArbM. v. 20. Okt. 1931 (RArbBl. V, 97). Erfahrungsansprüche der Krankenkassen, die auf § 15 RVerfOrgG. beruhen, können rechtswirksam auch in anderer Form als durch Übersendung des Teiles III des Reichsbehandlungsscheines an das RVerfA. angemeldet werden. Dem im oben gen. Erlaß des RArbM. enthaltenen Richtlinien kommt nicht die Bedeutung zu, daß von ihrer Beachtung die Verwirklichung des Erfahrungsanspruches der Kasse abhängt.

(RVerfA., 1. RevSen., Ur. v. 31. Okt. 1935, IIa KE 126/34<sup>1</sup>.) [R.]