



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. Mösmer, 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. 63623
Geschäftsstelle in Berlin SW 48, Hedemannstr. 14. Fernsprecher A 9, Blücher 0217

Auch der deutsche Gläubiger einer effektiven Devisenforderung wird durch Reichsmarkzahlung eines inländischen Schuldners befriedigt

Von Rechtsanwalt Dr. jur. et rer. pol. Hugo Dietrich, Berlin

Im Bankarchiv XXXV, 214 f. verneint Dr. Solbeß die Frage, ob der deutsche Gläubiger auf Grund der Devisenzwangsbewirtschaftung verpflichtet ist, für seine Forderungen in effektiver Devisen Markzahlungen von seinem Schuldner entgegenzunehmen. Er stützt sich im wesentlichen auf die Ausführungen im BankArch. XXXIV, 430 und 519, mit denen Dr. Simon eine Verpflichtung des ausländischen Gläubigers, Kreditperrmark an Erfüllung statt anzunehmen, abgelehnt hat, und macht weiter geltend; das deutsche Kreditabkommen habe den ausländischen Bankgläubigern nur ein Recht eingeräumt, statt Devisen Registermark zu verlangen, nicht aber eine Verpflichtung zur Annahme von Kreditperrmark statuiert. Es dürfe auch keine Möglichkeit bestehen, den ausländischen Gläubiger durch eine deutsche Gesetzgebung zur Entgegennahme von Reichsmark zu zwingen. Mit Rücksicht hierauf könne auch dem deutschen Gläubiger einer effektiven Währungsforderung nicht zugemutet werden, Markzahlungen zum Tageskurs anzunehmen, weil er selbst in seiner Devisenschuld bleiben und damit allein das Risiko für das Schwanken der ausländischen Währung übernehmen würde. Dies gelte insbes. dann, wenn ein inländischer Bankier auf Grund der ihm im Auslande eingeräumten Devisenkredite seinerseits die Devisenkredite im Inlande weitergegeben, also wirtschaftlich nur eine Vermittlerrolle gespielt habe, die den deutschen Kreditnehmern zur Genüge bekannt gewesen sei. Der deutsche Bankier habe gerade mit Rücksicht auf die ihm im Auslande zur Verfügung gestellten Mittel seiner Kundschaft nicht Reichsmark, sondern Devisenkredite gegeben, um irgendein Valutenrisiko für sich selbst auszuschalten, während andererseits der deutsche Kreditnehmer sich dessen hätte bewußt sein müssen, daß er nicht eine Reichsmark —, sondern eine Währungsverpflichtung auf sich nehme, als er den Devisenkredit sich geben ließ und Devisen zurückzahlen versprach. Mit den Krediten in ausländischer Währung seien billigere Zinssätze, als für Markkredite verbunden gewesen, somit habe der deutsche Kreditnehmer für die Übernahme des Devisenrisikos eine besondere Vergünstigung erhalten. Der deutsche Schuldner würde also den Vorteil der billigeren Zinssätze zu Unrecht für sich in Anspruch nehmen, wenn ihm gestattet würde, das Devisenrisiko von sich abzuwälzen. Jedenfalls könne es einem deutschen Schuldner nach Treu und Glauben nicht gestattet werden, sich durch Zahlung von Mark zum Tageskurs

von einer Devisenschuld zu befreien, deren Gegenwert in Mark er, wie z. B. bei Dollars und Pfunden, in einem weit höheren Betrage vor der Abwertung des Dollars und Pfundes erhalten habe, also mühelos einen Gewinn (etwa 40 %) zu erzielen und auf der anderen Seite dem inländischen Gläubiger das alleinige Risiko für ein etwaiges Steigen der ausländischen Währung zu überlassen. Das Devisenrisiko, das der Schuldner vereinbarungsgemäß auf sich genommen habe, müsse daher bei dem Schuldner so lange verbleiben, bis der deutsche Gläubiger in der Lage sei, mit den ihm von seinem Schuldner zur Verfügung gestellten Mitteln seinerseits seine Devisenverpflichtung zu erfüllen.

I.

Leider läßt Dr. Solbeß jedes Eingehen, ja selbst die Erwähnung meiner eingehenden Ausführungen in den Aufsätzen vermissen:

1. „Welche materiellrechtliche Bedeutung hat die Devisengesetzgebung?": Df. 1934, 1404 ff., dem Herr RGN. Dr. Warneyer: BankArch. 427 ff., in vollem Umfange beitrifft.
2. „Der sachlich-rechtliche Einfluß der Devisengenehmigung“: Df. 1935, 233 ff., in dem ich darlegte, daß das entsprechend meinem vorzitierten Artikel zu Reichsmarkforderungen ergangene Urteil des RG. v. 29. Jan. 1935 auch für Fremdwährungsforderungen gelte.
3. Zur Verpflichtung eines ausländischen Gläubigers, Kreditperrmark an Erfüllung statt anzunehmen: BankArch. XXXIV, 516 ff., mit dem ich der Kritik Dr. Simons im BankArch. 430 ff. an dem genannten Reichsgerichtsurteil entgegentrat.

Ich glaube auch heute nicht überzeugender als in diesen Artikeln, insbes. dem zu 3, dartun zu können, daß der ausländische Gläubiger in Annahmeverzug mit allen seinen Folgen kommt, wenn er die auf Sperrmarkkonto angebotene Zahlung ablehnt. Dem steht auch nicht das deutsche Kreditabkommen entgegen, das — worauf ich noch eingehen werde — nur für die ihm beigetretenen Gläubiger und auch für diese nur insofern Bedeutung hat, als es ihnen ein Recht gibt, statt Devisen Registermark zu verlangen, das aber im übrigen lediglich einen

Schwebezustand aufrechterhält, ohne irgendwie zu der Rechtsfrage Stellung zu nehmen, ob und wann der Schuldner das Kreditverhältnis durch Zahlung in Sperrmark zur Auflösung bringen kann.

Um über meine Ausführungen im BanfArch. 1935, 516 ff. zu dieser Frage keine Mißverständnisse entstehen zu lassen durch nachfolgende Bemerkungen in der Replik Dr. Simons auf S. 520 linke Spalte des BanfArch.:

1. Dietrich hat ... „nunmehr anerkennen müssen, daß der Devisengesetzgeber die Frage grundsätzlich unbeantwortet gelassen hat und unbeantwortet lassen konnte, welche materiellrechtlichen Auswirkungen die erteilte Devisengenehmigung auf das Schuldverhältnis hat.“
2. „Auch Dietrich erkennt die Richtigkeit dieser Ansicht an“, daß entsprechend den Darlegungen Simons über die Tragweite von Richtlinien IV 43 i. Verb. m. II 44 sowie über die des RdErl. 74 DST. v. 30. April 1935 ... „durch die bestehenden Devisenbestimmungen eine materiellrechtliche Änderung der Verhältnisse zwischen Gläubiger und Schuldner (nicht) bewirkt sei“.
3. „Selbst Dietrich kann nicht abstreiten, daß hier ein argumentum e contrario sehr nahe liegt,“ erwähne ich noch:

Zu 1 gehen meine sämtlichen Erörterungen über die materiellrechtliche Bedeutung der Devisengenehmigung, insbes. in meinem grundlegenden Aufsatz hierzu in der DZ. 1935, 1404 ff. davon aus, daß der Devisengesetzgeber die Frage unbeantwortet gelassen hat. Denn hätte er sie geregelt, würde sich eine Diskussion erübrigen. So aber ist es „Sache der ordentlichen Gerichte, diese Lücke durch ihre Rspr. auszufüllen auf der ihnen allein verbleibenden Grundlage der §§ 157, 242 BGB“ (BanfArch. 518 oben).

Zu 2 habe ich auf S. 517 zu b Abs. 2 ausgeführt: „Aber auch aus der verschiedenartigen Regelung in IV 43, II 44 und dem Ges. v. 9. Juni 1933 als solcher lassen sich keine Schlüsse gegen den sachlich-rechtlichen Einfluß der Devisengenehmigung ziehen ...“

Zu 3 habe ich auf S. 517 rechte Spalte Mitte gesagt: „Diese Entsch. wird man ernstlich nicht aus dem argumentum e contrario, nicht mit der Begründung finden ...“

Der letzte, teilweise gesperrt gedruckte Satz des Aufsatzes von Dr. Simons: „Schließlich ist das Deutschland des Dritten Reiches stolz darauf, ein ehrlicher Schuldner zu sein und wird danach zu handeln wissen“, verläßt den Boden sachlicher Diskussion und ist nicht geeignet, den Wert seiner Argumente zu erhöhen. Er liegt neben der Sache, da die Devisenbestimmungen nicht zwischen Deutschen und Nichtdeutschen unterscheiden, sondern nur zwischen Inländern und Ausländern ohne Rücksicht auf ihre Staatsangehörigkeit. Ja der etwa versteckte, von mir und wohl auch vom RG. und Warneher zurückgewiesene Vorwurf, meine Ansicht — „der das RG. und Warneher ja gefolgt sind“ — unterstütze unehrliche Schuldner, dürfte meine auf S. 518 bereits zum Ausdruck gebrachte Befürchtung bestätigen, daß Simons bei seinen Ausführungen von der aus dem Munde ausländischer Gläubiger immer wieder gehörten Auffassung beeindruckt war,

„daß der inländische, insbes. der deutsche Schuldner mit der Rückzahlung in Reichsmark auf Sperrkonto eine gegenüber der geschuldeten entwertete Leistung und demgemäß einen Gewinn macht, der dem Disagio entspricht, mit dem die Sperrmark im Auslande gehandelt wird“ (vgl. meinen Aufsatz: DZ. 1935, 783 ff.). Demgegenüber hatte ich bereits auf DZ. 1935, 784 dargelegt:

Nicht dadurch wird die Position des ausländischen Gläubigers verschlechtert,

„daß infolge der materiellrechtlichen Auswirkung der Devisengenehmigung die Forderung — gleichgültig welcher Währung — in Reichsmark zurückgezahlt werden kann, sondern dadurch, daß er über den zurückgezahlten Betrag nicht frei disponieren, insbes. ihn nicht transferieren kann. Der inländische Schuldner spart wertmäßig nichts, wenn er statt

Pfunde oder Dollars Reichsmark zahlt. Seine Reichsmarkleistung ist vollwertig. Die innere Entwertung des Gläubigeranspruches — mag er auf Reichsmark oder Fremdwährung lauten — wird lediglich durch die Verfügungsbeschränkung herbeigeführt, die die Devisenbestimmungen bzgl. des vom Schuldner Geleisteten geschaffen haben“.

Befremdlich aber erscheint angeichts meiner Ausführungen in der DZ. 1935, 783, im BanfArch. 1935, 516 f. und insbes. im Aufsatz: „Die internationale Bedeutung des Devisenrechts“: JW. 1935, 3013 (vgl. auch meinen Artikel DZ. 1934, 1038 ff.: „Der Einfluß des Devisenrechts auf das Pfand nach internationalem Privatrecht“ und meine Anmerkung zum Urteil des Schweizer Bundesgerichts v. 8. Okt. 1935 in JW. 1935, 3504) der Satz von Dr. Solbeck: „es dürfte auch keine Möglichkeit bestehen, den ausländischen Gläubiger durch eine deutsche Gesetzgebung zur Entgegennahme von Reichsmark zu zwingen“. So wie der amerikanische Gesetzgeber durch die Joint-Resolution alle inländischen und ausländischen Gläubiger amerikanischer Schuldner gezwungen hat, an Stelle der vereinbarten Golddollarmünze Papierdollars als Erfüllung anzunehmen, ist selbstverständlich auch der deutsche Gesetzgeber in der Lage, in die Rechte ausländischer Gläubiger einzugreifen. Denn jedes subjektive Recht, gleichgültig ob es einem Inländer oder Ausländer zusteht, ob es persönlicher oder dinglicher Natur ist, muß sich, in welchem Lande es auch sei, den Notwendigkeiten dieses Landes beugen, mag es dadurch entwertet werden oder nicht; über der Individualsphäre steht das Leben des Volkes und seiner Gesamtheit. — Durch das Gesetz über Zahlungsverbindlichkeiten gegenüber dem Auslande v. 9. Juni 1933 (RGBl. 349 ff.) wurde bestimmt:

1. daß Zinsen, Gewinnanteile, Amortisationen, Mietzinsen, Pachtzinsen und ähnliche regelmäßig wiederkehrende Leistungen zugunsten des ausländischen Gläubigers in Reichsmark an die Konversionskasse für deutsche Auslandsschulden zu zahlen sind,
2. daß der Schuldner durch diese Zahlung von seiner Verpflichtung frei wird.

Weder Dr. Solbeck noch Dr. Simon werden diesem Gesetz die zwingende Kraft auch gegenüber Ausländern absprechen wollen. Es ist, wie ich in den vorzitierten Schriften dargelegt habe, nach den allgemein anerkannten Grundsätzen des internationalen Privatrechts nicht nur innerhalb des deutschen Territoriums maßgeblich, sondern darüber hinaus auch vor ausländischen Gerichten in all den Fällen anzuwenden, in denen deutsches Recht Schuld- oder Vertragsstatut ist. In Verfolg dieses internationalen Rechtsatzes hat z. B. das House of Lords in seiner Entsch. v. 1. Jan. 1934 zu chilenischen Devisenbestimmungen erkannt (vgl. meinen Aufsatz: JW. 1935, 3013 und 1276):

„Unterliegt eine Verpflichtung dem Recht eines Landes, dem die Zahlung durch Devisennotrecht ohne Genehmigung verboten ist, so kann Erfüllung in England nicht verlangt werden. Die in Frage kommenden chilenischen Devisenbeschränkungen sind zu beachten, ihre Anwendung auch nicht als gegen den englischen ordre public verstößend anzusehen.“

Daher konnte ich diesen Aufsatz (JW. 1935, 3013) auch mit den Worten schließen:

„So wie z. B. der amerikanische Gesetzgeber und Richter verlangen und erwarten, daß die Public-Resolution, durch die die Golddollargläubiger eine Entwertung ihrer ‚goldfischen‘ Forderung um mehr als 40 % erleiden, gemäß den ganz allgemein anerkannten Grundsätzen des internationalen Konfessionsrechts auf alle nach amerikanischem Recht zu beurteilenden Rechtsverhältnisse, gleichgültig vor welchem internationalen Forum sie zur Entscheidung stehen, angewendet wird, ist auch für den deutschen Devisengesetzgeber die Beachtung dieser internationalen Rechtsregel bzgl. seiner Vorschriften selbstverständlich.“

(Vgl. hierzu ferner meinen Aufsatz „Die Goldmarkklause“: DZ. v. 28. Febr. 1936, 325 ff.)

II.

Daß dem auch die Kreditabkommen nicht entgegenstehen, habe ich unter I Abs. 2 bereits dargelegt. Denn sie nehmen zu der Frage keine Stellung, sondern vertagen nur die Regelung des seit Ausbruch der Bankkrise, Juni 1931, bestehenden Schwebzustandes von Jahr zu Jahr für die Beteiligten, die dem Abkommen beigetreten sind. Die ausländischen Gläubiger aber, die sich nicht angeschlossen haben oder nicht unter die Abkommen fallen (z. B. die Kredite der Finanzierungsgesellschaften, die nicht Banken sind, oder der Handels- und Industriefirmen, die Anleihen und die Reichsmarktkredite an Banken, Handels- und Industriefirmen) werden von dem z. B. bis zum 29. Febr. 1936 laufenden (jetzt bis Ende Februar 1937 verlängerten) Stillhalteabkommen überhaupt nicht berührt. Da „dem Sinn und Geist der ganzen Vereinbarungen entsprechend und in einem Briefwechsel zwischen dem Reichsbankpräsidenten und dem Vorsitzenden der ausländischen Bankauschüsse aus Anlaß des Abschlusses des privaten Stillhalteabkommens von 1932 ausdrücklich ausgesprochen“, demgemäß auch den beteiligten Stellen zwingend vorgeschrieben (vgl. Hartenstein S. 49), die deutsche Auslandverschuldung nur einheitlich behandelt werden kann, kann es in der Verantwortung der Rechtsfrage, ob der ausländische Gläubiger Kreditperrmark an Erfüllung statt annehmen muß, kein Zwischending, nur ein Ja oder Nein, geben. Ich habe mit eingehender Begründung die Frage bejaht. Verneint man sie mit Simon, so wird über die bisher abgelaufenen fünf Jahre hinaus ein Schuldverhältnis verewigt, das auf unabsehbare Zeit nicht mehr aufgelöst, nicht erfüllt werden kann. Derartige Verpflichtungen aber haben ihre wirtschaftliche Zweckbestimmung verfehlt, sie sind wertlos und damit wesenlos geworden. Sie bestehen nur noch in der Idee und sind lediglich geeignet zu hemmen, ja zu zerstören. Das wirtschaftliche Leben jedoch wird sich durch sie nicht lahmlegen lassen. Es wird über sie hinweggehen und ihnen die Rechtsform geben, die sie wieder erfüllbar macht und ihnen damit erst wieder einen Inhalt, einen Wert, eine wirtschaftliche Bedeutung gibt. Da der Weg hierzu angesichts der Unmöglichkeit, in Devisen zu zahlen, allein über die Annahmepflicht der Kreditperrmark gegeben ist, wird letzten Endes auch Simon seine Ansicht revidieren müssen, nur daß wertvolle Zeit darüber ins Land gegangen ist, die dem Wiederaufbau der internationalen Wirtschaft verloren ging.

III.

Kann sonach kaum noch ein Zweifel darüber bestehen, daß der ausländische Gläubiger Kreditperrmark an Erfüllung statt annehmen muß, so wird auch nach Dr. Solbeck der deutsche Gläubiger einer Devisenforderung durch Reichsmarkzahlung seines inländischen Schuldners befriedigt, da er „in der Lage ist, mit den ihm von seinem Schuldner zur Verfügung gestellten Mitteln seinerseits seine Devisenverpflichtung zu erfüllen“.

Dennoch scheint es mir zweckmäßig, zu den wiedergegebenen weiteren Ausführungen Dr. Solbeck's Stellung zu nehmen. Sie leiden, wie die Darlegungen von Dr. West zu dem rechtlich verwandten Gebiet der Währungsfragen (vgl. meinen Aufsatz: „Die Golddollar Klausel“: DJ. 1936, 325 f.), „an dem wesentlichen Mangel, daß sie aus dem einzelnen Fall geboren, auf ihn abgestellt bleiben. Bei Fragen von so weittragender Bedeutung aber wird man nicht den Einzelfall betrachten und von ihm abstrahieren dürfen, vielmehr muß man von den ihm übergeordneten allgemeinen Rechtsproblemen ausgehen, zu diesen Stellung nehmen und das Ergebnis auf den Einzelfall übertragen“.

a) Die auch hier erste grundlegende Frage vor jedem deutschen und internationalen Forum: Darf der Gesetzgeber wohl-erworbene Rechte antasten — kann nach dem Vorgesagten und insbes. meinem Aufsatz in DJ. 1936, 325 ff. nur bejaht werden, gleichgültig ob diese Rechte Inländern oder Ausländern zustehen, welcher Art sie sind und ob sie einen ausdrücklichen oder zu unterstellenden Verzicht auf die Anwendung solcher Gesetze enthalten oder nicht.

b) Dr. Solbeck argumentiert weiter: der deutsche Gläubiger, insbes. der inländische Bankier, habe wirtschaftlich nur

eine Vermittlerrolle gespielt. Er habe gerade mit Rücksicht auf die ihm zur Verfügung gestellten Devisenmittel seiner Kundschaft nicht Reichsmark, sondern Devisenkredite gegeben, um irgendein Valutenrisiko für sich selbst auszuschalten; der Schuldner müßte daher so lange in diesem bleiben, „bis der deutsche Gläubiger in der Lage ist, mit den ihm von seinem Schuldner zur Verfügung gestellten Mitteln seinerseits eine Devisenverpflichtung zu erfüllen“.

Dem ist entgegenzuhalten:

Auch Geld ist Tauschgut wie andere Tauschgüter, z. B. Waren, beispielsweise Kaffee. Auch der Warenhändler spielt wie der Geldhändler wirtschaftlich nur eine Vermittlerrolle. Niemand aber, auch Dr. Solbeck nicht, wird daran denken, den Inhalt und den Umfang der Verpflichtungen des Warenabnehmers von den Verpflichtungen abhängig zu machen, die der Warenverkäufer zur Beschaffung der Ware eingegangen ist. Man würde sonst in der Kette des Waren- bzw. Geldhandels dazu kommen, daß sich die Rechte und Pflichten des letzten Waren- oder Gelderwerbers nach denen des ersten richten, nur unterschieden vielleicht durch die Höhe der Vermittlungsprovision. Es kann sonach, will man den Beteiligten nicht die Möglichkeit nehmen, nach ihrem eigenen Willen ihre Rechtsbeziehungen zu gestalten, die den Ausführungen von Dr. Solbeck übergeordnete Rechtsfrage lediglich dahin beantwortet werden: Zwischen den Leistungen (z. B. Geld oder Ware) Gebenden und dem solche Annehmenden ist nur das für ihre gegenseitigen Rechte und Pflichten maßgebend, was zwischen ihnen vereinbart ist, nicht das, was zwischen Dritten, z. B. dem Geld oder Ware Abgebenden und seinem Geld- oder Warenlieferanten gilt, mögen sie wirtschaftlich auch als Vermittler erscheinen. Selbst wenn die Verpflichtungen des Leistungsgebenden ausschließlich aus der Anschaffung der von ihm an seinen Abnehmer weitergegebenen Leistung stammen, würden sie diesen nicht berühren.

Demgemäß kann die Beantwortung der Frage, ob der deutsche, besser der inländische Gläubiger — denn die Staatsangehörigkeit ist unerheblich — verpflichtet ist, „für seine Forderung in effektiver Devisen Markzahlungen von seinem Schuldner entgegenzunehmen“, nicht davon abhängig gemacht werden, ob der Gläubiger seine Verpflichtungen mit den ihm vom Schuldner geleisteten erfüllen kann, selbst dann nicht, wenn die Verpflichtungen ausschließlich auf den vom Schuldner gewährten Kredit zurückzuführen sind. Letzteres ist aber im Allgemeinen, insbes. bei dem von Solbeck erwähnten Bankier, nicht einmal der Fall. Denn dieser hat Devisen- und Reichsmarkkredite aufgenommen und sie mit seinen eigenen Devisen- und Reichsmarkvermögen vermischt. Aus dem Gesamtbetrag der dadurch geschaffenen flüssigen Mittel hat er die verschiedensten Kredite, sei es auf Reichsmark- oder auf Währungs basis gegeben, so daß eine Beziehung des einzelnen auf Reichsmark oder Devisen lautenden Darlehens zu den einzelnen vom Bankier als Darlehn aufgenommenen oder aus eigenen Mitteln aufgebrauchten Beträgen nicht mehr festgestellt werden kann. Hinzukommt noch, daß der Bankier das aufgenommene Devisendarlehn häufig selbst nur in Reichsmark erhalten oder aber durch Verkauf der Devisen an die Reichsbank in Reichsmark umgewandelt hat. Seine inländischen Kreditnehmer jedenfalls dürften im allgemeinen lediglich Reichsmark empfangen haben. Gibt der Schuldner bei Fälligkeit Reichsmark zurück, so erhält also der Kreditgeber das wieder, was er tatsächlich gewährt hat. Die Vereinbarung, in effektiver Devisen zurückzuzahlen, entspricht nur in den wenigen Fällen dem in § 607 BGB. geregelten Sachverhalt, in denen der Schuldner effektive Devisen erhalten hat, mag er sie dann auch in Reichsmark verkauft haben. In den weitaus überwiegenden Fällen erhält sie entgegen dem § 607 BGB. die Abrede, daß etwas anderes als das tatsächlich „Empfangene“ zurückzuleisten ist. So wie in allen diesen Fällen der Schuldner keine effektive Devisen „empfangen“ hat, vielmehr auf seinem Konto vom Bankier nur den zum Auszahlungstage des Darlehens in Reichsmark umgerechneten Betrag gutgeschrieben erhielt, sind beide Beteiligten davon ausgegangen, daß auch die Rückzahlung nicht in effektiver Devisen erfolgt, sondern wie die Auszah-

lung durch Anschaffung des Reichsmarkgegenwertes jedoch zu dem am Fälligkeitstage geltenden Devisenkurs. Gerade Dr. Solbeß, der das wirtschaftliche Moment in seiner Begründung so stark in den Vordergrund stellt, daß er den inländischen Bankier auch rechtlich nur als Vermittler angesehen wissen will, wird zugestehen müssen, daß bei Krediten des inländischen Bankiers an inländische Schuldner fast ausnahmslos die Effektivklausel über das von den Parteien wirtschaftlich Gewollte hinausgeht, daß keiner der Beteiligten ernstlich an eine Gewährung oder Rückzahlung des Darlehns in effektiver Devisen gedacht hat, vielmehr lediglich beabsichtigt war, den Schuldner mit dem — wie Solbeß selbst es bezeichnet — „Valutarisiko“, d. h. dem Wertisiko bei einer Veränderung des Kurswertes der Reichsmark im Verhältnis zur vereinbarten Devisen vom Auszahlungsbis zum Fälligkeitstage an zu belasten. Nicht um effektive Devisen zu geben und zurückzuerhalten, verlangte der Gläubiger den Dollar oder das Pfund als Schuldwährung, sondern weil er eine Entwertung der Reichsmark befürchtete, weil er dem amerikanischen bzw. dem englischen Währungsgeber mehr vertraute als dem die Reichsmark regelnden deutschen Gesetzgeber. Hatten aber in all diesen Fällen die Parteien trotz der Effektivklausel ernstlich nicht die Absicht, Kreditgeschäfte durch effektive Devisenleistung abzuwickeln, wählten sie vielmehr die Fremdwährung lediglich als Basis, als Grundlage für die wertmäßige Abrechnung von Leistung und Rückleistung, übernahm also der Schuldner mit dem „Valutarisiko“ nur das Entwertungsrisiko der Reichsmark, so handelt der inländische Gläubiger wider den gewollten Vertragszweck, wenn er jetzt, nachdem die Möglichkeit der Devisenleistung infolge höherer Gewalt entfallen ist, pochend auf die Effektivklausel, Zahlung in effektiver Devisen verlangt, die er selbst nicht gewährt hat, die der Schuldner nicht „empfangen“, also aus § 607 BGB. allein nicht zurückzugewähren hat und die keine der Parteien bei Darlehensgewährung ernstlich in Erwägung gezogen hat (Solbeß selbst spricht auf S. 218 rechte Spalte davon, daß der Schuldner den Gegenwert der Devisenschuld in Mark erhalten habe).

c) Die tatsächliche Behauptung von Dr. Solbeß jedoch: mit den Krediten in ausländischer Währung seien billigere Zinssätze verbunden gewesen als für Markkredite, ist in dieser Allgemeinheit sicher unzutreffend, wie der mir vorliegende Vergleich zwischen den Zinssätzen von Großreichsmark- und Währungskrediten zeigt. Selbst wenn aber „der deutsche Kreditnehmer“, besser der inländische — denn auch auf Schuldnerseite ist die Nationalität unerheblich — „eine besondere Vergünstigung erhielt“, so deshalb, weil er das „Valutarisiko“, d. h. das Risiko der Entwertung der Reichsmark übernahm, mit der der Gläubiger rechnete und das z. B. die Hypothekengeber veranlaßte, Hypotheken nicht auf Reichsmark- sondern auf Goldmarkbasis zu geben.

d) Die weitere Behauptung Dr. Solbeß: der Schuldner mache einen mühelosen Gewinn von rund 40% zu Lasten des inländischen Gläubigers, weil er den Gegenwert der Devisenschuld in Mark z. B. bei Dollars oder Pfunden in einem weit höheren Betrage vor der Abwertung des Dollars oder Pfundes erhalten habe, steht mit der zur Diskussion gestellten Frage in keinem Zusammenhang. Denn hier handelt es sich allein darum, ob der inländische Gläubiger „auf Grund der Devisenzwangsbewirtschaftung verpflichtet (ist), für seine Forderung in effektiver Devisen Markzahlungen von seinem Schuldner entgegenzunehmen“, nicht aber darum, ob der Gläubiger einer auf Dollar oder Pfunde lautenden Forderung wegen Abwertung dieser Währungen einen Aufwertungsanspruch hat.

Die Behauptung ist auch in ihrer Allgemeinheit unhaltbar. Sie würde nur zutreffen, wenn der Schuldner die als Gegenwert für die Devisenschuld „empfangene“ Reichsmark auf seinem Bankkonto belassen oder als Reichsmark weiter geliehen hätte. Hat aber der Schuldner den Betrag in der entwerteten Devisen unterkreditiert, entfällt der mühelose Gewinn von rund

40%. Das gleiche gilt, wenn er, was so oft übersehen wird, den Betrag in Sachwerten angelegt hat, die in ihrem in Geldziffer ausgedrückten Wert seit Kreditaufnahme um denselben Prozentsatz gesunken sind. Denn auch der Geldwert ist nicht absolut. Er steht in Relation zu den für das Geld erzielbaren Sachgegenwerten. Sind diese um 40% gegenüber dem Dollarkurs z. B. der Darlehensgewährung gesunken, dann ist durch die 40%ige Abwertung des Dollars nur die alte Relation wiederhergestellt, d. h. man erhält für den abgewerteten Dollar den gleichen Sachwert, den man zur Zeit der Kreditdingabe für den unabgewerteten Dollar erzielte.

Dr. Solbeß übersieht ferner, daß er nur dann dem Schuldner den etwaigen 40%igen Gewinn entgegenhalten könnte — ungeachtet dessen, daß dieser für die hier vorliegende Frage unerheblich ist — wenn der Gläubiger selbst an der Abwertung des Dollars oder des Pfundes in seinen Verpflichtungen nicht teilgenommen hätte. Das ist aber gerade bei dem von Solbeß als Beispiel gebrachten Bankier nicht der Fall. Denn dieser hat sich ja in derselben Devisen verpflichtet, in der er weiter kreditiert hat, macht also den gleichen „mühelosen Gewinn von rund 40%“, richtiger gesehen, wird in demselben Ausmaße von seinen Verpflichtungen entlastet wie der Schuldner. Ja der Gläubiger hat aus der Abwertung dann einen viel größeren „Gewinn“ gezogen als der Schuldner, wenn er nur einen geringen Bruchteil des erhaltenen Währungskredits in der gleichen Währung, den Hauptteil dagegen in Reichsmark oder auf Basis einer nicht entwerteten Währung, z. B. in Schweizer Franken ausgeliehen hat, der Schuldner dagegen in der erhaltenen Dollar- oder Pfundwährung unterkreditiert, also bankpolitisch richtig gehandelt und nicht in Währung spekuliert hat.

e) Gerade diese Erörterungen zeigen auch, daß der etwaige Währungsgewinn mit der hier vorliegenden Frage nicht das geringste zu tun hat, vor allem aber, daß die Entsch., ob der inländische Gläubiger von seinem inländischen Schuldner Mark an Erfüllung Statt annehmen muß, weder von dem internationalen, auf ganz anderer tatsächlicher und rechtlicher Grundlage beruhenden Rechtsverhältnis zwischen dem inländischen Gläubiger und seinen ausländischen Kreditgebern abhängig gemacht werden kann, weder davon, in welcher Devisen, wie hoch und mit welcher Fälligkeit (vgl. Kreditabkommen) Valutenverpflichtungen des inländischen Gläubigers bestehen, welche Währungsgewinne er gemacht, in welcher Weise er die erhaltenen Beträge mit seinem eigenen Reichsmark- und Währungsgeld vermischt und aus dem Gesamtbetrag seiner flüssigen Mittel weitergeliehen hat, ob in Reichsmark oder in Devisen, in Dollars, in Pfunden oder in nicht abgewerteter Währung, z. B. in Franken, noch davon, wie alle diese Umstände beim Schuldner liegen.

All das könnte vielleicht in einem Aufwertungsstreit interessant werden, wenn eine Aufwertung dem Grunde nach bejaht werden würde (vgl. dagegen meinen Aufsatz: „Die Golddollar Klausel“: DZ. 1936, 325 ff.), ist aber für die Frage der Reichsmarkannahmepflicht des inländischen Devisengläubigers ohne rechtliche oder tatsächliche Bedeutung. Diese Frage kann nur einheitlich für alle deutschen und nichtdeutschen inländischen Devisengläubiger und -schuldner und ohne Rücksicht auf das zwischen jenen und ihren ausländischen Geldgebern bestehende Rechtsverhältnis entschieden werden. Sie ist, wie dargetan, zu bejahen, selbst dann, wenn man mit Solbeß unter Außerachtlassung des in III unter b Abs. 2 erörterten allgemeinen Rechtsfaktes die Rechtsbeziehungen zwischen ausländischem und inländischem Gläubiger für dessen Rechtsverhältnis mit dem inländischen Schuldner maßgeblich sein läßt. Denn wie zu I ausgeführt, kann auch der inländische Gläubiger seinen ausländischen Geldgeber dadurch in Annahmeverzug mit allen seinen Folgen bringen, daß er ihm nach Fälligkeit seiner Forderung Zahlung in Reichsmark auf Sperrkonto anbietet.

Die Rechtsnatur der Verfügungen des Werberats der deutschen Wirtschaft

Von Rechtsanwält Dr. jur. Hans Culemann, Düsseldorf

I.

Tatbestand: In A. bestehen zwei Möbelhändlerfirmen mit gleichen Namen. Die eine heißt: Franz K., die andere heißt: Wilh. K. Wwe. Während eines Wettbewerbsprozesses inseriert die Firma Franz K.:

„Zur Aufklärung!

Dauernde Verwechslungen unserer Firma mit einer Firma ähnlichen Namens veranlassen uns darauf hinzuweisen, daß unsere Ausstellungen sich nur

Ostwall 89 Stilmöbel

Drei Königenstr. 71 Gewerbehäus

Wohnungseinrichtungen, Teppiche, Gardinen

und Adolf-Hilfer-Str. 41

befinden. Kleinmöbel, Polstermöbel

Beachten Sie bitte

den Vornamen

Franz K.“

Die Firma Wilh. K. Wwe. erläßt ein Inserat folgenden Inhalts:

„Um Irrtümern vorzubeugen, teile ich mit, daß sich mein altbekanntes Kr. Möbelhaus nach wie vor nur

Lothstraße 108 a

und

Königsstraße 135

befindet.

Wilh. K. Wwe.

Stammgeschäft gegr. 1856.“

Die Industrie- und Handelskammer zu A. hat die beiden Inserate dem Werberat der deutschen Wirtschaft zur Stellungnahme übersandt. Der Präsident des Werberats hat sich daraufhin am 31. Jan. 1936 folgendermaßen geäußert: „Ich muß in den beiden mir vorgelegten Anzeigen der Firmen Franz K. und Wilh. K. Wwe. eine übertriebene Werbung erblicken. Außerdem sind die Anzeigen geeignet, die Wettbewerbsfirmen herabzusetzen. Ich sehe in beiden Anzeigen einen Verstoß gegen Ziff. 6 meiner 2. Bef. v. 1. Nov. 1933 (RAnz. Nr. 256). Die Hervorhebung des Vornamens durch den Druck genügt in der Werbung, um Verwechslungen der gleichnamigen Firmen auszuschließen. Für besonders unstatthaft muß ich eine derartige Werbung ansehen, wenn sie während eines schwebenden Rechtsstreits durchgeführt wird, da sie nicht im Einklang mit meinem Bestreben steht, Konkurrenzgegenfälle in der Wirtschaftswerbung auszuschließen. Wir ersuchen Sie, in Zukunft von Anzeigen in der beanstandeten Form abzusehen, andernfalls wir gezwungen sind, weitere Schritte gegen Sie zu unternehmen.“

Die Verfügung des Werberats begegnet stärksten Bedenken. Die Verfügungen des Werberats, oder besser seine Verlautbarungen, werden fälschlich als „Entscheidungen“ bezeichnet. Das verleitet dazu, sie den Entscheidungen der Zivil- und Strafgerichte und der Verwaltungsgerichte gleichzusetzen. Sie stellen aber kein Entscheiden streitiger Tatbestände oder zweifelhafter Rechtsfragen dar, sondern sind nichts anderes als Wissenskundgebungen. § 1 Gef. über Wirtschaftswerbung v. 12. Sept. 1933 weist dem Werberat der deutschen Wirtschaft die Aufsicht über das private Werbungswesen zu. § 3 bestimmt:

„Wer Wirtschaftswerbung ausführt, bedarf einer Genehmigung des Werberats. Der Werberat kann die Erteilung der Genehmigung von der Erhebung einer Abgabe abhängig machen. Die Genehmigung kann an weitere Bedingungen geknüpft werden.“

! Gestützt auf die letztere Vorschrift ordnet § 5 der 2. Durchf. VO. zum Gef. über Wirtschaftswerbung v. 27. Okt. 1933 an: „Der Werberat hat Maßnahmen zu ergreifen, um die Mißstände, die sich auf dem Gebiete des wirtschaftlichen Werbens entwickelt haben, zu beseitigen. Er hat insbes. Wahrheit in der wirtschaftlichen Werbung herbeizuführen.“

Auf Grund des Gef. v. 12. Sept. 1933 und der Durchf. VO. hat der Werberat eine Reihe von Bekanntmachungen erlassen. Diese Bekanntmachungen enthalten den Willen des Werberats. Sie geben bekannt, welche Forderungen der Werberat an die Werbungstreibenden richtet. Da der Werberat jedem Werbungstreibenden die Genehmigung, Wirtschaftswerbung zu treiben, nicht nur erteilen, sondern auch jederzeit ohne Angabe von Gründen wieder entziehen kann, so läuft derjenige, der die Forderungen des Werberats nicht beachtet, Gefahr, die Genehmigung zur Wirtschaftswerbung zu verlieren.

In Ziff. 6 seiner 2. Bef. v. 1. Nov. 1933 hat der Werberat „Richtlinien, nach denen Wirtschaftswerbung ausgeführt und gestaltet werden soll“, bekanntgegeben. Diese Richtlinien haben folgenden Wortlaut:

„Im Rahmen der bestehenden gesetzlichen Vorschriften und der vom Werberat erlassenen Richtlinien und Bestimmungen ist jeder in der Ausübung und Gestaltung seiner Werbetätigkeit frei.

Die Werbung hat in Besinnung und Ausdruck deutsch zu sein. Sie darf das sittliche Empfinden des deutschen Volkes, insbes. sein religiöses, vaterländisches und politisches Fühlen und Wollen nicht verletzen.

Die Werbung soll geschmackvoll und ansprechend gestaltet sein. Verunstaltungen von Bauwerken, Ortschaften und Landschaften müssen unterbleiben.

Wer Wirtschaftswerbung ausführt, hat dabei als ehrbarer Kaufmann zu handeln. Alle Angaben müssen wahr und klar sein und die Möglichkeit einer Irreführung vermeiden. Die Werbung darf nicht amtlichen Zeichen und Formen (z. B. Hoheitszeichen, Banknoten, Verkehrszeichen oder behördlichen Verlautbarungen) nachgebildet sein. Sie darf weiter nicht in marktschreierischer Weise oder durch Übertreibung verlocken, sondern soll in sachlicher Beweisführung die Vorteile der eigenen Leistung hervorheben. Der Wettbewerber darf nicht herabgesetzt werden.

Nicht statthaft ist ferner eine mißbräuchliche Verquickung der Werbung mit der wirtschaftlichen und obrigkeitlichen Tätigkeit staatlicher und kommunaler Stellen und öffentlicher Körperschaften.“

Wird nun ein Tatbestand aus der Werbung an den Werberat herangetragen, so äußert sich der Werberat darüber, ob die ihm vorgelegte Werbung seinem Willen, daß er in den oben wiedergegebenen Richtlinien oder an anderen Stellen seiner „Bekanntmachungen“ oder in seinem amtlichen Mitteilungsblatt „Wirtschaftswerbung“ bekanntgegeben hat, entspricht. Denkbar ist auch, daß der Werberat zu dem Fragenkreis, in den der ihm vorgelegte Tatbestand hineinfällt, sein Wollen, seine Forderungen, noch nicht verlaublich hat. Das schließt indessen lediglich aus, daß der Werberat in seiner Antwort auf eine Bekanntmachung oder eine Verlautbarung in der „Wirtschaftswerbung“ oder an anderer Stelle Bezug nehmen kann. Dagegen ist er nicht gehindert, die Bekanntgabe seiner Forderungen anlässlich eines neuen Tatbestandes zu erweitern.

Die Richtlinien der Ziff. 6 der 2. Bef. fordern, daß die Werbung nicht „durch Übertreibung verlocken“ dürfe. In der Bfg. v. 31. Jan. 1936 findet sich nun aber das Wort von der „übertriebenen Werbung“. Damit ist nicht etwa die übertriebene Werbung gemeint, sondern eine Werbung, die über das nach Auffassung des Werberats sachlich gebotene Maß hinausgeht. Der Werberat will zum Ausdruck bringen, daß er es für unnötig hält, wenn zwei Firmen, deren Namensgleichheit zu

Verwechslungen Anlaß bietet, der Verwechslungsgefahr durch Inserate entgegenzutreten, die, wie dies die beiden Anzeigen tun, dick und schwarz umrandet sind, die Worte „Um Irrtümern“ und „Zur Aufklärung“ und „dauernde Verwechslungen“ in großen Lettern und unterstrichen bringen. Er ist der Meinung, daß sich der angestrebte Zweck „Verminderung der Verwechslungsgefahr“ auch mit weniger Aufwand erreichen läßt. Sein Wollen geht dahin, daß, wenn Verwechslungsgefahr vorliegt, ihr ohne Inanspruchnahme der Zeitungen, mindestens aber mit bescheideneren Inseraten, entgegengewirkt wird. Sein Wollen hat seinen Grund einmal in der Vorstellung, daß das Publikum nicht in einen Streit zweier Werbungtreibenden hineingezogen werden soll, zum anderen darin: Das Ideal, das Ziel des Werberats ist eine Werbung, wie er sie im Abs. 4 der Ziff. 6 beschrieben hat, eine Werbung, die sich darauf beschränkt, „in sachlicher Beweisführung die Vorteile der eigenen Leistung hervorzuheben“. Der Inseratenteil der Zeitungen soll nach den Wünschen des Werberats nur derartige Werbung enthalten. Inserate, mit denen der eine Werbungtreibende die Verbraucher davor warnt, statt, wie sie wollen, in das Geschäft des Konkurrenten zu geraten, zu ihm zu kommen, passen nicht in das Gesamtbild einer, nur auf sachliche Beschreibung der Vorteile, die die Werbungtreibenden den Verbrauchern zu bieten vermögen, gerichteten Werbung.

Keine noch so weitgehende Auslegung des Wettbewerbsrechts (UrtW.G., BGB.) würde zu einer Verurteilung der beiden Inserate niemals gelangen können. Auch der Werberat verurteilt diese Werbung nicht im Sinne einer gerichtlichen Entscheidung. Er gibt lediglich bekannt, daß ihm diese Werbung unerwünscht ist, daß er an ihre Stelle lieber eine andere Art der Werbung sehen möchte. Der Werberat ist in der Bildung seines Willens frei. Er ist lediglich der Dienstaufsicht des RMin. für Volksaufklärung und Propaganda unterworfen, die dieser im Einvernehmen mit den für die Wirtschaftspolitik zuständigen Reichsministern ausübt. Durch Inanspruchnahme der Dienstaufsicht kann der Werbungtreibende versuchen, den Werberat zu einer Umbildung seines Willens zu veranlassen, wenn nicht schon auf die beim Werberat selbst erhobenen Vorstellungen hin dieser seinen Willen abändert. Abgesehen von der im Wege der Dienstaufsicht zu veranlassenden Willensumbildung also ist der Werberat in der Gestaltung seines Willens frei. Ein Gericht kann niemals sagen: Ich will, daß der Wettbewerb so gestaltet werde; oder: ich will nicht, daß so geworben wird. Das Gericht sagt immer nur: Dieses ist nach meiner Auffassung recht; und: dieses und jenes unrecht. Der Werberat hat eine aktive, gestaltende, erziehende Aufgabe. Es ist verfehlt, die Verlautbarungen, die der Werberat in Erfüllung dieser Aufgabe erläßt, mit den Urteilen der Gerichte zu verwechseln. Der Werberat könnte, wenn ein Werbungtreibender auf dem Plakat eine Zigarettenschachtel mit trassen gelben und blauen Farben malt, erklären: Ich will, daß statt gelber und blauer Farbe rote und grüne Farbe genommen wird. Der Werberat kann also, es sei denn, daß die Dienstaufsicht einen solchen Akt der Willensbildung verhindert, jederzeit den höchstgesteckten Wünschen Ausdruck geben. Er kann geradezu Idealwünsche in seinen Willen aufnehmen. So kann der Werberat in der Entscheidung vom 31. Jan. 1936 erklären: Ich wünsche von den beiden namensgleichen Firmen, daß sie der Verwechslungsgefahr nur durch mündliche Aufklärung oder in ganz bescheidenen Inseraten entgegenzutreten. Eine weitergehende Aufklärung werde ich als eine übertriebene Werbung ansehen. Ich will eine solche weitergehende Aufklärung nicht. Würde sie dennoch fortgesetzt werden, so würde mich das veranlassen, den betreffenden Werbungtreibenden die Genehmigung, Wirtschaftswerbung zu treiben, zu entziehen.

Ist also die Frage, ob die Bfg. v. 31. Jan. 1936 als Entscheidung richtig ist, deshalb verfehlt, weil es sich nicht um eine Entscheidung handelt, so erhebt sich die weitere Frage: Sind die Erwägungen, die den Werberat im vorliegenden Falle zu seiner Willensbildung geführt haben, richtig? Besteht also für den Werberat kein Anlaß, seinen Willen umzubilden? Die Erwägungen sind unrichtig. Wenn in einer Stadt zwei Firmen des gleichen Gewerbezweiges den gleichen Namen haben, sind dauernde Verwechslungen in der Tat unvermeidlich. Solche

dauernden Verwechslungen sind für beide Firmen und für das Publikum in gleicher Weise peinlich. Sie führen zu ständigen Zeitverlusten, unnötigen Laufereien, zu Verdächtigungen, Reibereien und Mißtrauen. Sie stören, wenn auch in kleinem Kreise, die Reibungslosigkeit des Wirtschaftsverlaufs. Sowohl vom Standpunkte der beiden Firmen wie vom volkswirtschaftlichen Standpunkte aus ist deshalb den Werbungtreibenden das Recht zuzubilligen, der Verwechslungsgefahr entgegenzuwirken. Die mündliche Aufklärung reicht dazu nicht aus, weil sie immer nur einen kleinen Kreis von Personen erfaßt. Es muß daher die Presse zu Hilfe genommen werden. Nur sie bietet einige Aussicht auf vollständige Erfassung der den Irrtümern unterliegenden Verbraucher.

Eine Tageszeitung hat täglich zwei bis acht und mehrere Seiten Inserate. Das Publikum überfliegt die Inserate. Schon diese Tatsache zwingt zur auffälligen Gestaltung der Aufklärungsanzeige. Mit dem Überfliegen sucht sich der Durchschnittsleser diejenigen Inserate heraus, die ihm etwas zu bieten scheinen, also günstige Einkaufsgelegenheiten. Das Aufklärungsinsert enthält keine billigen Preise, treffliche Ware, günstige Bedingungen, daher muß der Inserent zu anderen Mitteln greifen, um den flüchtigen Leser zum Durchlesen des Inserats zu zwingen. Zu diesem Zwecke wählt er den dicken, schwarzen Rand, die großen Buchstaben, die Unterstreichungen. Das ist alles sachgemäß und zweckentsprechend und geht über die sachlich gebotenen Notwendigkeiten nicht hinaus. Ein Zurückbleiben hinter dem, was die beiden Werbungtreibenden aufgewendet haben, um die Aufmerksamkeit der Verbraucher auf ihre Inserate zu ziehen, würde die Inserate wirkungslos machen. Es wäre dann die Insertionsgebühr umsonst aufgewandt, der Aufklärungszweck aber immer noch nicht erreicht.

Indessen ist für die Willensbildung des Werberats im vorliegenden Falle auch noch ein anderer Gesichtspunkt ursächlich gewesen. Es kommt vor, daß eine kleine Firma den gleichen Namen wie eine große Firma hat und im gleichen Gewerbezweig tätig ist. Um den Ruf, das Ansehen und die Beachtung, die der großen Firma zukommen, auf sich zu ziehen, inseriert der kleine Geschäftsmann: „Ich bitte mich nicht mit der großen Firma zu verwechseln.“ Er rechnet damit, daß der flüchtige Durchschnittsleser, wenn er den Namen der großen Firma und das Wort „verwechseln“ liest, hellhörig wird. Weil Inserate, die den Namen der großen Firma tragen, beachtet zu werden pflegen, und weil es interessant ist, zu lesen, daß angeblich der kleine Mann und der große miteinander verwechselt werden, so spannt der kleine Geschäftsmann den großen vor seinen Wagen. Das widerspricht dem Gebahren des ehrbaren Kaufmanns und ist zu verurteilen. Indessen liegen in unserem Falle die Dinge nicht so, daß hier ein kleiner Werbungtreibender sich an den großen anhängte. Daher kann der Werberat diesen Gesichtspunkt bei seiner Willensbildung nicht mitsprechen lassen.

Der Werberat hat aber noch einen weiteren Grund angeführt: Die Anzeigen seien geeignet, die Wettbewerbsfirmen herabzusetzen. Auch diese Erwägung trifft indessen nicht zu. Man lese die beiden Inserate noch einmal sorgfältig durch und man wird finden, daß in ihnen nichts Herabsetzendes steht. Die Inserate enthalten rein sachliche Angaben, nämlich Firmennamen, Anschriften und Geschäftsprogramme. Ferner die Feststellung, daß Irrtümer vorkommen, daß sich Verwechslungen dauernd ereignen, daß eine Aufklärung bezweckt wird. Darüber hinaus enthält das Inserat der Wihl. K. Wwe. noch das Wort von dem altbekannten Hr. Möbelhaus. Das ist zwar ein Werturteil, aber feins, das gleichzeitig ein Werturteil über das Geschäft des verwechselbaren Wettbewerbers in sich schließt.

Der letzte Grund für die Willensbildung des Werberats ist der, daß die Aufklärung während eines schwebenden Rechtsstreits durchgeführt werde. Es ist nicht erfindlich, warum, wenn die Aufklärung sachlich geboten ist, die Aufklärung während eines Rechtsstreits ruhen soll. Die Verwechslungen ruhen jedenfalls während der Prozesse nicht. Die Nachteile, die sich aus den Verwechslungen laufend ergeben, ruhen ebensowenig. Irgendein vernünftiger Grund dafür, daß während der Dauer der Rechtsstreitigkeiten der Verwechslungsgefahr nicht entgegenzutreten

werden soll, ist nicht zu erkennen. Ein solcher Grund besteht auch nicht.

Die Willensbildung des Werberats ist in vorliegendem Falle also nicht zu billigen. Gewiß kann der Werberat Idealziele anstreben. Er kann den Wunsch nach Verwirklichung eines Idealzustandes in seinem Willen aufnehmen. Ein Zustand aber, der es verbietet, rein sachlich und rein sachgemäß der Verwechslungsgefahr vorzubeugen, ist kein Idealzustand, sondern ein höchst unidealer und unerwünschter Zustand. Wenn, wie der Werberat sagt, die Hervorhebung des Vornamens durch den Druck in der Werbung verweigert, um Verwechslungen der gleichnamigen Firmen auszuschließen, dann möchte es unnötig sein, Aufklärungsinserate zu erlassen. Aber gerade eben der Umstand, daß beide Firmen jahraus, jahrein in ihren laufenden Inseraten jedesmal ihren Vornamen ausschreiben, den Vornamen auch durch den Druck hervorheben, beweist, daß durch diese Mittel allein der Verwechslungsgefahr nicht Einhalt geboten werden kann. Es ist eine rein werbetchnische Frage, ob der Kaufmann glaubt, der Verwechslungsgefahr lediglich durch Ausschreiben der Vornamen in großem Druck begegnen zu sollen, oder ob es sich empfiehlt, ein Mehreres zu tun. Gefährlich ist es, hier schon die Aufsicht des Werberats praktisch beginnen zu lassen. Jede Verfügung des Werberats findet lebhafteste Beachtung bei den betroffenen Werbungstreibenden sowie wie bei der Allgemeinheit der Werbungstreibenden. Das gilt auch dann, wenn seine Verfügung nicht, wie das in unserem Falle geschehen ist, von der Industrie- und Handelskammer, der sie zugegangen ist, als grundsätzliche Entscheidung des Werberats veröffentlicht wird. Der Kaufmann, den die Verfügung unmittelbar betrifft, wird, selbst wenn er, was recht schwierig ist, alle die einzelnen Erwägungen, die zu der Willensbildung des Werberats hingeführt haben, erkennt, verängstigt. Auch wenn er begriffe, daß in seinem Falle der Werberat ein ideales Wunschbild in seinem Willen aufgenommen hat, so bliebe ihm doch zum mindesten ungewiß, ob nicht seine nächste oder übernächste Werbemaßnahme wiederum der Durchsetzung eines Wunschbildes beim Werberat zum Opfer fällt. Er wird unsicher, verliert die Entschlußkraft bei der Durchführung der Werbung, verliert die Freude am Inserieren und zieht sich auf Werbewege zurück, die der Beaufsichtigung durch den Werberat zwar rechtlich, aber nicht praktisch unterliegen, nämlich die mündliche Werbung. Den anderen Werbungstreibenden aber, die den Tatbestand nicht oder nur unvollständig kennen, geht es erst recht so. Das sind die Gefahren einer solchen Willensbildung. Sie werden vergrößert dadurch, daß der Werberat als Motiv seiner Entschlußfassung einen Grundsatz verlautbart, der in der gewählten Formulierung zu grenzenloser Verwirrung führen muß. „Ich sehe die Werbung für unstatthaft an“, sagt der Werberat, „da sie nicht im Einklang zu meinem Bestreben steht, Konkurrenzgegensätze in der Wirtschaftswerbung auszuschließen“. Die Grundlage der Wirtschaftswerbung ist der Konkurrenzgegensatz. Hat der Kaufmann keinen Konkurrenten, dann hat er ein Monopol und braucht höchstens gelegentlich Erinnerungswerbung zu treiben. Nur dadurch, daß der Werbungstreibende Mitbewerber hat, wird er veranlaßt, ja gezwungen, immer wieder zu inserieren, zu plakatieren, Werbeblätter zu verteilen, Prospekte zu versenden. Das Wesen der Werbung ist Kampf, wie das Wesen des Wettbewerbs Kampf ist, und alles Wirtschaften Kampf ist. Kein Gesetzgeber und keine Regierung können daran denken, den Kampf aus der Wirtschaft, aus dem Wettbewerb, auszuschließen. Und der Werberat kann nicht daran denken, den Kampf aus der Werbung auszuschließen. Der Werberat kann auch nicht daran denken, als Idealziel, als Wunschbild die Konkurrenzgegensätze aus der Werbung auszuschließen. Was dem Werberat bei seiner Verfügung vorgeschwebt hat, ist der Wunsch, daß die Werbung soweit wie irgend möglich darauf gerichtet sein soll, der Erwerbung des Kunden, nicht aber der Austragung von Kämpfen unter den Werbungstreibenden zu dienen. Nun ist aber das Inserat, das verkündet, daß der Kaufmann A. gute Stoffe zu günstigen Preisen anbietet, zwangsläufig eine Bekämpfung der Konkurrenten B., C. usw., die die von A. umvorbenen Verbraucher für sich behalten oder gewinnen möchten. Durch das Inserat werden die Verbraucher in den Kampf der Werbung-

treibenden um den Kunden eingeführt. Daß die Werbungstreibenden um ihn kämpfen, ist dem Kunden kein Geheimnis. Er rechnet sogar damit und weiß, daß es für ihn wichtig ist, diesen Kampf zu verfolgen, weil er als der Umvorbene aus dem Kampf Vorteile ziehen kann. Der Werberat will auch nicht etwa, daß der Kampf um den Kunden aufhört, und ebensowenig will er verhindern, daß der Kampf um den Kunden in der Werbung seinen Niederschlag findet. Was er verhindern will, das ist, daß der Kampf in der Werbung zum Selbstzweck wird, und daß der Kampf über seinen volkswirtschaftlichen Zweck, nämlich das Anwerben von Kunden, hinausgeht. Zum Selbstzweck wird der Kampf, wenn ein Inserat etwa sagt: „Wir geben für Werbung wenig aus, lassen die ersparten Gelder unseren Kunden zugute kommen. Unsere Konkurrenten werben viel, sie schlagen aber die Werbekosten auf die Warenpreise auf.“ Über den durch seinen volkswirtschaftlichen Zweck gebotenen Rahmen geht der Kampf um den Kunden in der Werbung beispielsweise dann hinaus, wenn eine Firma plakatiert: „Der Inhaber unserer Hauptkonkurrenz war im Kriege unablöslich. Unsere sämtlichen Teilhaber haben dagegen vier Jahre lang im Felde gestanden.“ Oder wenn ein Werbungstreibender bekanntmacht, daß sein Konkurrent ihn andauernd mit häßlichen Verdächtigungen verfolge, die Ware schlecht mache, unendlich viel Geld in den Konkurrenzkampf hineinstecke. Solcher Beispiele gibt es nun freilich genügend, und man kann durchaus den Grundsatz aufstellen, daß die Werbung, d. h. die Ankündigung, nicht dazu benutzt werden soll, um das Publikum mit Werbestreitigkeiten zwischen zwei Wettbewerbern bekanntzumachen, um die Aufmerksamkeit des Publikums darauf zu lenken, daß der Wettbewerb unter den Konkurrenten zu bestimmten Streitigkeiten, Prozessen, geführt hat. Daß Kampfmaßnahmen ergriffen, Abwehrschritte eingeleitet sind, daß Zwistigkeiten in der Branche ausgebrochen sind, derartiges soll nicht angekündigt werden. Die Kampfhandlungen des Wettbewerbs: Verbesserung der Qualität, Herabsetzung der Preise, sollen nicht als Kampfhandlungen annonciert werden. Es genügt, daß ohne Bekanntgabe ihres Kampfzwecks die Qualitätsbehebung allein angekündigt wird. Das wollte der Werberat in seiner unglücklichen Formulierung — mein Bestreben, Konkurrenzgegensätze in der Wirtschaftswerbung auszuschließen — zum Ausdruck bringen.

Die Industrie- und Handelskammer, der die Verfügung vom 31. Jan. 1936 zugeht, hat sie einem der beiden Werbungstreibenden zugestellt mit der Bemerkung: „Wir ersuchen Sie, in Zukunft von Anzeigen in der beanstandeten Form abzusehen, andernfalls wir gezwungen sind, weitere Schritte gegen Sie zu unternehmen.“ So wird von Handelskammern, Organisationen der gewerblichen Wirtschaft und Werbungstreibenden sehr häufig mit Verfügungen des Werberats verfahren. Dabei wird völlig übersehen, daß einmal die einzelne Willensäußerung des Werberats der Umwidmung durch den Werberat selbst, ferner durch die Dienstaufsicht unterliegt, daß zum anderen die Verfügung des Werberats keine Entscheidung ist, und daß der einzige Schritt, den eine Handelskammer, ein Verband, ein Konkurrent gegen den Werbungstreibenden bei der Nichtbeachtung einer Willensäußerung des Werberats unternehmen kann, immer nur die Bekanntgabe der Nichtbeachtung ist. Ob der Werberat auf diese Anzeige hin reagiert und in welcher Weise, das steht im Belieben des Werberats. Die Formulierung „... andernfalls wir gezwungen sind, weitere Schritte gegen Sie zu unternehmen“, erweckt aber bei dem Laien — und man muß, was das Werberrecht angeht, fast alle Kaufleute als Laien ansehen — den Eindruck, als stünden der Handelskammer irgendwelche Machtmittel zu Gebote, als könne sie den Werbungstreibenden bestrafen lassen, Unterlassungsklagen, einstweilige Verfügungen, gegen ihn bewirken. Es ist für den Nichtjuristen außerordentlich schwer, sich über die Natur des Werberrechts klar zu werden, und sich bei jeder Verfügung des Werberats darüber klar zu sein, daß sie lediglich ein Wollen bekanntgibt, nicht aber eine Entscheidung über Recht und Unrecht darstellt. Der Werberat kann wollen, daß eine Werbung ansprechend gestaltet wird. Er kann deshalb verfügen: „Ich verbiete Ihnen, dieses Plakat anzuschlagen. Es ist nicht ansprechend. Die auf dem Plakat abgebildete Frau hat zu grobe Hände.“ Der Werberat ist aber nicht verpflichtet, seine

Willenskundgebung mit Gründen zu versehen. Er kann sich darauf beschränken, zu verfügen: „Ich verbiete Ihnen, das Plakat anzuschlagen.“ Weil aber der Werberat nicht verpflichtet ist, die Erwägungen, die zu seiner Willensbildung geführt haben, der Bekanntgabe der Entschließung beizugeben, da der Werberat, wo er die Erwägungen beifügt, den Umfang der Beifügung nach freistem Ermessen bestimmen kann, so sind die Verfügungen des Werberats manchmal schwer zu verstehen. Mit diesen Verfügungen umgehen wie mit Gerichtsentscheidungen, heißt oft die Kaufleute verwirren.

Die Verfügung gar als Schreck- und Drohmittel benutzen, das ist völlig abwegig. Deshalb ist die Begleitbemerkung der Handelskammer zurückzuweisen.

II.

Tatbestand: Eine Messeleitung gibt auf Wunsch den Firmen, die auf der Messe eingekauft haben, ein Aushangsschild mit folgendem Inhalt: „Wir haben auf der M.-Messe 1935 eingekauft und bieten Ihnen daher das Neueste und das Preiswerteste.“ Der Werberat verfügt am 11. Jan. 1936: „Ich bitte Sie, aus dem Text des Plakats die beiden Superlative zu entfernen. Ich trage keine Bedenken gegenüber folgender Fassung: ... und bieten Ihnen daher Neues, Schönes und Preiswertes.“

Die Erwägungen, die dieser Entschließung des Werberats zugrunde liegen, sind: 1. Das Schild ist geeignet, in den Augen der Kunden die Wettbewerber herabzusetzen, die nicht auf der M.-Messe 1935 eingekauft haben, weil die Ankündigung, der Werbungtreibende biete das Neueste und Preiswerteste, ausdrücklich aufbaut auf der Tatsache des Messebesuchs. 2. Das Plakat stellt den Werbungtreibenden, der es aushängt, über alle anderen Mitbewerber. Von allen Branchenossen, so kann der Verbraucher das Plakat auslegen, liefert dieser das Neueste und Preiswerteste, die anderen also weniger Neues und Preiswertes. 3. Eine Werbung, in der sich Superlative häufen, ist stur. Sie gibt kein Beispiel einer geistvollen und ansprechenden Werbung. Sie ist daher unerwünscht.

Die Entschließung des Werberats ist nicht zu billigen. Die Erwägungen 1 und 2 können gemeinsam behandelt werden. Der Durchschnittsleser, der flüchtige Beschauer, faßt den Text weder als die Behauptung auf, daß derjenige Kaufmann, der nicht die Messe besucht hat, nicht in der Lage sei, das Neueste und Preiswerteste oder Neues und Preiswertes zu bieten, noch als die Behauptung, daß der Aushänger des Plakats alle anderen Mitbewerber durch Neuheit und Billigkeit seiner Waren in den Schatten stelle, sondern der Kunde faßt den Text genau so auf wie er gemeint ist, nämlich als die Mitteilung: Ich bin ein moderner Kaufmann, ich habe die Messe besucht. Du Leser, weißt, daß die Messe die kaufmännischen Spitzenleistungen vereint. Das was ich auf der Messe gesehen und erfahren habe, mache ich Dir nutzbar.

Gewiß kann man den wettbewerbsrechtlichen Grundsatz, daß die Auffassung des flüchtigen Durchschnittslesers der Beurteilung einer Ankündigung zugrunde zu legen sei, auf das Werberecht durchaus übertragen, aber man ist nicht verpflichtet, darüber hinaus die Auffassung eines böswilligen oder arg beschränkten Lesers heranzuziehen.

Die Tatsache, daß ein Kaufmann Aufwendungen macht, um seine Leistungen für die Kunden auf das höchstmögliche Maß zu bringen, darf der Kaufmann bekanntgeben, der werbungtreibende Kaufmann soll sie bekanntgeben. Man könnte beinahe sagen: Der Kunde hat ein Recht darauf, zu erfahren, welche Bemühungen der Kaufmann anstrengt, um seinen Platz in der Güterverteilung auf das beste auszufüllen. Wollte der Kaufmann seine Befugnis, seine Pflicht zur Bekanntgabe seiner im Dienst des Kunden unternommenen Anstrengungen erfüllen, indem er sagt: „Ich biete Neues und Preiswertes“, so wird er damit dem Messegedanken nicht gerecht. Der Sinn und das Ansehen der Messe beruhen darauf, daß die Messe das Neueste und Beste und Preiswerteste zeigt. Eine Messe, die nur Neues und Preiswertes zeigt, wird den an sie gestellten Anforderungen nicht gerecht.

Der dritte Gesichtspunkt: Die Häufung der Superlative, darf ebenfalls nicht zur Beanspruchung des Plakats führen. Einmal

haben wir gesehen, daß die zweifache Anwendung des Superlativs hier aus der Natur der Sache heraus geboten ist. Damit ist der Gesichtspunkt zu 3 an sich schon widerlegt. Aber auch zu einer Ermüdung des Lesers führt die doppelte Anwendung des Superlativs hier nicht. Sicherlich darf der Werberat in seine Wünsche aufnehmen, ein Werbebild zu erzielen, das nicht ermüdet. Und ebenso gewiß ist es, daß, wenn eine Automobilreklame sagt: Dieser Wagen ist der billigste; dieser Wagen hat die beste Federung, sein Chassis ist das haltbarste, seine Dauerhaftigkeit ist die größte, der Wagen hat das beste Bremsvermögen, der Rahmen hat die größte Bruchfestigkeit, diese Reklame ermüdet. Aber man ist beinahe versucht zu rechnen: Bei zwei Komparativen kann man von einer Ermüdung und von einer Häufung von Komparativen noch nicht sprechen. Ist also die Verfügung auch abzulehnen, so ist sie dennoch lehrreich, denn sie zeigt, wie die Verwechslungsverfügung die Natur des Werberechts. Auch hier sagt der Werberat: Ich wünsche, ich möchte gern. Und er sagt weiter: Da ich ja dazu in der Lage bin, so setze ich Dir gegenüber meinen Wunsch in die Tat um. Ich mache den Wunsch zum Gegenstand meines Willens.

Niemals wird man aber deshalb denjenigen, der einen solchen Wunsch des Werberats nicht kannte, und deshalb nicht berücksichtigte, verurteilen dürfen, ihm unsittliche Werbung oder auch nur unangemessene Werbemethoden vorwerfen dürfen. Andererseits hat der Kaufmann die Pflicht, sich über die Wünsche des Werberats klar zu werden und ihnen gerecht zu werden, es sei denn, daß sie einem verfehlten Wunschbild ihre Entstehung verdanken.

Für das Gericht endlich sind, darauf muß immer wieder hingewiesen werden, die Verfügungen des Werberats nicht bindend. Das Gericht kann Wünsche des Werberats nicht durchsetzen. Das muß dem Werberat allein überlassen bleiben.

Soweit ein Wunsch des Werberats wie in den beiden hier behandelten Verfügungen über das gesetzliche Wettbewerbsrecht hinausgeht, kann er für das Gericht beachtlich erst dann sein, wenn die Werbungtreibenden den vernünftigen Wunsch Allgemein berücksichtigen und der einzelne Werbungtreibende sich auf Kosten der Mitbewerber einen Sondervorteil dadurch verschafft, daß er den Wunsch des Werberats nicht befolgt. Auch dann ist immer noch zu prüfen, ob der Wunsch des Werberats auf moralischem Gebiet liegt, so daß die Nichtberücksichtigung des Wunsches der Auffassung des anständig denkenden Volksgenossen widerspricht.

III.

Tatbestand: Die Firma K.-Z. Iserlohn hat vor 30 Jahren im Kampf gegen die damals den deutschen Markt völlig beherrschende englische Stahlfeder die Erzeugung einer solchen Feder aufgenommen. Sie hat ihren Werbefeldzug zur Einführung der Feder von Anfang an mit dem Werbevers geführt: „Die beste Feder, lieber Sohn, ist die von K.-Z. Iserlohn.“ Es ist von Jahr zu Jahr mehr gelungen, die englische Stahlfeder zu verdrängen. Der Werbevers hat sich hervorragend bewährt. Er ist unentwegt beibehalten worden. Er bildet auch heute noch das Kernstück der Werbung von K.-Z. in Deutschland und im gesamten deutschsprachigen Ausland. Er wird zumeist in Verbindung mit einem Bild gebracht, auf dem ein Vater seinen Sohn belehrt.

Am 22. Juni 1935 verfügt der Werberat: „Diese Art der Werbung bedeutet nicht nur eine unzulässige Übertreibung, sondern auch eine Herabsetzung der Wettbewerbszeugnisse und damit einen Verstoß gegen Ziff. 6 meiner 2. Bef. v. 1. Nov. 1933. Sie wollen daher diesen Werbevers künftig in Ihren Werbeblättern nicht mehr verwenden.“

Der Verfügung ist nicht beizupflichten. Es soll unterstellt werden, daß es in Deutschland mehrere Federfabriken gibt, die Erzeugnisse von gleicher Güte herstellen, so daß die K.-Z.-Feder nicht die beste aller deutschen Federn darstellt, sondern nur eine Feder von bester Güte. Auch dann erhebt sich zunächst die Frage, ob ein nicht unwesentlicher Teil des Publikums den Werbevers als die Behauptung liest: Die K.-Z.-Feder stellt alle anderen Federn in den Schatten. Sie ist von allen auf dem deutschen Markt befindlichen Federn die beste. Aber diese Frage kann man streiten. Ein ganz erheblicher Teil des Publi-

kums kennt den Werbebers von Jugend auf, da er in der Schulpropaganda eine große Rolle spielt. Dieser Teil des Publikums wird den Werbebers heute, wenn er ihn zu Gesicht bekommt, lediglich als Erinnerungswerbung werten. Genau so wie die Hausfrau den Satz: Persil bleibt Persil! nur als Erinnerungswerbung aufnimmt, nicht aber als die Behauptung, Persil bleibt ungeachtet aller technischen Fortentwicklung immer so, wie in der Zeit seines ersten Erscheinens auf dem Markte, genau so wie das allen Hausfrauen vertraute Bild der weißen Dame mit dem grünen Persilpaket in den Hausfrauen lediglich den Gedankengang hervorruft: Aha, jawohl, Persil ist da. Persil kann man kaufen und brauchen, das bekannte Persil bringt sich wieder mal in Erinnerung, genau so wird ein großer Teil der Leser den Werbebers auffassen als Erinnerungswerbung, wird den Gedankengang entwickeln: Jawohl, die A.-B.-Feder, die bekannte, ist zu erhalten und zu gebrauchen. Die A.-B.-Feder bringt sich wieder einmal in Erinnerung. Nun gibt es freilich immer Menschen, die den Vers zum erstenmal hören. Dabon sind wieder ein ganz großer Teil Kinder, die kaum Qualitätsvorstellungen haben, die sich ein Qualitätsurteil nicht bilden, für die die Qualitätsfrage auch uninteressant ist, weil sie einseitigen noch der Gegenstand als Gegenstand interessiert. Diese Kinder werden später, nach Austausch von Qualitätsvorstellungen, den Werbebers lesen, ihn als Erinnerungsvers lesen. Immerhin aber mag noch ein gewisser Teil von Menschen übrigbleiben, die den Vers, wenn sie ihn lesen, nicht als Erinnerungswerbung auffassen, sondern als Tatsachenbehauptung, und die sich demnach sagen: „Also, die A.-B.-Feder ist, zum mindesten nach der Behauptung dieses Werbeblattes, die beste Feder.“ Ob sie damit die Vorstellung verbinden, daß die Feder besser sei als die anderen deutschen Federn, oder ob sie das Wort von der besten Feder als Höchstleistungsbehauptung auffassen, ist auch jetzt noch zu untersuchen.

Wenn ein Inserat sagt: Wir verwenden beste Seide!, wird das nicht gelesen als: Wir verwenden die beste Seide. Die Seide, die die anderen Mitbewerber verwenden, ist nicht so gut wie die unsrige. Sondern ein solches Inserat wird gelesen als die Behauptung: Wir prüfen bei der Materialbewertung die Qualitäten und nehmen im Interesse des Kunden dann die beste, uns zugängliche Qualität. So wird der Superlativ vielfach gelesen, auch noch, wenn vor ihm „der, die oder das“ steht. Wir verwenden das beste Material, wird nicht anders aufgefaßt als: Wir verwenden bestes Material.

Hier haben wir es nun freilich mit dem Endprodukt zu tun. Aber auch dieser Unterschied ist nicht entscheidend. Trotzdem wird man die Möglichkeit zu unterstellen haben, daß von einem gewissen Teil des Publikums der Satz als die Behauptung gelesen wird: Die beste Feder von allen ist die von A.-B. Die anderen sind nicht so gut.

Das führt zu der zweiten Frage über, ob der Werberat seinen in Ziff. 6 der 2. Bef. zum Ausdruck gebrachten Willen, daß die Übertreibung und die Herabsetzung unterbleiben sollen, auch in einem Falle durchsetzen soll, in dem eine Werbeformel altes Traditionsgut der Werbung einer Firma und der deutschen Werbung darstellt. Die Tradition ist immer etwas Wertvolles. Die Haustradition gehört wie Ruf, Erfahrung, solide Kapitalgrundlage, zu den erhaltenswerten Bestandteilen einer Firma. Ein Werbebers kommt in seiner psychologischen und wirtschaftlichen Bedeutung einem Warenzeichen oft gleich. Ja, ein Werbe-

bers ist nicht selten bekannter als das Warenzeichen derselben Firma. Darüber hinaus ist Traditionsgut in der Werbung auch für die Gesamtheit von Wert. Es gibt wenig Traditionsgut in der deutschen Werbung. Man kann die Werbebesäße, Werbebers, die Traditionsgut des Volkes geworden sind, fast an den Fingern herzählen: „Keine Feier ohne Meyer!“, „Persil bleibt Persil“, „Der Gehalt macht's!“ usw.

Gewiß gibt es Werbebers und Formeln, die örtliches Volksgut darstellen. Aber daß eine Werbeformel im ganzen deutschen Reich allgemein bekannt ist, daß sie seit langem bekannt ist, und daß sie seit Jahrzehnten unentwegt und unverändert gebracht wird, das ist ein recht seltener Vorgang.

Es gilt auch, auf den Traditionswert, den eine Werbung im Volk gewonnen hat, Rücksicht nehmen. Das Volk selbst hat dafür viel Verständnis. Jedermann freut sich darüber, daß dem Hause Herzog in Berlin die Autonomnummer 1 seit Jahrzehnten belassen wird. Jeder freut sich darüber, daß die Nr. 4711 dem Hause Mühlens vom Postschefamt freiwillig zur Verfügung gestellt ist. Jedermann freut sich, wenn einer Firma ihr altes Wahrzeichen belassen wird, obwohl die moderne Verkehrsentwicklung eine Beseitigung des Wahrzeichens erwünscht machen würde. Die innerliche Verbundenheit des Volkes mit seiner Wirtschaft kommt in dieser Freude am Traditionsgut treffend zum Ausdruck.

Es kann nicht schwer fallen, in dem Konflikt zwischen dem Gebot einer steten Anwendung der Willensgrundsätze aus Ziff. 6 der 2. Bef. und dem Gebot der Erhaltung des Haus- und Volks-Traditionsguts in der Werbung zu einer Entscheidung zu kommen.

Der Grundsatz: „*fiat justitia periat mundus*“ kann sicherlich da zurücktreten, wo nicht eine Entscheidung gefällt, sondern ein Wille gebildet wird. Der Richter mag sich davor fürchten, daß seine Entscheidung als grundsätzliche Entscheidung aufgefaßt wird, und daß die Durchbrechung eines einmal aufgestellten Grundsatzes als grundsätzliche Abkehr gewertet wird. Der Werberat, der doch immer nur erklärt: Ich werde dir die Genehmigung, Wirtschaftswerbung zu treiben, entziehen, wenn du diesen meinen, in der heutigen Verfügung bekanntgegebenen Willen nicht beachtest, kann unschwer erklären: Dir würde ich die Genehmigung, Wirtschaftswerbung zu treiben, entziehen, weil du den Superlativ gebrauchst, wenn mir nicht der Wille, das wenige Traditionsgut in der deutschen Werbung zu erhalten, vorgeinge. Das bedeutet für den Präjudizienjäger, daß er keine Aussicht hat, nun etwa deshalb auch seinerseits mit dem Superlativ am Werberat vorbeizukommen, weil die Firma A.-B. ihren Superlativ behalten darf.

Würde eine, den Werbebers zulassende Verfügung des Werberats ohne Beifügung der zur Willensbildung des Werberats hinführenden Erwägungen veröffentlicht werden, so könnte sie Verwirrung stiften. Mit der Beifügung der Erwägungen kann sie das nicht. Der Werberat ist nicht gehindert, da, wo ein falsches Auffassen seiner Willensbekanntgabe zu befürchten steht, hinzuzusetzen, daß er einmal ausnahmsweise hier den Superlativ deshalb zugelassen habe, weil er in einem, im ganzen Volke längst bekannten und vertrauten Werbebers gebrauchte werde, der das auf dem Gebiete der Werbung biblische Alter von 30 Jahren aufweisen könne, und sich noch dazu das Verdienst erworben habe, die englische Stahlfeder aus dem Felde zu schlagen.

Gekoppelte Verkäufe als Umgehungsform des Zugabeverbotes

Von Dr. jur. Kurt Junderstorff, Berlin

Der Reichs- und Preussische Wirtschaftsminister hat in einem Erlaß v. 24. Juni 1935 (V 12300/35) festgestellt, daß eine Zugabengewährung zu beobachten sei, die sich mit den Vorschriften der RotW. v. 9. März 1932 (RGBl. I, 121) i. d. Fassung des RGes. v. 12. Mai 1933 (RGBl. I, 264) nicht mehr vereinbaren lasse. In diesem Zusammenhang wird

darauf hingewiesen, daß die sog. gekoppelten Verkäufe zur Umgehung des gesetzlichen Verbotes dienen (willkürliche Warenverbindung: Zuckerwaren und Uhr, Kaffee und Koffer, Porzellan und Zigarren, Seifen und Haushaltsartikel). Schon bei der Beratung des ersten gesetzgeberischen Eingriffs zeigte sich, daß die Zugabe ihre Erscheinungsform zu ändern begann.

Man kündigte nicht mehr an, daß etwas zugegeben werde, sondern man nannte für Hauptware und Zugabe einen Gesamtpreis. Um die Wirksamkeit des Gesetzes hier von vornherein zweifelsfrei sicherzustellen, wurde § 1 Abs. 1 der oben erwähnten NotW.D. durch einen Satz ergänzt, der dahin lautete, daß das Zugabeverbot auch dann gelten solle, wenn zur Verschleierung einer Zugabe eine Ware oder Leistung mit einer anderen Ware oder Leistung zu einem Gesamtpreis angeboten, angekündigt oder gewährt werde. Die Zugabe in Form des sog. offenen Koppelungskaufes (im Gegensatz zu der ursprünglichen Form des verdeckten Koppelungskaufes) hat seither immer stärkere Ausbreitung erfahren. Im Laufe der Entwicklung wurde, um angeblich das Zugabegeschäft „durchsichtig“ zu machen, auch ein Preis für die Zugabe verzeichnet. Bestand früher kein Zweifel, daß ein Angebot, in dem es hieß, Ware und Zugabe kosten zusammen X Mark, unter das Verbot fiel, so ergab sich jetzt die Frage, ob durch die Änderung in der Ankündigung eine andere rechtliche Beurteilung notwendig würde. Wenn darauf hingewiesen wird, daß die andernfalls im Zugabegeschäft enthaltene Unklarheit über den Wert der Zugabe beseitigt und damit eine Verschleierung der Zugabe ausgeschlossen worden sei, so muß demgegenüber betont werden, daß es hier wesentlich darauf ankommt, mit welchem Preise (Einkaufs-, Einstands- oder Verkaufspreis) die Zugabe eingesezt wurde. Weiter hat die Auslegung des Gesetzes nach dem RG. v. 26. Sept. 1933 (I D 297/33 = JW. 1933, 2522 und 2656) und demjenigen v. 10. Dez. 1935 (II 247/35. = JW. 1936, 713¹) unter zwei Gesichtspunkten zu erfolgen: Einmal ist entscheidend der Wille des Gewerbetreibenden, wie er sich aus dem Inhalt der Ankündigung ergibt, zum anderen erweist sich als erforderlich vom Standpunkt der Zusammengehörigkeit und der Gemeinsamkeit der Interessen der Gewerbetreibenden eine weite Auslegung des Zugabeverbotes, die auch tatsächlich zur Erreichung des angestrebten Zieles führt und Umgehungen tunlichst unmöglich macht.

Ergibt sich also im vorliegenden Fall aus Inhalt und Aufmachung der Ankündigung, daß der Gewerbetreibende eine Zugabe gewähren will, so erfordert es die Notwendigkeit einer weiten Auslegung des Gesetzes, eine Verletzung des § 1 Abs. 1 der erwähnten NotW.D. anzunehmen. Es ist mit Recht darauf hingewiesen worden, daß es ein wirklich schwaches Gesetz wäre, wenn man bereits durch die Änderung in der Anpreisung die gesamten Maßnahmen unwirksam machen könnte. In der Tat zeigt die Praxis beinahe durchweg in solchen Fällen das für die Zugabe typische Bild. Eine Firma, die z. B. Zuckergüter herstellt, bildet in großer Aufmachung Porzellangarnituren ab, wobei aus dem ganzen Inhalt klar erkennbar wird, daß sie nicht etwa nunmehr zum Porzellanverkauf übergehen, sondern vielmehr den Vertrieb des Porzellans nur durchführen will, um ihren Absatz in Zuckergüter zu fördern.

In neuerer Zeit hat man geglaubt, durch eine Erweite-

rung der rechtlichen Form der verbotenen Koppelungsverkäufe ein Sicherheitsmoment für das Gelingen einer Freistellung ohne weiteres einschalten zu können. Man brachte nämlich einen Zusatz an, in dem es heißt, daß die Zugabe auch allein zum angegebenen Preise erhältlich sei. Es liegt auf der Hand, daß an der rechtlichen Bewertung der Wettbewerbsbehandlung dadurch keinerlei Änderung eintreten kann. Ergibt sich aus der Ankündigung nach Inhalt und Form, sowie aus den Tatsachen, daß eine Zugabe gewollt ist, so müssen die Zugabegese Anwendung finden, wie dies auch kürzlich im Endergebnis ein Gutachten des Einigungsamtes für Wettbewerbsstreitigkeiten beim Rhein-Mainischen Industrie- und Handelstag, datiert v. 24. Jan. 1936, klarstellt. Man kann einwenden, daß im Einzelfall die Entscheidung über den Willen des Gewerbetreibenden zu treffen nicht eben leicht sein werde. Demgegenüber steht fest, daß das Bild der Ankündigung der Zugaben auch heute, wenn man von der Mehrzahl einschlägiger Fälle sprechen darf, kaum eine Wandlung erfahren hat. Der Vermerk, daß die Zugabe zum angegebenen Preise auch allein erhältlich sei, erscheint oft genug in kleiner Schrift nur am untersten Rande des Prospekts. In diesem Zusammenhang ist es unverstänlich, wie das Gutachten der Reichswirtschaftskammer über Verpackungsfragen i. S. des Zugaberechts ohne jede rechtliche Erörterung des Fragenkreises (unter II, letzter Absatz) das Gegenteil feststellen zu müssen glaubt. Man hätte zumindest erwarten sollen, daß für eine derartig weitgreifende, die Wirksamkeit des gesamten Zugabeverbotes berührende Auslegung eine umfassende Begründung gegeben wird. Im übrigen erscheint auch um deswillen die Auslegung unverstänlich, als die Reichswirtschaftskammer nach den in der Öffentlichkeit bekanntgewordenen Berichten die Frage nach der Rechtmäßigkeit einer Warenverbindung unter Berücksichtigung des Handelsüblichen und Zweckmäßigen zu beurteilen, nicht aber eine rechtliche Auslegungsregel aufzustellen hatte, deren Findung nach §§ 2 und 3 der erwähnten NotW.D. allein den Gerichten obliegt. Mit Recht weist das erwähnte Einigungsamt in seinem Spruche darauf hin, daß neben der rechtlichen Möglichkeit auch die tatsächliche Übung insofern in Betracht gezogen werden müsse, als es nicht ausreiche, wenn die Nebenware zum ausgewiesenen Preise allein erworben werden kann, während in Wirklichkeit im Geschäftsverkehr davon kein Gebrauch gemacht wird. Außerdem stelle diese Betriebsart einen Verstoß gegen die guten Sitten im Sinne der Generalklausel des Wettbewerbsgesetzes dar. In der Begründung führt das Einigungsamt aus, daß, wenn die Betriebsart zulässig wäre, leicht ein Rückfall in die durch das Zugabeverbot beseitigten Zustände wieder eintreten könne, denn es habe sich gezeigt, daß trotz besonderer Ausweisung des Preises für die Nebenware und der rechtlichen Möglichkeit, die Nebenartikel für sich allein zu beziehen, die Zugkraft dieser Betriebsart im Publikum in keiner Weise beeinträchtigt worden ist.

Die Anordnung des Vorsitzenden nach § 272 b Ziff. 4 ZPO. leitet ein Beweis- aufnahmeverfahren ein und löst die Gebühr nach § 13 Ziff. 4 GebO. aus

(Bemerkung zum Beschluß des RG. vom 2. Juni 1934, JW. 1934 S. 1938¹)

Von Rechtsanwalt H u d e m a n n, Raumburg a. d. S.

Man kann geteilter Meinung darüber sein, ob die GebO. die Frage der Anwaltsgebühren gerade ideal gelöst hat. Es gibt jedenfalls viele Prozesse, die, obgleich eine Beweisaufnahme nicht stattfindet, erheblich mehr Arbeit erfordern als andere Prozesse mit Beweisaufnahme. Durch die jetzt getroffene Regelung wird allerdings ein gewisser Ausgleich geschaffen insofern, als bei kleinen Sachen mit Beweisaufnahme eben relativ höhere Gebühren gezahlt werden, als in größeren Sachen ohne Beweisaufnahme. Es muß deshalb aber

auch in allen Fällen, in dem der Anwalt eine mit — wirklicher oder beabsichtigter (s. unten 2) — Beweiserhebung zusammenhängende Tätigkeit entfaltet hat, die Beweisgebühr zugestanden werden. Das hat das RG. in seinem Beschluß vom 17. April 1928, den es in seinem in JW. 1934, 1981² wiedergegebenen Beschluß v. 2. Juni 1934 zitiert, auch getan. Die Gründe, die das RG. im Beschluß v. 2. Juni 1934 für die Änderung seiner Ansicht anführt, sind nicht überzeugend.

1. Das RG. meint, auch im Notverfügungsverfahren (§§ 916 ff. ZPO.) erhalte der Anwalt die Beweisgebühr nicht, wenn er einen Zeugen zum Termin stelle, der Zeuge aber nicht vernommen werde. Im Notverfügungsverfahren liegt aber die Sache ganz anders. Hier stellt die Partei den Zeugen. Dagegen handelt es sich im Falle des § 272 b um eine Anordnung des Gerichts. Tatsächlich ist übrigens die Lage im letzteren Falle für den Anwalt auch anders als im ersteren; denn bei der Anordnung nach § 272 b handelt es sich mindestens für einen Anwalt um Zeugen der Gegenseite, nicht um Zeugen der eigenen Partei.

2. Das RG. meint, das Gemeinsame im Falle der Anordnung des Vorsitzenden wie der Stellung von Zeugen sei, daß nicht mehr als die Möglichkeit einer Beweisaufnahme in Aussicht stehe; rechtlich erheblich sei allein erst die Entscheidung des Gerichts. Auf zwei Unterschiede ist bereits oben unter 1 hingewiesen. Es ist aber m. E. auch nicht gerechtfertigt, nun eine so wesentliche Unterscheidung zwischen der Entschließung des Vorsitzenden oder des Berichterstatters oder auch des Einzelrichters und der Entschließung des Gerichts zu machen. Das ergibt schon folgende Erwägung: Wenn der Einzelrichter nach mündlicher Verhandlung einen Beschluß verkündet, X. solle als Zeuge vor dem Senat vernommen werden, so wird das als ein Beweisbeschluß, der ein Beweisverfahren nach § 13 Ziff. 4 GebD. einleitet, allgemein angesehen. Ob dann der Zeuge tatsächlich vernommen wird, oder ob der Senat von der Vernehmung absieht, ist gleichgültig. Wenn aber der Einzelrichter die Sache an den Senat verweist und gem. § 272 b die Ladung des Zeugen zum Senatstermin unter Mitteilung an die Parteien anordnet, so ist das sachlich genau dasselbe. Es ist ein Streit um Worte, wenn man sagt, im ersten Falle habe sich der Einzelrichter — das Gericht — entschlossen, Beweis zu erheben, und der Senat — das Gericht — habe seinen Entschluß geändert oder nicht ausgeführt, im zweiten Falle aber habe das Gericht — der Einzelrichter — sich noch nicht entschlossen, es stünde vielmehr nur die Möglichkeit einer Beweisaufnahme in Aussicht. Auch im ersten Falle steht nur die Möglichkeit einer Beweisaufnahme durch Vernehmung des Zeugen in Aussicht, weil ja der Senat nicht an den Beschluß des Einzelrichters gebunden ist. Ob nun der Einzelrichter sich sagt: „ich halte die Beweisaufnahme für erforderlich und ordne sie deshalb an, der Senat mag von der Vernehmung absehen, wenn er sie nicht für nötig hält“, oder ob er sich sagt: „ich halte die Beweisaufnahme für erforderlich, ordne deshalb auch die Ladung des Zeugen zum Senatstermin an, der Senat mag dann darüber befinden, ob er den Zeugen vernehmen will oder nicht“, das kann doch nicht von ausschlaggebender Bedeutung sein.

Übrigens mag auch noch darauf hingewiesen werden, daß dann, wenn eine beschlossene Beweisaufnahme nicht sofort stattfindet, auch immer nur die „Möglichkeit einer Beweisaufnahme in Aussicht steht“; denn der Beweis wird doch erst dann aufgenommen, wenn der Augenschein wirklich eingenommen wird, wenn der Zeuge tatsächlich vernommen wird usw. Hebt das Gericht vor Beweisaufnahme seinen Beweisbeschluß auf, brennt das zu beichtigende Haus vorher ab, stirbt der Zeuge vor Vernehmung, so findet eben eine Beweisaufnahme nicht statt. Aber es hat ein Beweisaufnahmeverfahren, d. h. ein Verfahren, das die Aufnahme von Beweisen im Auge und zum Ziel hatte, stattgefunden. Ob das Verfahren durch förmlichen Beschluß, oder durch eine „Anordnung“ des Vorsitzenden oder Einzelrichters eingeleitet ist, kann keinen Unterschied machen. Jedenfalls leitet auch die Anordnung des Vorsitzenden oder Einzelrichters ein Verfahren ein, das die Aufnahme von Beweisen in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat bezweckt und zum Ziel hat, und stellt daher ein Beweisaufnahmeverfahren dar; denn das Beweisaufnahmeverfahren wird eben durch eine Anordnung,

einen Beschluß, der eine Beweisaufnahme vorbereiten soll und auf die Erhebung von Beweisen abzielt, eingeleitet, auch wenn diese Anordnung nur vorläufigen, noch nicht endgültigen Charakter hat. Auch § 20 GRG. sieht die Anordnung nach § 272 b als Anordnung einer Beweisaufnahme an (vgl. auch unten 3). Freilich ist es für die hier zu entscheidende Frage an sich gleichgültig, ob die Anordnung auf § 272 b unter § 20 GRG. fällt oder nicht (vgl. auch unten 5).

Daß hier die Anordnung durch den Vorsitzenden oder ein von ihm bestimmtes Mitglied (Einzelrichter oder Berichterstatter) erfolgt, ändert nichts daran, daß es sich um ein Beweisaufnahmeverfahren handelt; dem Vorsitzenden oder Mitglied sind durch die Nov. von 1924 zwecks Beschleunigung der Prozesse eben Befugnisse übertragen, die an sich nur dem Gericht zustehen würden. Das ändert aber doch nichts daran, daß es sich auch hier um eine Anordnung des Gerichts handelt.

3. Das RG. meint, den § 24 GRG. zur Unterstützung seiner Ansicht heranziehen zu können, indem es ausführt, § 24 diene nur zur Klarstellung, daß die Anordnung nach § 272 b gebührenfrei sei. Mindestens mit demselben Recht kann man aber auch sagen: Die Anordnung nach § 272 b stellt die Anordnung einer Beweisaufnahme i. S. des § 20 GRG. dar, aber in diesem Falle soll die gerichtliche Gebühr nur erhoben werden, wenn die Beweisaufnahme auch tatsächlich — sei es vor, sei es in der mündlichen Verhandlung — stattfindet. M. E. beweist der § 24 sogar, daß es sich um die Anordnung einer Beweisaufnahme i. S. von § 20 GRG. handelt und daß § 24 nur eine Ausnahme schaffen will; denn wenn die Anordnung nicht die Anordnung einer Beweisaufnahme gem. § 20 wäre, so würde auch dann, wenn die Beweisaufnahme stattfindet, die Beweisgebühr an sich nicht erhoben werden können. Mit anderen Worten: Wenn die Ansicht des RG., daß es sich bei § 24 nur um eine Auslegungsregel handle, richtig wäre, so wäre mit § 24 eine neue, dem GRG. sonst fremde, Beweis erhebungsgeld eingeführt; viel natürlicher ist aber die Erklärung, daß § 24 von der Systematik des GRG. nicht abweichen, die an sich nach § 20 fällige Gebühr aber nur dann erheben will, wenn die Beweisaufnahme tatsächlich stattfindet.

4. Daß der Vorsitzende nicht durch Kostenrückichten in seiner Bewegungsfreiheit gehindert werden darf, beweist nichts für die Frage, ob die Anordnung nach § 272 b die Anordnung einer Beweisaufnahme enthält oder nicht. Aus Ziff. 5 des § 272 b ergibt sich ja auch, daß der Vorsitzende eine Beweis erhebung, die zweifellos die Gebühr des § 20 GRG. auslöst und die auch schon an sich in vielen Fällen kostspielig ist, anordnen kann; er soll also auch in einem solchen Fall nicht durch Kostenrückichten in seinen Anordnungen behindert werden.

5. Ausschlaggebend dürfte aber folgende Erwägung sein: Die Tätigkeit des Anwalts ist im Falle der Anordnung gemäß § 272 b nicht anders als im Falle einer durch Beweisbeschluß angeordneten, aber nicht sofort stattfindenden Beweisaufnahme. Die GebD. hat für diese anwaltliche Tätigkeit, die früher auf Grund eines ausdrücklichen oder stillschweigend erlassenen Beweisbeschlusses stattfand, die Beweisgebühr festgesetzt. Wenn diese Tätigkeit des Anwalts nun nicht durch einen Beweisbeschluß, sondern durch eine Anordnung gemäß § 272 b ausgelöst wird, so kann doch daraus nicht hergeleitet werden, daß diese Tätigkeit nicht zu honorieren sei. Als die GebD. erlassen wurde, kannte man das Verfahren nach § 272 b noch nicht, die GebD. muß aber — mindestens im Wege der Analogie — auf solche Fälle angewendet werden, in denen der Anwalt die im § 13 Ziff. 4 behandelte Tätigkeit ausübt, auch wenn man sie wirklich formell als unter § 13 Ziff. 4 fallend nicht ansehen könnte.

Der Vorstand (jetzt: der Präsident) der Anwaltskammer als Gutachter im Zivilprozeß

Durch das Gesetz zur Änderung der RW. v. 13. Dez. 1935 (RGBl. I, 1470), auf Grund dessen (Art. VII) die neue Rechtsanwaltsordnung (RAnwO.) v. 21. Febr. 1936 (RGBl. I, 107) bekanntgemacht worden ist, sind die bisher dem Vorstand der Anwaltskammer obliegenden Aufgaben, abgesehen von der für die Ehrengleichheit bestehenden Sonderregelung, auf den Präsidenten der Kammer übertragen. § 59 RAnwO., der an die Stelle des früheren § 49 Ziff. 4 getreten ist, lautet:

„Der Präsident der Rechtsanwaltskammer erstattet Gutachten, welche bei Streitigkeiten zwischen einem Mitglied der Reichsrechtsanwaltskammer und dessen Auftraggeber von den Gerichten des Oberlandesgerichtsbezirks erfordert werden.“

Nach § 55 Abs. 2 Satz 1 RAnwO. steht die Kammer dem Präsidenten beratend zur Seite. Die Bearbeitung der einzelnen Sachen verbleibt also, zumal bei den größeren Kammern, den jeweils zuständigen Referenten, die die Sachen dem Präsidenten mit ihrer Stellungnahme zur endgültigen Entscheidung vorlegen.

Neu ist ferner, daß das Präsidium der Reichsrechtsanwaltskammer um ein Gutachten in einem gerichtlichen Verfahren ersucht werden kann, allerdings nur von einem „obersten Gericht“, in Zivilprozessen also nur vom RG. (§ 51 Abs. 3 RAnwO.).

Abgesehen von diesen beiden Änderungen²⁾ werden die Ausführungen in meinem Aufsatz: „Der Vorstand der Anwaltskammer als Gutachter im Zivilprozeß“, JW. 1935, 3437, durch die Änderungen der RW. nicht betroffen. Die Unterscheidung zwischen der obligatorischen Stellungnahme des Kammerpräsidenten nach der verfahrensrechtlichen Sondervorschrift in §§ 88, 93 RWG³⁾ und der Sachverständigentätigkeit, als die sich die Mitwirkung des Kammerpräsidenten im übrigen darstellt, bleibt also bestehen. Vor allem hat sich nichts daran geändert, daß der Präsident der Rechtsanwaltskammer in Zivilprozessen ein Kammermitglied und dessen Auftraggeber (von den Fällen der §§ 88, 93 a. a. D. abgesehen) nicht über Rechtsfragen, sondern nur über Tatsachen und Erfahrungssätze, insbesondere über Fragen der Standesethik, Gutachten zu erstatten hat. Dies gilt nicht für solche Gutachten, die das RG. von dem Präsidium der Reichsrechtsanwaltskammer erfordert; denn § 51 Abs. 3 RAnwO. spricht ausdrücklich von Gutachten aus dem Gebiete des Anwaltsrechts (und Anwaltswesens), enthält also offenbar eine positive Ausnahme von dem Regelfall, daß das Prozeßgericht über Rechtsfragen ein Gutachten grundsätzlich nicht erfordert darf.

AGR. Dr. Reife, Berlin.

Richtlinien für die Vergütung des Konkurs- und des Vergleichsverwalters und der Mitglieder des Gläubigeraussschusses und Gläubigerbeirats

Um sicherzustellen, daß die Vergütung für Konkurs- und Vergleichsverwalter sowie für Mitglieder des Gläubigeraussschusses oder Gläubigerbeirats in den einzelnen Gerichtsbezirken angemessen und möglichst gleichmäßig festgesetzt wird, bestimme ich auf Grund §§ 85 Abs. 2, 91 Abs. 2 RW. und §§ 43 Abs. 5, 45 Vergl. d. Verb. m.

¹⁾ In dem bisherigen § 61 a Abs. 1 Satz 3 — nicht, wie es JW. 1935, 3437 Anm. 1 infolge eines Druckfehlers heißt: § 91 a — sind die Worte „einem obersten Gericht“ neu eingefügt.

²⁾ Geändert sind auch die Vorschriften, aus denen die Frage zu lösen ist, ob und welcher Rechtsbehelf gegen eine Verweigerung der Erstattung eines geforderten Gutachtens gegeben ist (vgl. JW. 1935, 3438 Anm. 4). Nach § 54 Abs. 2 Halbsatz 2 RAnwO. sind die Präsidenten der Anwaltskammern an Weisungen des Präsidenten der Reichsrechtsanwaltskammer gebunden. Allerdings bezieht sich § 54 seinem Wortlaut nach nur auf „die Aufgaben der Reichsrechtsanwaltskammer“, welche jede Anwaltskammer für ihr Gebiet wahrzunehmen hat; aber nach dem neuen Aufbau der anwaltlichen Selbstverwaltung, deren höchste Spitze der Präsident der Reichsrechtsanwaltskammer ist, wird man annehmen müssen, daß dessen Weisungsrecht auch für die Sonderaufgaben, die das Gesetz den einzelnen Kammern und ihren Präsidenten übertragen hat, gilt. Dann aber besteht für das Prozeßgericht die Möglichkeit, gegen einen ablehnenden Bescheid des Präsidenten der Anwaltskammer die Entscheidung des Präsidenten der Reichsrechtsanwaltskammer anzurufen.

³⁾ Selbstverständlich ist auch hier die Zuständigkeit zur gutachtlichen Stellungnahme auf den Präsidenten übergegangen, obgleich die §§ 88, 93 a. a. D. in ihrem Wortlaut nicht geändert sind.

§ 4 des 3. Gesetzes zur Überleitung der Rechtspflege auf das Reich v. 24. Jan. 1935 (RGBl. I, 68), daß bei Festsetzung dieser Vergütungen folgende Richtlinien anzuwenden sind:

A. Vergütung des Konkursverwalters

I. Grundlage der Berechnung

1. Die Berechnung der Vergütung geht von der Teilungsmasse aus. Als Teilungsmasse im Sinne dieser Richtlinien ist der Betrag anzusehen, der durch Reineinnahmen erzielt und in der Schlussrechnung nachgewiesen ist. Ist der Gesamtbetrag der Konkursforderungen geringer, so ist dieser maßgebend.

2. Für die Berechnung der Teilungsmasse gilt im einzelnen:

- Sind Massebestandteile mit Absonderungsrechten belastet (z. B. mit Hypotheken, Vertrags- oder Pfändungspfandrediten, Zurückbehaltungsrechten oder Rechten aus einer Sicherungsübereignung), so sind sie nur insoweit zur Teilungsmasse zu rechnen, als aus ihnen ein Überschuß zur Masse geflossen ist oder, falls die Bewertung noch nicht stattgefunden hat, voraussichtlich fließen wird. Zahlungen, die auf Grund des Vermieterpfandrechts aus der Masse an den Vermieter zu leisten sind, werden von der Teilungsmasse nicht abgezogen.
- Werden Aus- oder Absonderungsrechte durch Abfindung beseitigt, so ist die aus der Masse gewährte Gegenleistung vom Schwert abzuziehen und nur der hiernach verbleibende Rest als Einnahme anzusehen.
- Masse-schulden und Massekosten sind nicht abzusetzen. Beträge, die dem Konkursverwalter als Anwaltsgebühren für von ihm geführte Prozesse aus der Masse gezahlt werden, sind von der Teilungsmasse abzusetzen.

Gehen verauslagte Prozeß- oder Vollstreckungskosten wieder ein, so sind sie gegen die verauslagten Kosten zu verrechnen.

d) Steht einer Forderung eine Gegenforderung gegenüber, so ist lediglich der bei der Berechnung sich ergebende Überschuß zu berücksichtigen.

e) Wird das Geschäft des Gemeinschuldners fortgeführt, so gilt als Einnahme nur das Gewinnergebnis, also der bei Gegenüberstellung der Einnahmen und Ausgaben erzielte Überschuß. Dies gilt insbesondere für den Umsatz hinzugekaufter Waren.

Auch bei einer Grundstücksverwaltung sind bei Ermittlung der Reineinnahmen die Ausgaben abzuziehen. Ein etwa für Zwangsverwalter festgesetzter Tarif findet keine Anwendung.

f) Ein zur Durchführung des Verfahrens von einem anderen als dem Gemeinschuldner geleiteter Vorstoß oder ein zur Erfüllung eines Zwangsvergleichs zur Masse geleiteter Zuschuß bleibt bei Berechnung der Teilungsmasse außer Betracht. Ebenso ist es für die Berechnung der Teilungsmasse unbeachtlich, wenn ein Gläubiger durch Verzicht auf seine Forderung die Schuldenmasse vermindert.

3. Der Konkursverwalter soll in seinem Antrag auf Festsetzung der Vergütung angeben, ob und inwieweit die in der Schlussrechnung nachgewiesenen Einnahmen als Teilungsmasse im Sinne der vorstehenden Bestimmungen anzusehen sind.

II. Die Vergütungsstaffel

1. Die Vergütung für den Konkursverwalter soll in der Regel betragen:

von den ersten 5000 RM der Teilungsmasse	10%
vom Mehrbetrage bis zu 10 000 RM	8%
„ „ „ 25 000 „	6%
„ „ „ 50 000 „	4%
„ „ „ 100 000 „	2%
„ „ „ 500 000 „	1%
für den darüber hinausgehenden Betrag	1/2%

2. Die Vergütung wird in der Regel nicht unter 150 RM zu bemessen sein.

3. Werden mehrere Konkursverwalter nebeneinander bestellt, so soll im allgemeinen die Vergütung im ganzen den in diesen Richtlinien als Vergütung eines Konkursverwalters vorgesehenen Betrag nicht übersteigen.

III. Umfang der Tätigkeit, die durch die Vergütung abgegolten wird

1. Hat das Gericht vor der Eröffnung des Konkursverfahrens die später zum Konkursverwalter bestimmte Persönlichkeit als Sachverständigen zugezogen, so gilt diese Tätigkeit als durch die Verwaltervergütung abgegolten. Wird dem Sachverständigen die Ver-

waltung des Konkurses nicht übertragen, so richtet sich seine Vergütung nach der Gebührenordnung für Sachverständige.

2. Die Vergütung umfaßt auch den Büroaufwand des Verwalters; daher dürfen der Masse Schreibgebühren und Angestelltengehälter nicht, und zwar auch nicht anteilig, in Rechnung gestellt werden. Dasselbe gilt für die vom Konkursverwalter auf die Vergütung etwa zu zahlende Umsatzsteuer und für die Kosten einer Haftpflichtversicherung.

3. Der Konkursverwalter hat die eigentlichen Auslagen (z. B. für Briefporto, Telegramme, Ferngespräche, Briefpapier) gesondert nachzuweisen und zu belegen. Sie werden vom Gericht gesondert festgesetzt. Für Reisen werden nur die tatsächlichen Auslagen erstattet.

4. Ist zweifelhaft, ob eine Anwendung als Masse Schuld (§ 58 R.D.) oder als eine dem Verwalter nach § 85 R.D. zu erstattende Auslage anzusehen ist, so hat der Konkursverwalter den Posten zu erläutern. Dies kommt z. B. in Frage bei der Entschädigung von Hilfskräften, die zur Beaufsichtigung des Geschäfts, zur Ordnung des Lagers, zur Bestandsaufnahme od. dgl. herangezogen sind. Hat der Verwalter hierzu eigene Angestellte verwendet, so ist dies anzugeben.

IV. Gründe, die eine Abweichung vom Regelsatz rechtfertigen

Ergibt sich im Einzelfall ein Mißverhältnis zwischen Leistung und Vergütung, so soll dies durch eine entsprechende Abweichung vom Regelsatz ausgeglichen werden.

1. Ein Zurückbleiben hinter dem Regelsatz wird beispielsweise in Frage kommen:

- wenn durch ein vorausgegangenes Vergleichsverfahren, in dem der Konkursverwalter Vergleichsverwalter war, wesentliche Vorarbeit für das Konkursverfahren geleistet worden ist;
- wenn in demselben Konkursverfahren mehrere Verwalter nacheinander tätig geworden sind;
- wenn wesentliche Teile der Masse bei der Übernahme durch den Konkursverwalter bereits verwertet waren;
- wenn die Teilungsmasse hoch ist und verhältnismäßig geringe Anforderungen an den Verwalter stellt;
- wenn das Konkursverfahren vorzeitig beendet wird (z. B. durch Aufhebung des Eröffnungsbeschlusses oder durch Einstellung des Verfahrens);
- wenn sich infolge eines Zwangsvergleichs die Verwertung eines Teils der Masse erübrigt oder sonst die Verwaltungstätigkeit wesentlich verringert.

2. Ein Überschreiten des Regelsatzes kann gerechtfertigt sein:

- wenn der Verwalter das Geschäft des Schuldners längere Zeit fortgeführt oder Häuser verwaltet hat, ohne daß sich die Teilungsmasse wesentlich erhöht hat;
- wenn die Bearbeitung von Aus- und Absonderungsrechten einen erheblichen Teil der Verwaltungstätigkeit ausgemacht hat, ohne daß eine entsprechende Erhöhung der Teilungsmasse eingetreten ist;
- wenn bei bedeutender Gläubigerzahl mehrere Verteilungen stattgefunden haben;
- wenn infolge einer ungewöhnlich großen Zahl von Gläubigern oder Schuldnern die Arbeitsleistung des Konkursverwalters oder sein Schriftverkehr besonders umfangreich gewesen ist.

Die zu a—d lediglich beispielsweise angeführten Umstände können eine Erhöhung der Vergütung nur dann rechtfertigen, wenn die Tätigkeit des Verwalters als Ganzes betrachtet im Regelsatz keinen angemessenen Entgelt finden würde.

3. Ob und in welcher Höhe für Nachtragsverteilungen eine besondere Vergütung festzusetzen ist, hat das Gericht nach billigem Ermessen nach den Umständen des Einzelfalles zu entscheiden.

V. Ergänzende Bestimmungen

1. Der Konkursverwalter darf aus der Masse einen Vorschuß auf Gebühren oder Auslagen nur entnehmen, wenn das Konkursgericht es genehmigt. Das Gericht soll die Genehmigung nur erteilen, wenn das Verfahren ungewöhnlich lange (z. B. mehrere Jahre) dauert oder besonders hohe Auslagen verursacht.

2. Der Konkursverwalter darf weder mit dem Gemeinschuldner noch mit einem Dritten Vereinbarungen über seine Vergütung oder über den Ersatz von Auslagen treffen, und zwar auch nicht im Zusammenhang mit einem Zwangsvergleich; es ist auch nicht zulässig, daß der Konkursverwalter sich neben der Vergütung ein Entgelt (Gehalt od. dgl.) für die Weiterführung des Geschäfts des Gemeinschuldners zahlen läßt. Ein Konkursverwalter, der die vorstehenden Bestimmungen Nr. 1, 2 nicht beachtet, setzt sich u. a. der Gefahr aus, daß er zu weiteren Konkursverwaltungen nicht mehr herangezogen wird.

3. Der Konkursverwalter soll seinen Antrag auf Festsetzung der Vergütung und Auslagen so rechtzeitig einreichen, daß der vom Gericht festgesetzte Betrag in der Regel noch in einen gemäß § 86 Satz 2 R.D. festgerecht niederzulegenden Nachtrag zur Schlußrechnung aufgenommen werden kann.

B. Vergütung für den Vergleichsverwalter

I. Grundlage der Berechnung

1. Die Berechnung geht von dem Aktivvermögen des Schuldners aus. Das Aktivvermögen ergibt sich aus der mit dem Vergleichsantrag eingereichten Vermögensübersicht (§ 5 Vergl.D.). Berichtigungen, die sich im Laufe des Verfahrens (z. B. auf Grund der eigenen Angaben des Schuldners oder durch Ermittlungen des Verwalters oder des Gerichts) ergeben, sind zu berücksichtigen.

Ist der Gesamtbetrag der Vergleichsforderungen geringer, so ist dieser maßgebend.

2. Im einzelnen ist bei Berechnung des Aktivvermögens folgendes zu beachten:

- Vermögensbestandteile, die mit Absonderungsrechten belastet sind, werden nur in Höhe des dieses Recht übersteigenden Betrages in Ansatz gebracht.
- Werden Aus- und Absonderungsrechte durch Abfindung beseitigt, so ist nur der nach Abzug der Gegenleistung verbleibende Rest als Teil des Aktivvermögens anzusehen.
- Steht einer Forderung eine Gegenforderung gegenüber, so ist lediglich der bei der Berechnung sich ergebende Überschuß zu berücksichtigen.
- Die zur Erfüllung des Vergleichs von einem Dritten geleisteten Zuschüsse bleiben bei Schätzung des Aktivvermögens außer Betracht.

II. Die Vergütungsstaffel

1. Die Vergütung beträgt je nach Umfang und Schwierigkeit der Tätigkeit des Verwalters $\frac{1}{5}$ — $\frac{1}{3}$ der unter A II für den Konkursverwalter vorgesehenen Sätze.

Die Vergütung wird in der Regel nicht unter 100 RM zu bemessen sein.

2. In Sachen mit geringem Aktivvermögen wird sich die Vergütung mehr dem Satz von $\frac{1}{3}$, bei größeren Sachen mehr dem Satz von $\frac{1}{5}$ nähern. Bei besonders großem Aktivvermögen kann die Vergütung auch unter dem Satz von $\frac{1}{5}$ zurückbleiben.

Bei besonders schwierigen Verfahren ist eine Erhöhung des Regelsatzes, jedoch im allgemeinen nicht über $\frac{1}{2}$ der unter A II vorgesehenen Sätze, zulässig. Eine solche Erhöhung kann z. B. gerechtfertigt sein, wenn der Vergleichstermin aus sachlichen Gründen (etwa wegen Änderung des Vergleichsvorschlags) ein- oder mehrmals verlängert werden muß.

III. Umfang der Tätigkeit, die durch die Vergütung abgegolten wird

1. Die Bestimmungen zu A III 1—4 gelten entsprechend.

2. Die Vergütung deckt in der Regel auch die Auslagen des Verwalters für die Prüfung der Bücher oder die Abschätzung der Warenbestände des Schuldners (§ 43 Abs. 1 Satz 2 Vergl.D.).

3. Die Vergütung umfaßt auch die Tätigkeit, die der Vergleichsverwalter vor Eröffnung des Verfahrens als vorläufiger Verwalter ausgeübt hat.

Wird der vorläufige Verwalter nicht zum endgültigen Verwalter bestellt, so erhält er einen angemessenen Bruchteil der in diesen Richtlinien für den endgültigen Verwalter vorgesehenen Vergütung.

4. Wie sich aus § 38 Vergl.D. ergibt, soll zum Vergleichsverwalter nicht jemand bestellt werden, der im Auftrage des Schuldners oder eines Gläubigers zur Vorbereitung des Vergleichsantrags tätig gewesen ist. Hat sich dennoch in besonderen Ausnahmefällen eine solche Bestellung nicht vermeiden lassen, so bleibt diese vorbereitende Tätigkeit bei Bemessung der Vergütung des Verwalters außer Betracht. Hat der Verwalter die Tätigkeit gegen Entgelt ausgeübt, so wird dieser Umstand eine Ermäßigung der für die Verwaltungstätigkeit zu gewährenden Vergütung rechtfertigen.

5. Die Vergütung für das in § 36 Vergl.D. geregelte Nachverfahren wird besonders festgesetzt (§ 43 Abs. 2 Satz 3 Vergl.D.). Bei ihrer Bemessung ist namentlich zu berücksichtigen, inwieweit der Vergleich erfüllt worden ist. Die Vergütung für das Nachverfahren wird einen angemessenen Bruchteil der Vergütung für das eigentliche Vergleichsverfahren nicht übersteigen dürfen.

IV. Ergänzende Bestimmungen

1. Das Gericht soll im allgemeinen dem Vergleichsverwalter keine Zuschüsse oder Teilzahlungen auf die Vergütung bewilligen.

2. Vereinbarungen des Vergleichsverwalters mit dem Schuldner oder einem Gläubiger über die Höhe der Auslagen oder der Vergütung sind nichtig (§ 43 Abs. 1 VerglD.).

C. Vergütung für die Mitglieder des Gläubigerausschusses im Konkursverfahren

Nach § 91 KO. haben die Mitglieder des Gläubigerausschusses im Konkursverfahren Anspruch auf Erstattung angemessener barer Auslagen und auf Vergütung für ihre Geschäftsführung. Die Auslagen und die Vergütung werden nach Anhörung der Gläubigerversammlung durch das Konkursgericht festgesetzt.

1. Die Höhe der Vergütung richtet sich nach der Art und dem Umfang der Tätigkeit. Im allgemeinen wird von der aufgewendeten Zeit auszugehen sein. Hierbei wird ein der Sachlage angemessener Satz (in der Regel von 2—5 RM je Stunde) in Frage kommen; dies gilt insbesondere für die Teilnahme an einer Gläubigerausschusssitzung oder für die Vornahme einer Kassenprüfung.

2. Der Gesamtbetrag der Vergütungen, die den Mitgliedern des Gläubigerausschusses gewährt werden, soll einen angemessenen Bruchteil der dem Konkursverwalter gewährten Vergütung nicht übersteigen.

D. Ersatz für Zeitversäumnis für die Mitglieder des Gläubigerbeirats im Vergleichsverfahren

Die Mitglieder des Gläubigerbeirats im Vergleichsverfahren können von dem Schuldner die Erstattung angemessener barer Auslagen sowie angemessenen Ersatz für Zeitversäumnis verlangen. Die Höhe der Auslagen und der Ersatz für Zeitversäumnis wird vom Vergleichsgericht festgesetzt (§§ 45 Abs. 2, 43 Abs. 2 VerglD.).

Bei Bemessung des Ersatzes für Zeitversäumnis wird von einem Betrag von 2—5 RM je Stunde auszugehen sein.

E. Inkrafttreten¹⁾

Diese Richtlinien treten mit dem auf die Veröffentlichung in der Deutschen Justiz folgenden Tage in Kraft. Sie gelten für die Konkurs- und Vergleichsverfahren, die nach dem Inkrafttreten eröffnet werden.

Mit demselben Zeitpunkt treten die den Gegenstand behandelnden Bestimmungen der Landesjustizverwaltungen außer Kraft; diese Bestimmungen bleiben anwendbar für die in diesem Zeitpunkt bereits eröffneten Verfahren.

(W. d. RM. v. 22. Febr. 1936, IV b 6390. — DJ. S. 311.)

Eine Rechtsfrage zum Anleihestockgesetz

Das AnleihestockG. v. 4. Dez. 1934 sieht vor, daß Kapitalgesellschaften „aus dem Reingewinn, den sie ihren Gesellschaftern zur Verfügung stellen“, einen Anleihestock zu bilden haben. Der an die Gesellschaft auszuschüttende Bargewinn ist in Höhe von 6—8% nach den Vorschriften des § 3 des Ges. begrenzt. Der weitere den Gesellschaftern zustehende Teilgewinn darf nicht bar ausgeschüttet werden, sondern muß nach §§ 4 ff. der Deutschen Golddiskontbank in Berlin überwiesen werden, die ihn in Anleihen des Reichs anzulegen und den Anleihestock treuhänderisch für die Gesellschaft zu verwalten hat.

Es hat sich nun im Laufe des Jahres, das seit dem Inkrafttreten des AnleihestockG. verstrichen ist, gezeigt, daß das Gesetz trotz summenmäßig nicht sehr erheblicher Abführungen an den Anleihestock doch erhebliche, namentlich kursregelnde Wirkungen hatte und daß auch das erwartete Gesamtaufkommen im wesentlichen erreicht worden ist. Gleichzeitig hat sich jedoch erwiesen, daß manche Gesellschaften statt der Ausschüttung höherer Dividenden, die dann, soweit sie 6—8% überstiegen hätten, an den Anleihestock abzuführen gewesen wären, den Reingewinn zu Kapitalerhöhungen benutzten und den Aktionären entsprechende Bezugsrechte einräumten.

Mit Recht ist bereits mehrfach die Frage aufgeworfen worden, ob solches Vorgehen, das zum mindesten wirtschaftlich in sehr vielen

Fällen eine Umgehung der Bestimmungen des AnleihestockG. bedeutet, rechtswirksam sind oder nicht. Die Gesellschaften, die die Rechtswirksamkeit eines solchen Vorgehens bejahen, stützen sich vielfach darauf, daß nirgendwo im AnleihestockG. etwa vorgeschrieben ist, den gesamten Reingewinn an die Aktionäre auszuschütten. Die Gesellschaft sei vielmehr in der Verwendung des Reingewinns, insbesondere auch in der Rückstellung oder Verwendung für sonstige Zwecke, frei; nur wenn der Reingewinn zur Dividendenausschüttung benutzt würde, müßten die Beträge an den Anleihestock abgeführt werden.

Nun ist es zwar richtig, daß das AnleihestockG. selbst nicht die Ausschüttung des gesamten Gewinns als Dividende vorschreibt, sondern nur die Zuwendungen, die den Gesellschaftern aus dem Reingewinn zur Verfügung gestellt werden, erfaßt. Diese Zuwendungen werden aber sowohl nach dem Sinn wie auch nach dem Wortlaut des § 1 in vollem Umfange erfaßt. Es ist also ganz gleichgültig, in welcher Form den Aktionären der Reingewinn zugewandt wird; und diese Tatsache ist für die Beurteilung der aufgeworfenen Frage maßgebend. Daraus ergibt sich aber folgendes:

Wenn die Aktionäre den Reingewinn statt durch Dividenden in Form von Bezugsrechten auf neue Aktien zugewandt erhalten, so handelt es sich auch hier um Reingewinn, der den Gesellschaftern — nur in anderer Form — zur Verfügung gestellt wird. Infolgedessen kann die Bezugsrechteinräumung bei der Bemessung der an den Anleihestock abzuliefernden Summe nicht ohne Einfluß bleiben. D. h. die Berechnung der Abgabe an den Anleihestock hat unter Berücksichtigung der hier im Wege von Bezugsrechten gemachten Zuwendung an die Aktionäre zu erfolgen. Diese Auslegung steht allein mit dem Sinn und mit dem Wortlaut des Gesetzes in Einklang. Mit ihr ist gleichzeitig die Frage beantwortet, ob es sich bei einem derartigen Vorgehen um Umgehungen des AnleihestockG. handelt. Dies wird immer dann der Fall sein, wenn durch die Einräumung von Bezugsrechten den Aktionären aus dem Reingewinn Zuwendungen gemacht werden. Die Folge ist jedoch nicht etwa, daß die Kapitalerhöhung als solche rechtswirksam ist. Es folgt vielmehr daraus lediglich, daß der Wert der den Aktionären gemachten Zuwendungen nicht allein auf Grund der ausgesetzten Dividenden berechnet wird, sondern sich aus Dividenden plus Bezugsrechten zusammensetzt, und daß hiervon die Abgaben an den Anleihestock zu berechnen sind.

RM. Dr. Danielski, Berlin.

Deutscher Juristentag 1936

5. Reichstagung

des Bundes Nationalsozialistischer Deutscher Juristen

15.—19. Mai 1936 in Leipzig

Dem Heft 3/4 des Zentralorgans „Deutsches Recht“ lag die Einladung zur Teilnahme am Deutschen Juristentag 1936 bei.

Wenn auch bei der Sorgfalt in der Innehaltung von Fristen, die gerade bei jedem Rechtsanwalt eine berufliche Pflicht ist, angenommen werden darf, daß allgemein die Aufforderung zur rechtzeitigen Meldung der Teilnahme an dem Juristentag beachtet worden ist, so sei hiermit doch nochmals auf diese Veranstaltung des deutschen Rechtsstandes hingewiesen.

Das Programm ist aus der Beilage zum „Deutschen Recht“ ersichtlich. Wichtig für jedes Bundesmitglied sind:

1. Anmeldung. Teilnahme ist Ehrenpflicht. Sofortige Anmeldung ist erforderlich.
2. Beförderung. Aus den Gauen werden Sonderzüge zum Deutschen Juristentag fahren. Fahrpreisermäßigung bis 60%. Auf der Anmeldebefarte ist die Teilnahme am Sonderzug zu vermerken. Nähere Bekanntgaben durch die Gaugeschäftsstelle.
3. Quartiere. Die der Einladung beiliegende Quartierkarte ist ausgefüllt bis spätestens 15. April an die Organisationsleitung des Deutschen Juristentages in Leipzig, Hauptplatz 15, einzusenden.
4. Teilnahme an Auslandsfahrten. Auf die Möglichkeiten, die das Fahrten- und Erholungswerk des NSD. geschaffen hat, und die näheren Angaben in der Beilage zum „Deutschen Recht“ Heft 3/4 wird ausdrücklich hingewiesen.

¹⁾ Tag der Veröffentlichung 28. Febr. 1936; in Kraft getreten 29. Febr. 1936.

Der deutsche Weg

Das Wunder ist geschehen — wir sind Volk geworden. Jahrtausende deutscher Geschichte liegen hinter uns, voll der Höhepunkte politischer Macht, territorialer Größe, prunkvoller Herrschaft, aber auch voll der Zeichen der Not, der Zerrissenheit, des Haders und Mißverständens, der Eignucht und des Verrats. Jahrtausende währte der Weg aus der Zwietracht zur Einheit, der Weg zur deutschen Volkwerdung.

Es waren in unserer Geschichte Ansätze zu Einheit und Größe vorhanden, aber immer wieder gingen sie verloren; alle staatlichen, sozialen und religiösen Wandlungen wirkten sich immer wieder politisch als zersetzende Elemente aus. Allen Großtaten dieser Art mangelte der vom „Ich“ losgelöste Wille zum Volk; alle waren gerichtet auf ein Teilziel, auf Einheit, Größe, Macht einer bestimmten Einzelfunktion des Volkslebens, keine aber war gerichtet auf das Volk in seiner Gesamtheit und in der Gesamtheit seiner Lebensvoraussetzungen, Lebensbeziehungen und Lebensgestaltung. Während andere Völker wie das englische und französische schon vor Jahrhunderten zur Einheit gelangten, sank Deutschland in immer größere Zerrissenheit. Die Scheinblüte deutscher Kaisermacht im frühen Mittelalter verging, an ihre Stelle trat das Landesfürstentum ehrgeiziger Fürsten, deren Blick nicht auf das Reich als Ganzes gerichtet war. Bald waren es die Kurfürsten, die der Einheit des Reiches widerstanden, bald war es der Streit der unzähligen Klein- und Kleinststaaten um Gebietszuwachs und Territorialmacht, bald die sich aus der religiösen Zerrissenheit ergebende Politik der Bündnisse und Gegenbündnisse.

Mehr und mehr spielten ausländische Einflüsse eine bedeutende Rolle in der Politik der deutschen Staaten. Es ging um Gunst und persönliche Macht und Reichtum, an das Volk aber dachte niemand. Aus diesem Chaos deutscher Zwietracht hob sich allmählich Brandenburg-Preußen heraus. Der Große Kurfürst, Friedrich Wilhelm I., Friedrich der Große — sie waren es, die ihr Denken von sich fort auf ihre Untertanen lenkten; ihnen lag nicht so sehr an ihrer eigenen Herrlichkeit als an dem Wohle ihres Landes.

Die Fortführung dieser hoffnungsvollen Ansätze zur deutschen Einheit aber unterblieb. Aus den Idealen eines sich selbst unter der Führung eines Monarchen regierenden Volkes — wie Ernst Moritz Arndt und andere Männer seiner Zeit sie erträumten — wurde das Zerbild des Parlamentarismus, der das deutsche Volk innerlich zerriß, wirtschaftlich ruinierte, politisch diffamierte und dem völligen Zerfall preisgab.

Einmal in jüngster Zeit schien die Volkwerdung schon nahe; wie von jeher in Zeiten größter Not, so besann sich das deutsche Volk im Jahre 1914, als es aufstand wie ein Mann, seine Grenzen in einem ihm aufgezwungenen Kriege zu verteidigen. Aber die Zeit war noch nicht gekommen, und das Volk war noch nicht reif für seine Mission. Das Blutopfer der zwei Millionen deutscher Soldaten schien umsonst. Größer denn je wurden Zwietracht, Haß und Bruderkampf. Egoismus, Liberalismus, Bolschewismus waren die geistigen Parolen der Zeit der „demokratischen Republik“. Versailles, Rhein- und Ruhrbesetzung, Tribute, Dames, Young, Locarno waren ihre außenpolitischen „Erfolge“, Nord und Brand durch Spartakus, Hunger, Not, Inflation, Arbeitslosigkeit, Haß, politische Morde ohne Zahl, Demunziation, Mißtrauen, Verzweiflung, Landesverrat ihre innerpolitischen „Ergebnisse“. Das war der Stand der Deutschen Geschichte im Jahre 1932. Tief hinunter führte der deutsche Weg, hinein in Not und Elend, in düstere Verzweiflung, dem Chaos entgegen.

In all diesen traurigen Epochen deutscher Geschichte aber brannte trotz alledem die Sehnsucht nach Einheit, nach Freiheit, nach der Volkwerdung. Je ärger die Zwietracht, desto leidenschaftlicher die Sehnsucht. Und diese Sehnsucht wurde das Fanal einer neuen Zeit. Ein Mann stemmte sich dem Niedergang entgegen, verließ den Weg in die Tiefe, steil hinan führte er die wenigen, die anfänglich seinem Rufe folgten. Aber immer mehr scharten sich

hinter den Führer der Sehnsucht zur Freiheit, und je steiler der Weg bergauf ging, desto leidenschaftlicher wurde der Wille und desto geschlossener die Gefolgschaft.

Und nun ist das Wunder geschehen — wir sind Volk. Es ist nicht nur der Ruin des Reiches, der finanzielle Zusammenbruch der Länder und das Ende der Kommunen verhindert worden; es ist nicht nur gelungen, unzähligen Betrieben wieder Arbeit zu geben, zahllose tote Kamine und Schloten wieder zum Rauchen zu bringen. Es ist nicht nur erreicht worden, unsere Schiffe wieder über die Weltmeere zu schicken und noch neue Schiffe zu bauen; es ist nicht nur der deutsche Handel wieder belebt, die Wirtschaft neu aufgebaut, Handwerk und Gewerbe von Grund auf saniert worden, wir sind nicht nur wieder alleiniger Herr im deutschen Hause, wir sind nicht nur wieder frei, im Besitze des Saarlandes, im Besitze der Wehrhoheit auch im Rheinland — nein, über allem steht das deutsche Wunder: Adolf Hitler hat uns zu einem Volk gemacht.

Der Jahrtausende währende Weg der deutschen Volkwerdung hat das Ziel erreicht. In einer unübertrefflichen Geschlossenheit hat das deutsche Volk dieses leidenschaftliche Bekenntnis zum Führer und zu sich selbst abgelegt. Es hat in der gewaltigsten Kundgebung, die die Welt je erlebte, bezeugt: Hitler ist Deutschland und Deutschland ist Hitler. Der Wille des Führers ist der Wille des Volkes, und das Wort des Kanzlers ist das Wort der Nation. Vorüber ist die innere Zerrissenheit, vorbei der Spuk bolschewistischer Klassenhasses, hier ist kein Stand, keine Schicht, keine Klasse, hier sind nur Deutsche. Hier steht Kamerad zu Kamerad und Bruder zu Bruder. Wir sind nicht mehr eine Masse von Einzelgängern, wir sind Volk!

Die Welt hat dieses Bekenntnis gehört. Sie hat die Wucht der Geschlossenheit des deutschen Volkes in dem einmütigen leidenschaftlichen Bekenntnis am 29. März 1936 verspürt. Sie weiß jetzt, daß nicht irgendein Staatsmann, sondern Adolf Hitler, das heißt Deutschland, den unbedingten Willen zum Frieden mit der Welt hat, daß aber auch nicht eine von einem Parlament für kurze Zeit gebildete Regierung, sondern in Adolf Hitler das neuerstandene deutsche Volk mit leidenschaftlicher Einsatzbereitschaft die deutsche Ehre, die Gleichberechtigung unter den Völkern und die deutsche Freiheit fordern, wahren und verteidigen wird.

Das deutsche Volk hat gesprochen. Es hat durch den Mund des Führers am 31. März 1936 der Welt aufs neue ein Friedensangebot der Tat unterbreitet. Jetzt ist es an den anderen Völkern, den Beweis der Friedensliebe zu erbringen. Wenn sie das großzügige und hochherzige Angebot Deutschlands annehmen und auch ausführen und halten, dann wird für die ganze Welt eine Zeit segensreicher Ruhe und Arbeit und friedlichen Aufbaues beginnen, wie sie bisher in der Geschichte der Völker noch nicht dagewesen ist.

Deutschland aber wird — so oder so — den Weg empor unter Vorantritt seines Führers weitergehen. Es wird das in tiefer Dankbarkeit empfundene Wunder seiner Volkwerdung als eine heilige Verpflichtung gegenüber den kommenden Generationen in sich aufnehmen, wird weiter an sich arbeiten zu immer größerer Vertiefung und Vollendung, auf daß einst jeder deutsche Volksgenosse, alt und jung und Mann und Frau, es als selbstverständlichen Lebensinhalt ansieht, was der Dichter bekennt:

Ich bin geboren, deutsch zu fühlen,
bin ganz auf deutsches Denken eingestellt,
erst kommt mein Volk, und dann die andern
bieten,
erst meine Heimat, dann die Welt.

2.

Des Führers Glaube an unser Recht

Wir glauben an das ewige Recht unseres Volkes. Wir protestieren dagegen, daß jedes andere Volk ein Recht besitzen soll, nur das unsere nicht. Wir müssen lernen, diesen blinden Glauben zu bekommen, an das Recht unseres Volkes, den Glauben an die Notwendigkeit, diesem Recht zu dienen, und den Glauben, daß einer solch fanatischen Gesinnung der Sieg allmählich besichert sein muß.

Adolf Hitler, 1923

Schrifttum

Handelsgesetzbuch (ohne Seerecht) in der am 1. Januar 1936 geltenden Fassung mit Erläuterungen über die handelsregisterliche Praxis in alphabetischer Form. Herausgegeben von **Hans Groschuff**, AGR. in Berlin. Vd. 1: §§ 1—177 Einzelkaufleute und Personalgemeinschaften, bearb. von Hans Groschuff. 132 S. Preis kart. 2,80 *R.M.* Vd. 2: §§ 178—Schluß. Aktiengesellschaften, bearb. von Art. Nebelung, AGR. in Berlin, mit einem Anhang der wichtigsten Nebengesetze. 201 S. Preis kart. 3,80 *R.M.* Leipzig 1936. W. Moeser Buchhandlung.

Ein beachtlicher und m. E. auch gelungener Versuch, das **HGB.** nebst EinfG. und ergänzenden Gesetzen und **VO.** (Kapitalherabsetzung in erleichteter Form, Kraftloserklärung von Aktien, Anleiheverbotgesetz — Auszug —, Lösungsrecht) im Hinblick auf den Rechtsverkehr mit dem Handelsregistergericht zu erläutern. Und zwar in einer neuen Form, nämlich nicht als Kommentar zu den einzelnen gesetzlichen Bestimmungen, sondern lexikonartig. In alphabetischer Reihenfolge werden unter den in der Praxis bekannten Stichworten die wichtigsten Tatbestände und Begriffe aus dem Handelsregisterwesen von zwei Groß-Berliner Registerrichtern kurz und klar, dabei aber doch einflüssig und sorgfältig dargestellt. Rechtsprechung (auch nicht veröffentlichte Entscheidungen) und Schrifttum, vornehmlich seit 1933, ferner gutachtliche Äußerungen der Industrie- und Handelskammer zu Berlin haben ebenso Berücksichtigung gefunden wie die reichen Erfahrungen der beiden Verfasser, die am größten deutschen Registergericht wirken und deshalb auch mit der anwaltlichen und notariellen Praxis in Handelsregisterfällen besonders gut vertraut sind.

Beide Bände zerfallen in zwei Teile: Erläuterungen und anschließend Gesetexte. Der 1. Band umfaßt das **HGB.** bis § 177 einschließlich (Einzelkaufleute und Personalgemeinschaften). Das vorangestellte Lexikon ist von Groschuff verfaßt. Es zeichnet sich durch gründliche und überaus sachkundige Behandlung der einschlägigen Vorgänge usw. aus.

Die Erläuterungen zum 2. Band, der an Gesetzen das **HGB.** §§ 178—473, also ohne Seerecht, das **EGHGB.** und die oben genannten Sondergesetze über erleichterte Kapitalherabsetzung usw. enthält, stammen von Nebelung und vermitteln ebenfalls einen aufschlußreichen Einblick in die Registerpraxis, insbesondere soweit es sich um das Aktienrecht handelt. Die Darstellung ist auch hier übersichtlich und zuverlässig, wenngleich sie an Prägnanz und Anschaulichkeit diejenige von Groschuff wohl nicht ganz erreicht.

Selbstverständlich wird man über die Stellungnahme zu dieser oder jener Frage verschiedener Meinung sein können. Es muß aber insoweit beachtet werden, daß es den Verfassern darauf ankam, die von ihnen befolgte Praxis unter Bezugnahme auf die einschlägige Rechtsprechung anderer Gerichte, vor allem des **RG.**, für die am Registerverkehr beteiligten Kreise zu erläutern und nur dort, wo dies nach Lage der Sache notwendig erschien, genauer zu begründen. Dieses Ziel ist vollumfänglich erreicht worden. Auch derjenige, der mit dem Handelsregisterrecht vertraut ist, vermag aus dem Studium viel zu lernen und wird überdies, was ausdrücklich hervorgehoben sei, von den keineswegs engherzig in ihrer eigenen Meinung befangenen Verfassern auch auf solche Fragen hingewiesen, in denen abweichende Auffassungen und Lösungen möglich sind oder von anderen Gerichten vertreten werden. Das Werk entbehrt also keineswegs der wissenschaftlichen Haltung, wenngleich naturgemäß auf eine eingehende Auseinandersetzung mit Streitfragen verzichtet werden mußte.

Es bedarf kaum der Hervorhebung, daß sich bei der von den Verfassern angestrebten neuartigen Behandlung des Handelsregisterrechts nicht alsbald beim erstenmal alle Wünsche befriedigen ließen, die man in dieser Hinsicht vielleicht hegen könnte. So scheint es mir z. B. nicht besonders glücklich, daß den Erläuterungen die Gesetztexte angehängt sind und wohl hauptsächlich aus diesem Grunde eine Teilung in zwei Bände notwendig wurde. Die Benutzbarkeit wird auch dadurch mindestens nicht erleichtert, daß das Sachregister lediglich dem 2. Band angefügt ist.

Die Erläuterungen zum 1. Band umfassen 81 Seiten, diejenigen zum 2. Band 45 Seiten. Es wäre also sehr wohl möglich gewesen, die wichtigsten Fragen aus dem Handelsregisterwesen in einem einzigen, handlichen Band zu bringen. Die Gesetztexte dürften ohnedies für Interessenten zur Verfügung stehen. Hinzu kommt, daß die vorliegende Ausgabe lediglich den Text des **HGB.** und einzelner Nebengesetze bringt, nicht dagegen die für den praktischen

Gebrauch mindestens ebenso bedeutungsvollen formellrechtlichen Bestimmungen des Registerrechts. Soweit etwa ein Bedürfnis vorliegt, das gesamte Gesetzesmaterial in einer besonderen Ausgabe zusammenzustellen — was m. E. der Fall ist —, wäre es nach meinem Dafürhalten zweckmäßiger gewesen, die in Betracht kommenden Vorschriften des **HGB.**, **UmsHG.**, **GenG.**, **FGG.** usw. als selbständigen Band herauszugeben. Hierbei würde allerdings die jedem Sachkundigen bekannte Schwierigkeit entstehen, wo und wie man in dieser Hinsicht abzugrenzen hätte. Immerhin glaubte ich hierauf für eine sicherlich in absehbarer Zeit erforderlich werdende zweite Auflage hinweisen zu sollen.

Noch eine Bemerkung allgemeiner Art: Die grundsätzliche Bedeutung dieses lexikalischen Hilfsmittels für das Handelsregisterrecht liegt einerseits darin, daß dieses Gebiet hier geschlossen vorgeführt wird und einen aufschlußreichen Einblick in die Funktion der „Lebenden“ Ordnung des Handelsregisterwesens gewährt. Mit einer kommentierten Ausgabe der in Betracht kommenden, in ihrer praktischen Anwendung vielfältig ineinandergreifenden Gesetze und **VO.** hätte man den Interessenten ebensowenig dienen können wie wahrscheinlich auch mit einer systematischen Darstellung. Im Zusammenhang damit steht ein anderer Gesichtspunkt, dem m. E. für unser juristisches Schrifttum überhaupt maßgebliche Beachtung geschenkt werden sollte. Wir beobachten schon seit längerer Zeit — nicht nur in Deutschland, sondern auch andernwärts —, daß die Fülle des in zahlreichen Schriften, Einzeluntersuchungen usw. einschließlich des in Entscheidungssammlungen enthaltenen Materials weder für wissenschaftliche Untersuchungen noch für die juristische Praxis auch nur einigermaßen übersehen und beschafft werden kann (vgl. hierzu auch meine Bemerkungen in **DZ.** 1936, 348: „Rechtswissenschaft, Professoren und Fakultäten“).

Es wäre töricht und durchaus unrichtig, wenn man diese Erscheinung lediglich auf die Kostenfrage oder mangelndes Interesse zurückführen wollte. Eine erhebliche Rolle dürfte vielmehr auch der Mangel an Zeit spielen. Abgesehen von allen anderen Umständen ist es in zahlreichen Fällen einfach zu zeitraubend, Kommentare zu den verschiedensten Einzelgesetzen und **VO.** oder umfangreiche Handbücher, die nach dem alten System des Handelsrechts (also unter weitgehender Ausscheidung oder zu kurzer Behandlung der in den Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit oder sonst des formellen Rechts fallenden Fragen) zu Rate zu ziehen. Jedenfalls bedürfen wir mindestens als Ergänzung auch solcher literarischen Hilfsmittel, die eine rasche Information über die rechtliche Erheblichkeit typischer Tatbestände des Wirtschaftslebens oder des Rechtsverkehrs mit Beschörden usw. ermöglichen. Dazu scheinen auf bestimmte Gebiete beschränkte Lexika vorzüglich geeignet, wenn sie, wie das vorliegend zutrifft, in knapper aber doch umfassender Weise einen zuverlässigen Bericht über den gegenwärtigen Stand von Rechtsprechung und Lehre vermitteln. Oder anders ausgedrückt: Wir haben alle Veranlassung, die überkommenen Formen des juristischen Schrifttums einer grundsätzlichen Überprüfung auf ihre Eignung für die verschiedensten Zwecke und Bedürfnisse, denen literarische Veröffentlichungen dienen sollen, zu unterziehen. Man wird den Verfassern die Anerkennung nicht versagen dürfen, daß sie in dieser Hinsicht mutig und geschickt neue Wege beschritten haben.

Prof. Dr. Friedr. Clausing, Frankfurt a. M.,
Mitglied der Akademie für Deutsches Recht.

Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht des In- und Auslandes. In Gemeinschaft mit Carl Heinrici, Oscar Mügel, Walter Simons, Heinrich Tixe herausgegeben von Franz Schlegelberger. Fünfter Band: Kommanditgesellschaft — Rechtsgeschäft. Berlin 1936. Verlag Franz Vahlen. IV u. 845 S. Preis brosch. 55 *R.M.*, geb. 63 *R.M.*

Der Schreiber dieser Zeilen greift fast täglich am Anfang der Prüfung eines internationalprivatrechtlichen Tatbestandes zu dem rechtsvergleichenden Handwörterbuch, und das, obwohl er in der besten europäischen Fachbibliothek arbeitet. Niemand, der etwas vom ausländischen Recht und den Schwierigkeiten, es — zumal in internationalprivatrechtlicher Verquickung — zu meistern, versteht, wird annehmen, daß die Bemühung um die Quellen im weiteren Sinne für denjenigen, der ein Standardwerk der Rechtsvergleichung wie den „Schlegelberger“ zu Rate zieht, überflüssig ist, weil er mit diesem allein schon in einer irgendwie beachtlichen Anzahl von Fällen zum Erfolge komme. Aber es sind weniger die seltenen Fälle, in denen

der Benützer dieses Handwörterbuchs bereits Endgültiges für eine praktische Rechtsfrage aus ihm entnehmen kann, auf denen m. E. die Bedeutung dieses unvergleichlichen Hilfsmittels beruht. Wichtiger ist seine wegweisende Verwendungsfähigkeit. Ich bin überzeugt, daß auch der mit ausländischem Recht wenig vertraute Anwalt oder Richter, wenn er einmal in diesem Werk gelesen und mit seiner Hilfe an internationalrechtliche Tatbestände herangegangen ist, in ganz anderer Weise als zuvor befähigt ist, in Tatbeständen mit auslandsrechtlichen Beziehungen das Wesentliche zu erkennen und den entscheidenden Fragen dann entweder durch eigenes Quellenstudium oder durch Befragung sachverständiger Stellen weiter nachzugehen. Auf dieses scheinbar nebensächliche Verdienst des großen Wertes muß in der ZB. an erster Stelle hingewiesen werden. Ob dieser oder jener Einzelbeitrag den an sich schon hohen Durchschnittsrang der Beiträge im allgemeinen noch überragt, ist für den Praktiker von milderer Bedeutung. Immerhin sei kurz erwähnt, daß einige der Beiträge monographischen Charakter haben und sogar Rechtsprechung in beachtlichem Umfang verzeichnen.

Nicht immer findet sich die Antwort auf eine Frage unter dem alphabetischen Stichwort, unter dem der Unbefangene sie vermutet. Die Schwierigkeiten der Herausgabe eines derartigen Sammelwerks zwingen oft zu willkürlichen Verschiebungen; hinzu kommt, daß offenbar je mehr das Werk fortschreitet, um so mehr Wert auf große, zusammenfassende Artikel gelegt wird, während in den ersten Lieferungen weniger wichtige Einzelfragen unter besonderem Stichwort behandelt wurden. Deswegen erscheint es nützlich, die Stichworte des fünften Bandes, auf den hinzuweisen der Zweck dieser Anzeige ist, nach Sachgebieten gegliedert hier anzuführen:

Allgemeines: Konfusion, Kündigung, Mündelsicherheit, Rechtsgemeinschaft. — Bürgerliches Recht: I. Name, Minderjährigkeit, Rechtsfähigkeit, Rechtsgeschäft. II. Novation, Quittung, Kompensation; Miete, Pacht, Leihe, Mätkervertrag, Leibrente. III. Realkredit, Rangordnung der dinglichen Rechte, Rangänderung, Rangvorbehalte, Notweg, Nachbarrecht, Nießbrauch, Realkaution, Pfandrecht an beweglichen Sachen und Rechten. IV. Publizität im ehelichen Güterrecht. V. Miterben, Nacherbe, Pflichtteilsrecht. — Handelsrecht: I. Procura. II. Konzernrecht, Offene Handelsgesellschaft, Kommanditgesellschaft, Kommanditgesellschaft auf Aktien. III. Kreditbriefgeschäft, Kontokorrent, Lombardgeschäft, Kommissionsgeschäft, Lagergeschäft und Lagerchein. — Sonstiges: Lehrvertrag, Notenbanken, Patentrecht, Aufsichtrecht, Konkurs, Präventivakkord.

W. u. W. Dr. R. Arndt, Berlin.

Reichsgesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, sowie die wichtigsten die GmbH. berührenden Nebengesetze und Verordnungen. Eingeleitet von Prof. Dr. Friedrich Klauing, Mitglied der Akademie für Deutsches Recht. 3. Aufl. Berlin 1936. Carl Heymanns Verlag. 164 S. Preis geb. 2,40 RM.

Der Hauptwert dieser Ausgabe in 164 Seiten Taschenformat liegt in der rund 60 Seiten umfassenden „Einführung“, die sich erfolgreich bemüht, das Verständnis des geltenden GmbH-Rechts und seiner für eine Reform in Betracht kommenden Probleme zu erleichtern. Frei von schulmeisterlicher Pedanterie, die sonst den meisten und darum ungeliesenen Einführungen anzuhäften pflegt, entwirft Verf. ein lebendiges Bild der wirtschaftlichen und rechtlichen Verhältnisse, unter denen die GmbH. entstand und sich einbürgerte. Der Gesamthalt des Gesetzes wird knapp entwickelt und auf die Wesensverwandtschaft mit der AktG., der DStG., der Genossenschaft und der bergrechtlichen Gewerkschaft hingewiesen. Der dispositive Charakter der Bestimmungen über die Zuständigkeit der Gesellschafterversammlungen (§ 45 Abs. 2) gibt dem Verf. Gelegenheit, auf die schon nach geltendem Recht bestehende Möglichkeit sachungsmäßiger Festlegung des Führerprinzips, dessen gesetzliche Verankerung somit von untergeordneter praktischer Bedeutung sei, hinzuweisen. Nichtvoll besonders sind die Erörterungen des „Wesens“ und der „Gestaltungsformen“ der GmbH. Probleme der Gegenwart werden eingehend behandelt: Einmanggesellschaft, Treuhand, Strohmänner, Kartelle, die GmbH. als wesentlich haftender Gesellschafter einer DStG. oder KommGes. u. dgl. Endlich wird die Frage untersucht, welchen Platz die GmbH. in der nationalsozialistischen Wirtschaftsordnung einnehmen kann, und Stellung genommen zu Reformfragen. Einige steuerliche Gesichtspunkte und ein kurzer Überblick über das wichtigste Schrifttum beschließen die Einführung.

Demgegenüber tritt sachlich der übrige Inhalt des Bändchens an Bedeutung zurück. Es ist lediglich der Text des GmbHG. und derjenigen Gesetze und Verordnungen abgedruckt, die die GmbH. betreffen. Paragraphenüberschriften in Fettdruck erleichtern die Orientierung. Der Druck der Gesetzestexte ist leider recht klein und — wohl aus Entgegenkommen gegen internationale Leser — in lateinischen Lettern

gesetzt. Für die registerrechtliche hat das Werkchen lediglich den Wert einer Textausgabe. Wer theoretische Studien treibt oder auch ohnehin in lebendiger Fühlung mit der modernen Rechtsentwicklung bleiben will, wird einen guten Überblick gewinnen.

WGR. Groschuff, Berlin.

J. v. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 10. Neubearb. Aufl. 5. Lieferung zu Bd. III: Sachenrecht. §§ 1018—1148. Preis 15,50 RM. 6. Lieferung (Schluß) zu Bd. III: Sachenrecht. §§ 1149—1296. Titel und Inhaltsverzeichnis zum 2. Teil, Verzeichnis der Literatur und der Abkürzungen, Nachträge und alphabetisches Sachregister. Preis 18,80 RM. Erläutert von Dr. Robert. München, Berlin u. Leipzig 1935/1936. J. Schweizer Verlag (Arthur Sellier). Vb. III kpt. Preis geb. 77,30 RM (Einbanddecke zu Vb. III Teil II Preis in Halbleder 2,50 RM).

In J. Schweizer Verlag (Arthur Sellier) sind vom Band III der 10. Aufl. des Staudinger die Lieferungen 5 und 6 erschienen, so daß nunmehr das gesamte Sachenrecht in neuer Bearbeitung (Dr. R. Robert) vorliegt. Auch hier ist in den Erläuterungstext hineingearbeitet, was seit dem Erscheinen der 9. Aufl. einschlägig von Bedeutung war. So wird zur früher irrtümlichen Frage der Eigentümergrunddienbarkeit der richtunggebende Beschl. des 5. Sen. des RG. v. 14. Nov. 1933 (RGZ. 142, 321 = JW. 1934, 285) angeführt, der in Fortentwicklung der bisherigen Rechtsauffassung unter Betonung des deutschrechtlichen Gedankens sich für die Zulässigkeit der Errichtung einer Grunddienbarkeit durch den Eigentümer zweier Grundstücke an dem einen zugunsten des anderen entscheidet. Auch ist hingewiesen auf die Zulässigkeit der Belastung des Erbhoofs mit Grunddienbarkeiten (§ 64 Abs. 1 der 1. Durchf. VO. z. RErbhofG.) und zur Streitfrage über die selbständigen Abhaugerechtigkeiten zum Beschl. des RG. (JW. 1934, 2241) unter Hinweis auf Vogels, RErbhofG., 3. Aufl., S. 3957 kritisch Stellung genommen. Für das Erbhoofrecht war auf das grundsätzliche Verbot der Belastung des Erbhoofs mit einem Nießbrauch und auf die Möglichkeit ausnahmsweiser Genehmigung durch das AnerkG. beim Vorliegen eines wichtigen Grundes hinzuweisen. Mit Recht wird in der 10. Aufl. zu § 1059 Ziff. 4 d die Auffassung in den früheren Auflagen, daß der Nießbrauchüberlassungsvertrag eintragungsfähig sei, aufgegeben und in § 1061 Ziff. 1 b die Eintragungsfähigkeit eines Nießbrauchs für Eheleute je zur Hälfte mit der Maßgabe, daß nach dem Tode des Erstversterbenden der ganze Nießbrauch auf den Überlebenden übergehen soll, bejaht. Im Zuge der neuen Rechtsentwicklung wird auch mit Recht hervorgehoben (§ 1061 Ziff. 2), daß beim Übergang des Vermögens einer Nießbrauchberechtigten AktG. auf eine andere ohne Liquidation der Nießbrauch in der Regel nicht erlischt. Ob ein Nießbrauch zur gesamten Hand begründet werden kann, wurde in den früheren Auflagen verneint, jetzt im Anschluß an den Beschl. des RG., 1. ZivSen. v. 15. Dez. 1932 (JW. 1933, 702) bejaht. Auch zu § 1071 wird bei der Erörterung des Verhältnisses dieses Paragraphen zu § 1070 die Ansicht der früheren Auflagen aufgegeben; ebenso wird im Gegensatz zu früher in § 1078 Ziff. 2e der Gläubiger einer Forderung wie deren Nießbraucher für mahnungsberechtigt angesehen.

Für das Rechtsgebiet der beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten ist auf die Einwirkung des RErbhofG. v. 7. Juli 1934 (§ 3 Satz 2) und des RErbhofG. (§ 37) hingewiesen und für das Gebiet des dinglichen Vorkaufsrechts auf das RG. zur Ergänzung des RErbhofG. v. 4. Jan. 1935 und dessen § 6 betr. Herabsetzung eines unangemessenen hohen Kaufpreises durch die Siedlungsbehörde sowie auf die Bestimmung des § 10 Reichsgrundbuchverfugung v. 8. Aug. 1935 betr. Eintragung in Abt. II des Grundbuchs.

Umfassend sind die Neuerungen auf dem Gebiet des Hypothekenrechts behandelt im Zusammenhang mit dem Gesetz über die Bereinigung des Grundbuchs v. 10. Juli 1930, dem Gesetz über die Zahlungspflicht in Aufwertungsachen v. 12. Juni 1933 und dem Gesetz über einige Maßnahmen auf dem Gebiete des Kapitalverkehrs v. 20. Dez. 1934 betr. Rückzahlung der Aufwertungshypotheken. Ausführliche Darstellungen sind gewidmet den neuen Bestimmungen über den Gläubigerschutz, den Schuldner- und Vollstreckungsschutz (DSt-Hilfe), dem landwirtschaftlichen SchRG. v. 1. Juni 1933, der Erbhoofhypothek, dem Gesetz v. 24. Jan. 1935 über die Zinsermäßigung bei Kreditanfragen, den VO. über die Hypothekennormatorien, dem Gesetz v. 31. Juli 1935 über den landwirtschaftlichen Realkredit u. a. m. An einschlägiger Stelle ist auch auf das RG. über die Devijensbewirtschafung v. 4. Febr. 1935 verwiesen, auf die durch das sog. Roggen- oder Weizen lautenden Hypotheken in folge auf Reichswährung, auf die Begriffsbestimmungen der Goldklausel, der Goldmarkhypothek, der sog. Schwankungsklausel und ihre Zulässigkeit

(RGZ. 135, 142 = JW. 1932, 1215), der Reichsmarkklausel (RGZ. 143, 424 = JW. 1934, 1167) usw.

Im Zusammenhang mit der n. Fass. der §§ 1123 Satz 2, 1124 Abs. 2 gem. NotWd. v. 8. Dez. 1931 sind im Erläuterungstext eingehend die Gründe und die Auswirkungen der neuen gesetzlichen Bestimmungen dargestellt zugleich unter Hinweis auf das RG. vom 9. März 1934 mit seinem Ausgleich zwischen dem Recht des Hypothekengläubigers und dem Recht der Gemeinde aus einer Mietzinspändung wegen Ansprüche aus öffentlichen Grundstückslasten.

Es ist im hier gewählten Rahmen unmöglich, durch mehr als die vorstehenden Stichproben zu erweisen, daß auch die neuen Lieferungen mit einer großen Sorgfalt, Umsicht und Sachkunde bearbeitet worden sind; sie erfüllen, was beim Durchprüfen der bisher erschienenen Lieferungen für die Behandlung des Sachenrechts erwartet werden konnte. Sie zeigen das Sachenrecht, insbes. hier das Pfandrecht auf der Höhe seines gegenwärtigen Standes und stellen ein Werk dar, das jedem im Dienste am Recht Belehrung und Bereicherung bringt.

RA. und Notar Wilhelm Scholz, Berlin.

Der Große Brodhaus. Handbuch des Wissens in zwanzig Bänden. Fünfzehnte, völlig neubearbeitete Auflage von Brodhaus' Konversationslexikon. Ergänzungsband A—Z. Leipzig 1935. F. A. Brodhaus. 792 S.

Die immer wieder überraschende Reichhaltigkeit der bisher erschienenen Bände des Großen Brodhaus ist hier meist an Beispielen juristischer Art veranschaulicht worden. Raumgründe und Arbeitsbereich der JW. verbieten, auf die allgemeinen Artikel einzugehen. So wurde versucht zu zeigen, daß der juristische Benutzer selbst auf seinem eigenen Fachgebiet noch manches aus diesem Standardwerk lernen kann. Die daraus zu entnehmenden Schlüsse über die übrigen Gebiete liegen auf der Hand. Auch für den jetzt vorliegenden 21. Band, der Ergänzungen und Nachträge zu den Buchstaben A—Z bringt, mag der gleiche Versuch an einigen Beispielen gemacht werden. Der staatsrechtliche Aufbau des neuen Reiches sollte zwar allen deutschen Juristen bekannt sein, trotzdem aber werden die Tafeln über den Aufbau des Staats und der Partei manchem Zusammenhänge klarer machen, die bisher nur verschwommen und unsicher geußt wurden. Die Zahl derer, die die sog. Siebenbürgische oder Klausenburger oder ungarische Ehe nicht kennen, wird schon beträchtlicher sein. Und doch kann jeder Anwalt täglich beruflich einem früheren österreichischen Staatsangehörigen begegnen, dessen Ehe in Ungarn nach Erwerb der ungarischen Staatsangehörigkeit getrennt, d. h. geschieden wurde (Artikel: Siebenbürgische Ehe). Wichtige, politisch und rechtlich bedeutsame Änderungen des österreichischen Rechts stehen in dem Artikel „Österreich“, wo die neue Verfassung v. 1. Mai 1934 in ihren Grundlagen dargestellt ist, sowie (etwas versteckt) beim Stichwort „Kirchenverträge“. Abessinien, Chinas und Mandschukuos neue Verfassungen sind ebenso erwähnt wie die Tatsache, daß Mexiko seit 1928 ein neues Bundeszivilgesetzbuch und seit 1932 eine neue Zivilprozessordnung besitzt.

An die Peripherie des Juristischen führt der Artikel „Blutgruppenuntersuchung“, wo die neuen Forschungen über dieses Gebiet verzeichnet sind. Allgemein mag noch hervorgehoben werden, daß im 21. Band in steigendem Umfange auch die Rassezugehörigkeit der erwähnten Persönlichkeiten mitgeteilt wird.

RA. u. RA. Dr. K. Arndt, Berlin.

Dr. jur. Fritz Neu: Die Unmöglichkeit der Leistung im angloamerikanischen Recht. (Abhandlungen aus dem gesamten Handelsrecht, Bürgerlichen Recht und Konkursrecht. Heft 4.) Stuttgart 1935. Verlag Ferdinand Enke. 126 S. Preis geh. 3,60 RM.

Der Verf. hat sich mit seiner klar und sorgfältig geschriebenen Untersuchung zweifellos ein besonderes Verdienst erworben, da gerade die angloamerikanische Vertragslehre trotz einiger in den letzten Jahren erschienenen Bearbeitungen einer weiteren rechtsvergleichenden Betrachtung wert und bedürftig erscheint, wobei die Frage nach Wesen, Arten und Folgen der Unmöglichkeit sicherlich einen besonders geeigneten Anknüpfungspunkt für die Rechtsvergleichung darstellt.

Verf. bestimmt zunächst auf „rechtspolitischen“ Wege denjenigen Begriff der Unmöglichkeit, der sich nach seiner Ansicht allein zur umfassenden Rechtsvergleichung eignet. „Das Wesen vertraglicher Schuldverhältnisse liegt wie das Wesen von Forderungsrechten überhaupt im rechtlichen Gebot einer „Interessenverschiebung“. Das heißt: Interessen des Gläubigers sollen gefördert werden durch ein Opfer des Schuldners. Tritt dieser Interessenverschiebung ein endgültiges (Gegensatz: vorübergehendes) Hindernis entgegen, dann sprechen wir von „Unmöglichkeit“ der Leistung. Fälle der U. der Leistung sind also Fälle endgültiger Leistungshindernisse“ (S. 1). — Gegen diese Begriffsbildung und Begriffsbestimmung lassen sich allerdings

Bedenken geltend machen, weil das alleinige Abstellen auf die „Interessenverschiebung“ der Wandlung des Schuldvertrages in unserem neuen Recht — zu dem der Verf., wie er im Vorwort erklärt, einen Beitrag liefern möchte — nicht genügend Rechnung trägt (vgl. dazu Lorenz: Deutsches Recht 1935, 488 ff.). Damit hängt zusammen, daß sich Neu eine nähere kritische Untersuchung der Eigenart des angloamerikanischen Schuldvertrages von unserer heutigen Standpunkt aus entgehen läßt. Wenn das angloamerikanische Recht — von deutschrechtlichen Gedanken aus, wie Verf. selbst betont — das vertragliche Schuldverhältnis als Übernahme einer Gefahr, als Gewährleistungsversprechen aufbaut, so daß die durch den Vertrag begründete Schuld kein Anspruch, sondern nur die Voraussetzung für die Entstehung etwaiger Schadenersatzansprüche wegen Vertragsverletzung ist, so liegt es doch immerhin nahe, derartige Gedanken auf ihre Geltung oder wenigstens auf ihre Verwendbarkeit in unserem gegenwärtigen oder künftigen Schuldrecht zu untersuchen, etwa in dem Sinne, wie dies kürzlich R. A. Eckhardt unter dem Gesichtspunkt des Pflichtgedankens in Umrisen gezeit hat (Deutsche Rechtswissenschaft, 1936, S. 7 ff.). Jedenfalls wäre es äußerst interessant und in jedem Falle lohnend, wenn der Verf. auf Grund seiner vorliegenden Untersuchung zum angloamerikanischen Recht sich auch noch dieser Aufgabe unterziehen würde.

Im einzelnen mag aus dem Inhalt der sehr gut gegliederten Darstellung folgendes hervorgehoben werden: Neu stellt die Vertragsrechte aller modernen Rechtsordnungen, die in römischen Recht ihren Ursprung haben, mit ihrer auf „abstrakter Kasuistik“ aufgebauten Unmöglichkeitstheorie dem angloamerikanischen Recht gegenüber, in dem die Tatbestände der Nichtleistung infolge endgültiger Leistungshindernisse entsprechend dem Wesen des angloamerikanischen Schuldverhältnisses eine Frage der Größe des vom Schuldner übernommenen Risikos, der von ihm übernommenen Gefahr bilden. Daher besteht die Unmöglichkeitstheorie im angloamerikanischen Recht, im Gegensatz zum festländischen Recht, in einer Reihe von Auslegungsregeln. Dabei spielt die Unterscheidung nach dem Verschulden — „zu vertretende“ U., „nicht zu vertretende“ U. — keine entscheidende Rolle.

Die Gliederung der Unmöglichkeitsfälle nach angloamerikanischem Recht bestimmt sich vielmehr durch die Gegenüberstellung von breach of contract und frustration. Breach of contract hat zur Voraussetzung ein „blame or default“ einer Partei, während frustration alle anderweit verursachten Fälle endgültiger Leistungshindernisse umfaßt. Das breach of contract gewährt eine allgemeine Klage bei jeder Art von Zuwiderhandlungen des Schuldners gegen sein Versprechen, wobei blame und default nicht ein Verschulden bedeuten, sondern im Gegensatz zum Verschuldensprinzip eine Art objektiver Zurechnung enthalten, die aus dem „Gefahrbeherrschungsgedanken“ (Müller-Erzbach) zu erklären ist. Im Bereich des breach of contract kommt es ferner auf den Unterschied zwischen ursprünglicher und nachträglicher Unmöglichkeit nicht an. Die Folge solcher Vertragsverletzung ist in erster Linie ein Schadenersatzanspruch; in bestimmten schweren Fällen hat der Verletzte jedoch auch das Recht, den Vertrag anzufechten (rescission).

Die Entwicklung der Unmöglicheitsregeln für die Fälle des frustration zeigt Neu in einer historischen Untersuchung des auf bestimmte precedents zurückgehenden case law (S. 8 ff.). Dabei ist besonders bemerkenswert, daß die erste grundlegende Entscheidung aus dem Jahre 1647 (Paradine v. Jane) noch heute den Ausgangspunkt bildet, und zwar geht diese „Paradine-Regel“ dahin, daß ein Vertrag trotz nachträglicher irgendwie eingetretener Unmöglichkeit bindend bleibt. In der Folgezeit hat dann aber die Rechtsprechung einige wichtige Ausnahmen von diesem harten Grundsatz entwickelt, wobei die wichtigste Ausnahme die ist, daß aus der Natur und den Zwecken des Vertrages und aus den besonderen Umständen des Falles heraus ein „implied condition“ mit der Folge der Aufhebung des Vertrages in den Vertrag eingefügt sein kann. Die gewollte Anwendung einer Fiktion, die in dieser Methode der „Auslegung“ liegt, ist vom Verf. gut herausgearbeitet (S. 33 ff., 67 ff.). Im Hinblick auf unsere Lehre von der Geschäftsrang- und Lage ist dabei von besonderem Interesse der auch im angloamerikanischen Recht viel behandelte Fall der „futility“ (Zweckvereitelung), daß jemand einen Fensterplatz für einen Festzug mietet und der Festzug dann ausfällt (S. 15 ff., 57 ff.). — Die Lehre vom implied condition gilt, wie Verf. (S. 72 ff.) zeigt, im wesentlichen auch für das anfängliche frustration.

Seine sehr anregenden Untersuchungen beschließt Neu mit einer methodischen und rechtspolitischen Würdigung seiner Ergebnisse, wobei er bei dem „Wirkungsvergleich“ zwischen der Unmöglichkeitstheorie des angloamerikanischen Rechts und der Lehre der festländischen Rechtsordnungen zu dem Ergebnis kommt, daß trotz verschiedener Dogmatik den Wirkungen nach im großen und ganzen kein Unterschied besteht.

Prof. Dr. Wolfgang Siebert, Kiel.

Rechtsprechung

Nachdruck der Entscheidungen mit vorheriger Genehmigung der Schriftleitung und nur mit genauer Quellenangabe gestattet

Reichsgericht: Zivilsachen

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

1. §§ 30, 31, 831 BGB. Wenn eine Handelsgesellschaft mbH., die große Warenhäuser unterhält, auf Schadensersatz in Anspruch genommen wird, weil in einer ihrer Zweigstellen ein Käufer infolge einer gelockerten Messingkappe an einer Treppenstufe zu Fall gekommen ist, so kann sie sich nicht darauf berufen, daß der Leiter der betreffenden Zweigstelle kein besonderer Vertreter der Handelsgesellschaft (§§ 30, 31 BGB.) sei, aber wegen seiner großen Erfahrung keiner Anleitung und Aufsicht bedürfe. Würde man diese Auffassung gelten lassen, so würde ein Großunternehmen wegen Vernachlässigung der den Kauflustigen gegenüber obliegenden Verkehrsvorsorge nahezu niemals in Anspruch genommen werden können.

Am 30. April 1934 suchte der Kl. das Warenhaus der Bekl. in Köln auf, um im dritten Stock einzukaufen. An der vierten Stufe der zweiten Halbtreppe zwischen dem zweiten und dritten Stockwerk hatte sich die Stufe vorn umfließende Messingkappe an der Wandseite etwas gelockert. Beim Besteigen der Treppe kam der Kl. an dieser Stufe rüchlings zu Fall und quetschte sich dabei die Grundgelenke des zweiten und dritten Fingers der rechten Hand. Der Kl. behauptet, er könne infolge der Verletzung seinen Beruf als Vorkämpfer nicht ausüben und es entgingen ihm bedeutende Gewinne, auf die er bestimmte Aussicht gehabt habe. Die Bekl. hafte auf Schadensersatz, da sie den verkehrsgefährdenden Zustand der Treppe zu vertreten habe. Er verlangt einen Teilschaden von 6000 RM.

Die Bekl. hat den Unfall und ihr Verschulden bestritten und mit der Widerlage die Feststellung begehrt, daß der Kl. keinen weiteren Schadensersatz aus dem Unfall beanspruchen könne.

Das OLG. nimmt an, daß sich die Messingkappe an der Treppenstufe nur in einer Breite von etwa 15 cm an der Wandseite ein wenig gelockert habe, daß aber doch dieser Umstand für den Sturz des Kl. ursächlich gewesen sei, weil die Stoßschiene beim Betreten etwas nach vorn und unten nachgegeben habe. Es hält auch die Bekl. aus unerlaubter Handlung mit näherer Begr. für haftbar, weil sie nicht mit der gebotenen Vorsicht für den verkehrssicheren Zustand der Treppe gesorgt habe. Aus den festgestellten Umständen entnimmt der VerKl., daß der Kl. sprunghaft die Treppe hinaufgeeilt sei und die Trittfläche der Stufe nur mit einem Teil des Fußes erreicht habe und dadurch von der Stoßstange abgeglitten sei. Darin findet das BG. ein erhebliches und ursächliches Verschulden des Kl. und spricht ihm deshalb nur ein Drittel seines Schadens zu.

Die Rev. der Bekl. hält u. a. für rechtsirrig, daß die Bekl. für den Zustand der Treppe verantwortlich gemacht worden sei. Das BG. stellt fest, daß sich in den Jahren 1933 und 1934 mehrfach die Messingschienen an den Kanten der Treppenstufen gelockert haben, und daß verschiedene Personen aus diesem Anlaß gefallen seien. Hieraus und in Verbindung mit der Tatsache, daß sich auch am Unfalltag wiederum drei Stoßschienen als ungenügend befestigt erwiesen haben, entnimmt der VerKl., daß die Einrichtung der Messingklappen eine gewisse Gefahrenquelle für den sehr großen täglichen Kundenkreis der Bekl. gebildet habe. Ohne Rechtsirrtum folgert das BG., daß der Bekl. der nicht ganz ungefährliche Dauerzustand der Treppe bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt nicht hätte entgehen können, und daß ihr die Verpflichtung oblag, den Zu-

stand der Treppe dauernd und sorgfältig zu beobachten. Wenn die Fußfrauen, die nur einmal im Monat die Treppe gründlich reinigten, dabei Mängel übersehen oder erkannte Mängel ihrer Anweisung zuwider nicht gemeldet haben, so wurden dadurch die leitenden Beamten der Bekl. nicht entlastet, wie das BG. zutreffend annimmt. Die gegenteilige Auffassung der Rev. beruht auf zu geringen Anforderungen an die Verkehrsvorsorgepflicht der Bekl. namentlich gegenüber dem lebhaften Verkehr, den sie in ihrem Warenhaus eröffnet hat. Dasselbe gilt von der Einwendung der Rev. gegen die Darlegung des OLG., es reiche nicht aus, daß die Bekl. halbjährlich einmal ihr Geschäftshaus durch eine Kommission auf Feuer- und Verkehrssicherheit prüfen lasse.

Das BG. sieht auch die Verweisung der Bekl. auf die Zuverlässigkeit des Geschäftsführers K. ihrer Zweigstelle in K. als nicht genügende Entlastung an. Es sagt hierzu: Entweder sei K. als besonderer Vertreter der Bekl. anzusehen, in welchem Fall die Bekl. nach den §§ 30, 31 BGB. für sein Versehen unmittelbar hafte. Sollte aber der Geschäftsführer in K. von dem Hauptvorstand in B. abhängig sein, so habe die Bekl. nicht einmal behauptet, daß sie ihn gehörig angeleitet und beaufsichtigt habe. Die Rev. wendet ein, eine wahlweise Feststellung sei nicht zulässig. Der Geschäftsführer K. habe sich in langen Jahren bewährt, die Fürsorge für die Verkehrssicherheit des Hauses in K. habe ihm selbstverständlich obgelegen, einer besonderen Anweisung und Beaufsichtigung in dieser Richtung habe es nicht bedurft. Im Ergebnis ist jedoch dem BG. beizutreten. Die Bekl. GmbH. hat nach ihrem Vorbringen in B. ihren Sitz, wo auch der Hauptvorstand, der die Gesellschaft gesetzlich vertritt, sich befindet. Sie betreibt eine Reihe von mehr oder minder großen Warenhäusern in Städten und Großstädten Deutschlands. Es mag sein, daß der Vorstand der Bekl. in aller Regel an die Spitze ihrer großen Warenhäuser, zu denen das in K. gehört, tüchtige und erprobte Angestellte beruft. Der Standpunkt der Rev., der Leiter der Zweigstelle K. sei kein besonderer Vertreter der Bekl., bedürfe aber wegen seiner großen Erfahrung keiner Anleitung und Aufsicht, ist rechtlich unhaltbar. Würde man diese Auffassung gelten lassen, so würde ein Großunternehmen, wie die Bekl., wegen Vernachlässigung der den Kauflustigen gegenüber obliegenden Verkehrsvorsorge nahezu niemals in Anspruch genommen werden können. Damit kann die Bekl. den Anforderungen, welche an die Verkehrsvorsorgepflicht gerade in einem Warenhause zu stellen sind, nicht genügen. Unterstellt man mit der Rev., daß der Zweigstellenleiter die für die Sicherung des Verkehrs zu ergreifenden Maßnahmen selbständig zu treffen und über die dazu notwendigen Mittel zu verfügen befugt war, so ist er als selbständiger Vertreter der Bekl. i. S. des § 30 BGB. anzusehen, für dessen Versehen die Bekl., wie das BG. in erster Reihe annimmt, unmittelbar hafte (vgl. RGZ. 117, 61 = JW. 1927, 1682; RGRKomm. z. BGB., § 31, Anm. 1 mit Nachw.). Hat die Bekl. aber nicht den Willen gehabt, den Zweigstellenvorstand als besonderen Vertreter i. S. des § 30 BGB. zu bestellen, so liegt bei der gegebenen Sachlage ein Organisationsmangel vor, für den der Hauptvorstand die Verantwortung trägt, so daß die Bekl. aus diesem Grund hafte (vgl. JW. 1931, 2235 7; HöchstRHspr. 1935 Nr. 1515). Mindestens hätte die im Verkehr erforderliche Sorgfalt geboten, daß die Bekl. etwa für mehrere in nahe gelegenen Großstädten befindliche Warenhäuser einen besonderen Vertreter entsendet hätte, der geeignet und imstande war, jedes Warenhaus in kurzen Zwischenräumen auf seine Verkehrssicherheit gründlich zu untersuchen und für dessen Handlungen die Bekl. unmittelbar einzustehen hätte. — Irrig ist die Meinung der Rev., der Schaden würde auch bei Beobachtung der erforderlichen Sorgfalt entstanden sein (§ 831 Schlusssatz BGB.). Denn das BG. stellt fest, daß die angebrachten Messingklappen sich in einer Reihe von sich wiederholenden Fällen als nicht haltbar und nicht verkehrssicher erwiesen hätten, und ferner, daß der

Bekl. dieser Zustand der Treppe bei der im Verkehr zu erfordernden Sorgfalt nicht hätte entgehen können. Es liegt also nicht ein einmaliger unglücklicher Zufall vor, wie er etwa dem Urteil in JW. 1913, 23¹⁰ zugrunde lag, sondern ein nicht ungefährlicher Dauerzustand (vgl. RGZ. 89, 136). Es bedarf hier nach nicht der Prüfung, ob die in B. ansässigen Geschäftsführer der Bekl. zur Anleitung und regelmäßigen Überwachung ihres Zweigstellenleiters in A. in der Weise imstande waren, daß Mängel der festgestellten Art mit Sicherheit vermieden werden konnten. Auch insofern kommt ein Organisationsmangel in Frage.

(U. v. 19. Dez. 1935, VI 324/35. — Köln.)

[N.]

*

2. § 123 BGB. Wird eine arglistige Täuschung erst nach dem Vertragschluß entdeckt, und wirkt sie danach weiter, indem sie das Vertrauensverhältnis, auf dem sich die engen und langfristigen Vertragsbeziehungen der Parteien aufbauen sollen, beeinträchtigt, so kann sie die getäuschte Partei zur Aufkündigung des Vertrages aus einem wichtigen Grunde berechtigen, wenn dieser mit Rücksicht auf das erschütterte Vertrauensverhältnis die Fortsetzung des Vertrages mit der anderen Partei nicht mehr zuzumuten ist.

Der Bekl., Generalvertreter einer großen Brauerei, schloß am 29. Juni 1933 mit der Kl. einen Vertrag, durch den er ihr den ausschließlichen Vertrieb der Biere dieser Brauerei in einem bestimmten Bezirk für eine festgesetzte Zeit übertrug. In dem Vertrage war u. a. vorgesehen, daß bei Vertragsverletzung der vertragstreue Teil berechtigt sein solle, den Vertrag fristlos zu kündigen. Der Vertrag wurde mehrmals geändert, jedoch blieb die genannte Kündigungsabrede bestehen. Die Kl. hat am 7. Nov. 1933 sämtliche mit dem Bekl. getroffenen Abmachungen fristlos gekündigt. Sie will durch das Verhalten des Bekl., der sie durch das Vorspiegeln wahrheitswidriger Tatsachen zum Abschluß der Verträge veranlaßt habe, erheblich geschädigt sein. Diesen Anspruch gründet sie einmal auf die Verträge selbst, sodann auf positive Vertragsverletzung und auf unerlaubte Handlung. Zur Rechtfertigung der fristlosen Kündigung hat sie u. a. vorgebracht, der Bekl. habe ihr über die Aussichten einer vertraglichen Verpflichtung eines großen Lebensmittelgeschäfts zur Abnahme von Bier der erwähnten Brauerei falsche Angaben gemacht...

Die Rev. des Kl. bekämpft die Stellungnahme des VerN. unter verfahrensrechtlichen und sachlich-rechtlichen Gesichtspunkten. Ob die verfahrensrechtliche Gesichtspunkte betreffende Rüge zutrifft, kann dahingestellt bleiben; denn jedenfalls ist die von der Rev. sachlich-rechtlich beanstandete Annahme des VerN., eine Täuschung, die für den Vertragschluß wesentlich gewesen wäre, liege nicht vor, wenn der Bekl. der Kl. der Wahrheit zuwider nur erklärt hätte, es schwebten Verhandlungen mit besagtem großen Lebensmittelgeschäft, von Rechtsirrtum beeinflusst. Den Ausführungen des VerN., mit denen er dieses Ergebnis begründet, kann nicht gefolgt werden. Der Umstand, daß ein großes Lebensmittelgeschäft wie das hier in Frage kommende mit zahlreichen Zweiggeschäften für das Bier, um dessen Vertrieb es sich hier handelt, Interesse zeige und wegen Einführung dieses Bieres mit dem Bekl. in Verhandlungen getreten sei, war eine Tatsache von Bedeutung auch für die Verhandlungen zwischen dem Bekl. und der Kl. Sie warf auf die Aussichten der Einführung dieses Bieres ein günstiges Licht und war auch dann von erheblichkeit, wenn etwa die Verhandlungen mit dem Lebensmittelgeschäft scheiterten. Bernhte die Mitteilung von solchen Verhandlungen also auf einer Erkundung des Bekl., um die Kl. günstig zu stimmen, und stellte sich dies nach Vertragschluß heraus, so kann der Gesichtspunkt der Rev., daß die Kl. dann zur Anfechtung des Vertrages wegen arglistiger Täuschung berechtigt gewesen sein würde, beim Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen hierfür nicht abgelehnt werden. Nun

hat aber die Kl. von dem Rechte zur Anfechtung des Vertrages wegen arglistiger Täuschung keinen Gebrauch gemacht, sondern den Vertrag fristlos gekündigt. Die Revisionsbeantwortung ist der Meinung, daß der Kl. ein solches Kündigungsrecht nicht zustehen könne, weil die arglistige Täuschung vor dem Vertragschluß begangen worden sei. Dem kann jedoch nicht beigetreten werden. Wurde die arglistige Täuschung erst nach dem Vertragschluß entdeckt, und wirkte sie danach weiter, indem sie das Vertrauensverhältnis, auf dem sich die engen und langfristigen Vertragsbeziehungen der Parteien aufbauen sollten, beeinträchtigt, so konnte sie die Kl. zur Aufkündigung des Vertrages aus einem wichtigen Grunde berechtigen, wenn ihr mit Rücksicht auf das erschütterte Vertrauensverhältnis die Fortsetzung des Vertrages mit dem Bekl. nicht mehr zuzumuten war.

(U. v. 6. Dez. 1935; VII 105/35. — Berlin.)

[N.]

*

3. § 138 BGB. Verdingungskartelle müssen als wirtschaftlich gerechtfertigte Schutzmaßnahmen gelten, sofern sie dem Unternehmer ein Abwehrmittel gegen die mit einer Ausschreibung von Arbeiten verbundene Gefahr schrankenlosen Wettbewerbs und rücksichtsloser Preisunterbietung geben sollen und nicht durch planmäßige Irreführung des Ausschreibenden eine unangemessene Preiserhöhung durchsetzen oder in unlauterer Weise den gesunden Wettbewerb unterbinden.

Die grundsätzliche Zulässigkeit von Zusammenschlüssen zur Bildung körperschaftlich oder gesellschaftlich ausgestalteter Verdingungskartelle ist vom RG. in ständiger Rspr. bejaht worden (JW. 1908, 296; 1914, 976; 1920, 431). Sofern sich ihr Zweck darin erschöpft, dem Unternehmer ein Abwehrmittel gegen die mit der Ausschreibung von Arbeiten verbundene Gefahr schrankenlosen Wettbewerbs und rücksichtsloser Preisunterbietung an die Hand zu geben, müssen sie als wirtschaftlich gerechtfertigte Schutzmaßnahmen gelten, denen der Makel der Sittenwidrigkeit jedenfalls solange nicht anhaftet, als sie nicht dazu benutzt werden, durch planmäßige Irreführung des Ausschreibenden eine unangemessene, diesen schädigende Preiserhöhung durchzusetzen oder in unlauterer Weise einen gesunden Wettbewerb anderer Unternehmer zu unterbinden. Ob dies zutrifft, kann nur nach den besonderen Umständen des Einzelfalles beurteilt werden. Eine planmäßige Benachteiligung des Ausschreibenden ist nicht auf jeden Fall schon dadurch gegeben, daß der geschützte Bewerber verpflichtet sein soll, seinen ausfallenden Mitbewerbern eine Entschädigung für ihr Zurücktreten zu gewähren. Solange diese Entschädigung ihrer Höhe nach nicht zu einer wirtschaftlich unbegründeten Bereicherung der den Bewerber schützenden Mitbieter führt, sondern ihnen nur ein angemessenes Entgelt für die von ihnen vergeblich aufgewendete Mühe der vom Ausschreibenden gewünschten Mitbewerbung zukommen lassen soll, durch das der geschützte Bewerber nicht genötigt wird, über die Grenzen einer angemessenen Preisstellung hinauszuweichen, kann gegen eine solche Abmachung der Vorwurf der Sittenwidrigkeit nicht erhoben werden. Ein Verbot, zu günstigeren oder gleich günstigen Bedingungen anzubieten, bedeutet nicht zugleich die Weisung, sich eines eigenen Angebotes zu enthalten. Denn es ist nicht der Sinn einer kartellmäßigen Schutzvereinbarung, dadurch den Ausschreibenden der Möglichkeit einer Vergleichen zwischen mehreren Angeboten und einer Auswahl des ihm am vorteilhaftesten erscheinenden zu berauben. Eine planmäßige sittenwidrige Irreführung braucht auch in der Abgabe von Angeboten seitens der schützenden Firmen nicht zu liegen, solange sie nicht dazu dienen soll, dem Ausschreibenden einen freien Wettbewerb vorzuspiegeln und dadurch einem Angebote des geschützten Bewerbers zum Erfolge zu verhelfen, das diesem einen besonders hohen, unangemessenen Gewinn verbürgt.

(U. v. 6. Dez. 1935; II 16/35. — Berlin.)

[B. V.]

4. § 340 Abs. 2 BGB. Dem Zwecke des § 340 Abs. 2 BGB. würde es widersprechen, wenn der Schuldner sich der Verpflichtung zur Zahlung einer Vertragsstrafe durch den Nachweis entziehen könnte, daß der Gläubiger aus der Nichterfüllung des Vertrages keinen Schaden erlitten hat.

Zutreffend hat das RG. angenommen, daß durch die auf § 17 RD. gegründete Erfüllungsablehnung des Konkursverwalters der Kl. ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung erwachsen ist (RGZ. 135, 167 = JW. 1933, 1114).

Daß außerhalb des Konkursverfahrens der Gläubiger, wenn ihm ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung zusteht, eine verwirkte Vertragsstrafe als Mindestbetrag des Schadens verlangen kann, ohne daß ihm eingewandt werden kann, er habe einen Schaden gar nicht erlitten, ergibt sich aus der Best. des § 340 Abs. 2 BGB. und dem Wesen und Zweck der Vertragsstrafe. Diese soll dem Gläubiger nicht nur die Geltendmachung seines Ersatzanspruchs erleichtern, indem sie ihn in Höhe der Vertragsstrafe von dem Nachweis eines Schadens befreit, sondern sie soll vor allem auch einen Einfluß auf den Willen des Schuldners in dem Sinne ausüben, daß er sich zur Vermeidung der ihm aus der Strafabrede drohenden Nachteile zur Erfüllung seiner Vertragspflicht veranlaßt sieht. Diesem Zwecke würde es aber widersprechen, wenn der Schuldner sich der Verpflichtung zur Zahlung der Vertragsstrafe durch den Nachweis entziehen könnte, daß der Gläubiger aus der Nichterfüllung des Vertrags keinen Schaden erlitten habe (vgl. RG.: RGWarn. 1908 Nr. 300; JW. 1913, 319*; RGZ. 103, 99).

(U. v. 20. Dez. 1935; V 84/35. — Berlin.)

[v. B.]

*

**5. §§ 633, 634, 640, 325 BGB.

Einen Mangel i. S. des § 640 BGB. kennt der Besteller nicht schon dann, wenn er nur die äußeren Fehler kennt, sondern erst dann, wenn er weiß, daß durch diese Fehler der Wert oder die vertragsmäßige Tauglichkeit des Werkes aufgehoben oder gemindert wird; denn nur dann kennt er die Fehler in der aus § 633 BGB. sich ergebenden rechtlichen Bedeutung.

Das Recht zum Rücktritt vom Vertrage wegen positiver Vertragsverletzung steht einem Vertragsteil nur dann zu, wenn er selbst den Vertrag genau erfüllt hat und vertragstreu ist. Doch kann u. U. der eine Vertragsteil auch ohne Beseitigung seiner eigenen Vertragswidrigkeit die Wirkungen ernstlicher Weigerung der Erfüllung dann für sich beanspruchen, wenn der andere Teil kundgegeben hat, auf seiner Erfüllungsweigerung selbst für den Fall zu beharren, daß der Gegner die ihm noch mögliche Beseitigung seiner Vertragswidrigkeiten gutgemacht habe.

Die Kl. hat der Bekl. eine Maschine — Presse — zur Herstellung von Asphaltplatten geliefert; diese ist mangelhaft. Der Bekl. verlangt deshalb Nachbesserung — Einbau einer automatischen Sicherung —. Die Kl. weigert sich, die Nachbesserung vorzunehmen. Die Bekl. will vom Vertrag zurücktreten. Die Bekl. selbst befindet sich mit den Restzahlungen des Kaufpreises in Schuldnerverzug.

Die von der Kl. eingelegte Rev. meint, die Bekl. habe die Maschine durch deren lange Indienststellung mit dem Mangel einer automatischen Sicherung tatsächlich angenommen, ohne sich gem. § 640 Abs. 2 BGB. Rechte wegen Nichtanbringung einer automatischen Sicherung vorzubehalten. Sie könne deshalb nachträglich eine solche Ergänzung des Werkes nicht beanspruchen. Diese Klage der Rev. ist unbegründet; auch das BG. geht davon aus, daß die Bekl. die Maschine — Presse — abgenommen habe, stellt aber fest, daß die Bekl. die Mängel abgenommen habe, stellt aber fest, daß die Bekl. die Mängel nicht gefannt habe, weil sie weder gewußt habe, daß die Gefahr des Tischbruchs fortbestanden habe, noch sich ein Bild darüber habe machen können, ob die Leistung — bedungen

war eine Leistung von stündlich 500 Asphaltplatten — von 500 Platten in der Stunde dauernd zu erzielen sei. In dieser Auffassung des BG. ist kein Rechtsverstoß zu finden. Denn ein Mangel i. S. des § 640 liegt dann vor, wenn das Werk nicht den Anforderungen des § 633 Abs. 1 BGB. entspricht, also die zugesicherten Eigenschaften nicht hat oder mit Fehlern behaftet ist, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrag vorausgesehenen Gebrauch aufheben oder mindern. Einen solchen Mangel kennt der Besteller aber nicht schon dann, wenn er nur die äußeren Fehler kennt, im vorl. Fall also insbes. das Fehlen der automatischen Sicherung, sondern erst dann, wenn er weiß, daß durch diesen Fehler der Wert oder die vertragsmäßige Tauglichkeit des Werkes aufgehoben oder gemindert wird; denn nur dann kennt er die Fehler in der aus § 633 BGB. sich ergebenden rechtlichen Bedeutung.

Hinsichtlich der Frage, ob die Kl. die Nachbesserung — Einbau einer automatischen Sicherung — endgültig verweigert hat, konnte der VerN., insbes. in einem Briefe des Bekl. vom . . ., das Verlangen nach Anbringung einer automatischen Sicherung und in zwei Schreiben der Kl., die 10 und 20 Tage später eingingen, die endgültige, vom Zahlungsverzug der Bekl. unabhängige Ablehnung dieser Forderung sehen, ohne dadurch gegen gesetzliche Auslegungsregeln oder gegen das Erfordernis der Berücksichtigung von Treu und Glauben im Verkehr zu verstoßen. Zwar sagt der VerN. nicht, auf Grund welcher gesetzlicher Bestimmung sich nach seiner Meinung die Berechtigung der Bekl. ergeben soll, sich vom Vertrag loszusagen; er hat aber offenbar die Rechtsgrundsätze über die positive Vertragsverletzung im Auge. Eine solche steht er ohne Rechtsverstoß darin, daß sich die Kl., wie der VerN. tatsächlich feststellt, ernstlich und endgültig geweigert hat, die erforderliche Nachbesserung vorzunehmen. Er sagt nicht ausdrücklich, daß die Erfüllungsweigerung der Kl. auch von ihr zu vertreten ist, daß ihr also hierbei ein Verschulden zur Last fällt. Wenn aber, wie der VerN. feststellt, die Anbringung der automatischen Sicherung unbedingt notwendig war, so liegt eine Fahrlässigkeit der Kl. darin, daß sie, auch nachdem der Bruch des Tisches wegen dieses Mangels eingetreten war, diesen Mangel nicht erkannte hat. . . Die positive Vertragsverletzung gibt nach § 325 BGB. der Bekl. an sich ein Recht zum Rücktritt vom Vertrage. Nun war aber die Bekl. schon vor dieser von der Kl. begangenen positiven Vertragsverletzung in Schuldnerverzug gekommen, da sie die fälligen Restzahlungen nicht geleistet hatte. Das hatte an sich zur Folge, daß sie kein Recht zum Rücktritt vom Vertrage wegen positiver Vertragsverletzung hatte; denn ein solches steht dem „verletzten“ Teil nur dann zu, wenn er selbst den Vertrag genau erfüllt hat und vertragstreu ist. Die Bekl. hätte hiernach, bevor sie wirksam zurücktreten konnte, grundsätzlich zunächst die Folgen ihrer eigenen Vertragsverletzung beseitigen, d. h. die fälligen Restzahlungen leisten müssen. Gleichwohl war sie nach den hier vorliegenden Umständen dieser Pflicht enthoben. Denn der eine Vertragsteil kann auch ohne Beseitigung seiner eigenen Vertragswidrigkeit die Wirkungen ernstlicher Weigerung der Erfüllung dann für sich beanspruchen, wenn der andere Teil kundgegeben hat, auf seiner Erfüllungsweigerung selbst für den Fall zu beharren, daß der Gegner die ihm noch mögliche Beseitigung seiner Vertragswidrigkeiten gutgemacht habe. Es wäre nämlich zwecklos, dem einen Teil die Erfüllung seiner Leistung auch dann noch zur Pflicht zu machen, wenn schon feststeht, daß sich der andere Teil auch nach einer solchen Erfüllung unberechtigt weigern wird, den Vertrag zu erfüllen, und der eine Teil deshalb sofort Rückgewähr seiner Leistung verlangen könnte.

(U. v. 10. Dez. 1935; VII 135/35. — Frankfurt a. M.) [M.]

*

6. §§ 812, 821 BGB. Zum Widerruf eines Saldoanerkennnisses ist nicht erforderlich, daß der Anspruch auf Befreiung vom Anerkenntnis erhoben wird.

Die Kl. stand mit der Firma R. & R. eine Reihe von Jahren in Geschäftsverbindung, der zum mindesten seit dem

20. Nov. 1923 ihre allgemeinen Geschäftsbedingungen zugrunde lagen. Zur Sicherung der Ansprüche der Kl. aus dieser Geschäftsverbindung wurden an einem Grundstück der Firma in Sch. Sicherungshypotheken im Betrage von 15 und 5 1/2 kg Feingold eingetragen. Der Gesellschaft R. & R. wurden in gewissen Zeitabständen, seit April 1924 vierteljährlich, Rechnungsabschlüsse übersandt; sie hat regelmäßig schriftlich anerkannt. Durch Vertrag übernahm der Bekl., der seinerseits schon vorher mit der Kl. in Geschäftsverbindung gestanden hatte, das Handelsgeschäft R. & R. mit Aktiven und Passiven käuflich. Unter den Aktiven befand sich das Grundstück, auf welchem die Sicherungshypotheken eingetragen waren, unter den Passiven die Forderung der Kl., welche nach deren Berechnung 49 935 *RM* betrug. Die Kl. übertrug diese Forderung auf die Rechnung des Bekl. unter der Bezeichnung „Sonderkonto“, behielt sich aber die Ansprüche gegen R. & R. und deren Inhaber vor. Es wurde ferner vereinbart, daß die Sicherungshypotheken auch für die sonstigen Forderungen der Kl. gegen den Bekl. aus der Geschäftsverbindung haften sollten. Im Laufe der Zeit wurde neben dem alten und dem Sonderkonto noch ein Rückwechsellkonto für den Bekl. angelegt. Der Bekl. unterzeichnete bis zum 4. März 1931 regelmäßig die ihm alle Vierteljahre übersandten Rechnungsauszüge über alle drei Konten. Am 12. Nov. 1925 hatte er der Kl. bestätigt, daß er einen Abdruck ihrer allgemeinen Geschäftsbedingungen erhalten habe.

Mit der Klage wird ein Teilbetrag des der Kl. gemäß den Abschlüssen zustehenden Guthabens geltend gemacht.

Der Bekl. hat geltend gemacht: Die Kl. habe der Firma R. & R. vom 20. Nov. 1923 bis ins erste Vierteljahr 1924 hinein übermäßig hohe Zinsen und Provisionen berechnet und sich auch sonst ungerechtfertigte Vorteile gewähren lassen; den Saldo habe sie zuerst alle zehn Tage, von Beginn des Jahres 1924 an jeden Monat gezogen; das Debetkonto habe sie noch bis zum 17. März 1924 in Papiermark geführt, Anschaffungen in wertbeständigen Zahlungsmitteln in Papiermark ungerechnet, und erst vom 18. März 1924 an ein Rentenmarkkonto eingerichtet; die bis zum 31. Dez. 1923 auf sie gezogenen Schecks habe sie mit dem Wert des Ausstellungstages statt denjenigen des Einlösungstages belastet. Dieses Verfahren habe gegen Treu und Glauben, gegen die guten Sitten und gegen die Wuchervorschriften verstoßen. Die Firma R. & R. und er selbst hätten auf diese unberechtigten Ansprüche der Kl. im Laufe der Jahre so viel bezahlt, daß er mehr zurückfordern könne, als die Klageforderung betrage. Die Kl. habe ihm einen zugesagten Kredit von 55 000 *RM* nicht gewährt, sie könne daher nicht — wie die Kündigung vom 5. Nov. 1931 geltend habe — den Überzug geltend machen. Die im Briefe vom 16. Juni 1931 erklärte Kündigung des gesamten Kredits auf den 30. Juni 1931 habe sie wieder zurückgenommen.

Das BG. hat verurteilt und ausgeführt: Der Bekl. mache geltend, daß bei den Abrechnungen der Kl. mit der Firma R. & R. nach dem 20. Nov. 1923 und im ersten Vierteljahr 1924 die tatsächliche Schuld der Gesellschaft wesentlich geringer gewesen sei als der anerkannte Betrag, weil die Kl. Forderungen eingestellt habe, welche wegen Verstößes gegen die guten Sitten, insbes. wegen Wuchers, nicht bestanden hätten. Ob er dies auch für die folgenden Vierteljahre behaupten wolle, sei nicht klar, jedenfalls habe er für die Zeit nach dem 30. Sept. 1925 übermäßige Berechnung von Zinsen und Provisionen nicht mehr geltend gemacht. Die von R. & R. abgegebenen Anerkenntnisse hätten nach dem Willen der Beteiligten, wie sich aus den allgemeinen Geschäftsbedingungen der Kl. ergebe, einen neuen selbständigen Schuldgrund bilden und ein Zurückgreifen auf die in den Kontoauszügen enthaltenen Einzelposten ausschließen sollen. Daraus ist zu folgern, daß der Bekl. mit seinen Einwendungen nur durchdringen könne, wenn er nicht nur die von ihm selbst abgegebenen Anerkenntnisse, sondern auch die der Altschuldnerin beseitige. Dazu sei er nicht in der Lage. Die Kl. habe jene Schuldanerkenntnisse weder mittelbar noch unmittelbar auf Kosten des Bekl. erlangt. Ein Anspruch auf deren Beseitigung könne nur der Firma R. & R. erwachsen sein. Der Bekl. habe ihn nicht erworben. Ausdrückliche Abtretung habe er nicht behauptet. Für eine stillschweigende Abtretung liege nichts vor, die Sachlage

spreche vielmehr im Gegenteil dafür, daß R. & R. ihm nicht das Recht hätten einräumen wollen, die von ihnen abgegebenen Anerkenntnisse als unwirksam zu beanstanden.

Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Daß ein Schuldner im Kontoforrentverkehr die von ihm abgegebenen Anerkenntnisse ganz oder teilweise zurückfordern kann, wenn er nachweist, daß er ohne rechtlichen Grund mit Beträgen in der Rechnung belastet ist (vorbehaltlich des § 814 BGB.), ist vom Senat ständig ausgesprochen worden. Davon geht auch das BG. aus. Es irrt aber, wenn es, wie es den Anschein hat, meint, daß der Anspruch auf Befreiung von dem Anerkenntnis erhoben werden müßte, um dessen Wirkungen zu beseitigen. § 821 BGB. ergibt, daß der Schuldner die Erfüllung der ohne rechtlichen Grund eingegangenen Verbindlichkeit auch dann verweigern kann, wenn ihm der Anspruch auf Befreiung nicht oder nicht mehr zusteht. Es handelt sich dabei um eine echte Einrede, um einen Mangel, mit dem das Schuldverhältnis als solches belastet ist. Sie steht daher einerseits außer dem Bereicherten auch dessen Zeßionar entgegen (RGZ. 86, 301; RG.: Recht 1916 Nr. 56 = JW. 1915, 505), andererseits kann auch derjenige sich darauf berufen, der die Einreden des Schuldners geltend machen kann (Schuldübernehmer, Bürge, Hypothekenschuldner, Drittverpfänder, unmittelbarer Besitzer — vgl. RGKomm., Anm. 1 zu § 821 BGB.; Staudinger, Anm. 2 Abs. 2 daß. und Vorbem. 4 Abs. 2 vor § 812 BGB.; Pland, Anm. 5 zu § 821 BGB.).

Hiernach hängt die Entsch. zunächst davon ab, ob der Bekl. die grundsätzlich dem Schuldübernehmer zustehende Einrede aus § 821 BGB. erheben kann, oder ob dies nach der Sachlage und den getroffenen Vereinbarungen nicht der Fall ist. Es wird daher zu untersuchen sein, auf welcher Grundlage die Haftung des Bekl. für die Schuld von R. & R. beruht, insbes., ob zwischen den Parteien ein selbständiger, vom Kaufvertrage zwischen R. & R. und dem Bekl. unabhängiger Übernahmevertrag geschlossen ist und was gegebenenfalls sein Inhalt gewesen ist, oder ob die Rechtslage so ist, daß die Kl. ihre Rechte aus dem Kaufvertrage als einem — soweit sie in Betracht kommt — zu ihren Gunsten zwischen Dritten geschlossenen Vertrage herleiten kann. In letzterem Falle wird weiter zu prüfen sein, ob die Parteien des Kaufvertrages ein Recht der Kl. auf Zahlung der damals als Schuld des Bekl. an die Kl. festgestellten Summe unter Ausschluß des Einwandes, daß die Schuldanerkenntnisse der Firma wegen ungerechtfertigter Bereicherung zurückgefordert werden könnten, haben begründen wollen. Hierfür kann der vom BG. angeführte Umstand von Bedeutung sein, daß der Bekl. bei der Übernahme des Geschäfts der Firma R. & R. an die Inhaber den Betrag gezahlt hat, der sich bei der Gegenüberstellung der Aktiven und der Verbindlichkeiten als Überschuß ergab, und daß unter den Passiven die Schuld jener Firma an die Kl. in der Höhe eingesetzt war, wie sie sich aus dem letzten von der Firma anerkannten Kontoauszuge ergab. Ferner wird auch zu prüfen sein, welche Bedeutung es hat, daß der Bekl. auch weiterhin bis in das Jahr 1931 hinein die von der Kl. errechneten Salden, die sich auf jener Schuld aufbauten, vorbehaltlos anerkannt hat. Hierin kann möglicherweise nach Lage des Falles ein Anhalt dafür gefunden werden, daß die Forderung der Kl. gegen den Bekl. auf eine selbständige Grundlage gestellt werden und unabhängig von den etwa für die Firma R. & R. begründeten Einwendungen bestehen sollte.

(U. v. 27. Nov. 1935; I 76/35. — Dresden.)

[R.]

*

**7. § 904 BGB. Frachtvertrag — Höhe Hand-Klausel. Auch nur mittelbare und Fernwirkungen fallen unter die Höhe-Klausel. Der Reeder darf einem Druck, der seine Existenz bedroht und Gefahr für Leib und Leben seiner Angestellten bringt, weichen.

(U. v. 11. Dez. 1935; I 69/35. — Hamburg.)

[R.]

*

§. §§ 40, 261 HGB. a. F.; § 271 HGB. Eine willkürliche, kaufmännisch schlechthin nicht zu rechtfertigende Überbewertung von Aktiven oder eine ebensolche Unterbewertung oder Nichtaufnahme von Schulden in die Bilanz einer AktG. verstößt gegen die zwingende Vorschrift der §§ 40, 261 HGB. und zieht die unheilbare Nichtigkeit des Bilanzfeststellungsbeschlusses und des auf einer solchen Bilanz beruhenden Gewinnverteilungsbeschlusses nach sich. Es ist also in solchen Fällen nicht erst die Anfechtungsklage des § 271 HGB. erforderlich.

Rechtsgrundfänglich ist die Möglichkeit einer absoluten unheilbaren Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen überhaupt wie auch von Gewinnverteilungsbeschlüssen im Besonderen anzuerkennen. Die Bilanz der C. AktG. für 1926 hätte bei gesetzmäßiger Aufmachung nicht einen Reingewinn, sondern einen sehr beträchtlichen Verlust ausgewiesen. Es muß unterstellt werden, daß trotzdem und in Kenntnis dessen von den Verwaltungsorganen der C. AktG. auf Betreiben der die Gesellschaft beherrschenden Mehrheitsgruppe Sch. & Co. der Gen.-Vers. eine Bilanz vorgelegt worden und mit den Stimmen der Mehrheitsgesellschaft zur Annahme gelangt ist, die an Stelle des tatsächlich erzielten Verlustes einen „künstlich“ errechneten Gewinn durch Überbewertung der Aktiven auswies, insofern die sog. „Damno“-Überweisung von einigen 100 000 RM durch Sch. & Co., statt wie erforderlich und geboten zum Ausgleich wirtschaftlich minderwertiger Forderungen der Gesellschaft oder als Gegenposten bestehender Schuldverpflichtungen verwendet zu werden, auf Betriebsüberschußkonto verbucht worden ist. Der Vorderrichter ist nun der Auffassung, daß ein auf solcher Grundlage ergangener Bilanzfeststellungs- und Gewinnverteilungsbeschuß nur der Anfechtungsklage der §§ 271 ff. HGB. unterliege, nicht aber schlechthin nichtig ist. Mit Recht wendet sich dagegen die Rev. Der erf. Sen. hat wiederholt ausgesprochen, daß eine willkürliche, kaufmännisch schlechthin nicht zu rechtfertigende Überbewertung von Aktiven oder eine ebensolche Unterbewertung oder gar Nichtaufnahme von Schulden in die Bilanz einer AktG. gegen die zwingende Vorschr. der §§ 40, 261 HGB. verstößt und die unheilbare Nichtigkeit des Bilanzfeststellungsbeschlusses — und damit ohne weiteres auch des auf einer solchen Bilanz beruhenden Gewinnverteilungsbeschlusses — nach sich zieht (RGZ. 72, 33 = JW. 1909, 733; RGZ. 120, 28 = JW. 1928, 1552; RGZ. 363, 367/68 = JW. 1928, 2852; RGZ. 131, 141, 143 = JW. 1931, 2976 letztere für die GmbH.). Denn offensichtlich handelt es sich bei diesen Vorschr., soweit sie sich gegen die Überbewertung von Vermögensstücken und die Nicht- oder nichtgehörige Berücksichtigung von Schulden wenden, um Best., die im öffentlichen Interesse, zum Schutze der Allgemeinheit und des redlichen Verkehrs, zur Sicherung und Erhaltung der Vertrauensgrundlage gegen unsaubere und unredliche Geschäftsgebarung im Aktienwesen gerichtet sind. Insofern stellen die §§ 40, 261 HGB. a. F. auch Normen dar, die für den wirtschaftlich-finanziellen Aufbau der AktG. grundlegend sind. Bewußte Verstöße hiergegen können bei dieser Sachlage unmöglich von dem Recht hinterher dadurch Anerkennung finden, daß sie nach Ablauf der Monatsfrist des § 271 Abs. 2 HGB. rechtlich unbeachtlich würden, zumal das Anfechtungsrecht vielfach in die Hände der Personen gelegt wäre, die den Gesetzesverstoß begangen haben. Die Heilung solcher Beschlüsse durch Ausbleiben einer Anfechtungsklage würde auch nichts anderes als die schließliche gesetzliche Billigung betrügerlicher Machenschaften bedeuten, die zu schwerster finanzieller Schädigung gutgläubiger Dritter führen könnte, ein Ergebnis, das auch mit § 314 Abs. 1 Ziff. 1 HGB. völlig unvereinbar wäre. Soweit ersichtlich hat denn auch die von dem erf. Sen. hierher vertretene, auf §§ 40, 261 HGB. a. F. (vgl. mit § 134 BGB.) gestützte Rechtsauffassung im Schrifttum allgemein Anerkennung gefunden. Es ist deshalb rechtlich verfehlt, wenn der Vorderrichter meint, daß die hier „in Rede stehende Verletzung von Bilanzvorschriften“ nur die Anfechtbarkeit der mit solchen Mängeln behaft-

teten Beschlüsse nach sich ziehe, wobei er übrigens den gegen teiligen, in den oben angegebenen Urteilen ständig festgehaltenen Standpunkt des erf. Sen. nicht erwähnt. Der Vorderrichter prüft deshalb zu Unrecht die Frage der unheilbaren Nichtigkeit des Gewinnverteilungsbeschlusses nur unter dem rechtlichen Gesichtspunkt der Sittenwidrigkeit. Sollte er etwa der Meinung sein, daß eine unheilbare Nichtigkeit überhaupt nur im Fall der Sittenwidrigkeit anzunehmen sei, und zwar auch dann nur, wenn der Beschluß für sich allein betrachtet seinem Inhalt nach den guten Sitten widerspricht, so wäre dies wiederum unrichtig. Es ist zwar zutreffend, und daran ist festzuhalten, daß der erf. Sen. bei Generalversammlungsbeschlüssen die absolute Nichtigkeit wegen Sittenverstößes nur dann bejaht, wenn der Beschluß für sich allein betrachtet seinem Inhalt nach den guten Sitten zuwiderläuft. Allein Beschlüsse der letzten Art sind keineswegs die einzigen Fälle der absoluten Nichtigkeit. Das ergibt sich aus den oben angeführten Erkenntnissen über die Rechtsfolgen bewußt willkürlicher Überbewertung und ebensolcher Nichtaufnahme von Schuldposten in den Jahresbilanzen. Schwersten Bedenken unterliegen ferner die Erwägungen, auf Grund deren der Vorderrichter nach dem zu unterstellenden Sachverhalt die Anwendung des § 312 HGB. und des § 138 BGB. um deswillen bezweifelt, weil die Beteiligten bei Festsetzung der „künstlich“ für den Zweck eines Gewinnabschlusses zu Recht gemachten Jahresbilanz und Gewinn- und Verlustrechnung für 1926 von der Vorstellung geleitet gewesen sein könnten, die Ermöglichung eines vorteilhaften Verkaufs der C. AktG. an die G.-Gruppe unter Übernahme der Schulden der C. AktG. sei für die Käuferin tragbar und für die C. AktG. trotz Ausschüttung der Dividende kein Schaden, sowie daß die Aktionäre ebenfalls nicht benachteiligt sein könnten. Dabei ist völlig übersehen, daß, wenn die zu unterstellende Fälschung der Bilanz und Gewinn- und Verlustrechnung für 1926 das Mittel zu einer günstigen, sonst nicht oder so nicht zu verwirklichenden Abstoßung des C.ichen Aktienpakets der bisherigen Mehrheitsgruppe an die G.-Gruppe unter gleichzeitiger Übernahme der C.-Schulden durch diese bilden sollten, dies nur erst recht zur Bejahung der Sittenwidrigkeit der fraglichen Beschlüsse, wie auch einer größtenteils Schädigung der Gesellschaft führen müßte. Denn Betrug bleibt Betrug, auch wenn der Täter die so erlangte Hingabe von Vermögenswerten seitens des Betrogenen als für diesen „tragbar“ und für sich oder den Dritten, welchem die betrügerisch erlangten Vermögensvorteile ganz oder teilweise zufließen oder mitzufließen, vorteilhaft hält.

(U. v. 29. Nov. 1935, II 135/35. — Frankfurt a. M.) [R.]

*

**9. I. § 271 HGB. Auch ablehnende Beschlüsse unterliegen der Anfechtung. Die Anfechtungsklage aus § 271 HGB. erfordert von dem anfechtenden Aktionär nicht den Nachweis eines besonderen rechtlichen Interesses an der Beseitigung des beanstandeten Beschlusses. Die Klage ist als Rechtsgestaltungs-klage von den Voraussetzungen des § 256 B.P.D. unabhängig. Bei der Anfechtung ablehnender Beschlüsse ist aber ein gewisses schutzwürdiges Interesse zu erfordern.

II. § 226 HGB. Stimmberechtigung einer abhängigen Gesellschaft mit Aktien der herrschenden Gesellschaft in deren Generalversammlungen. Aus § 226 Abs. 4 HGB. läßt sich ein Ruhen des Stimmrechts der Aktien der herrschenden Gesellschaft, die im Besitze der abhängigen Gesellschaft sich befinden, nicht herleiten, und zwar auch dann nicht, wenn der Erwerb dieser Aktien im Widerspruch zu § 226 Abs. 1 HGB. erfolgt sein sollte. Das gleiche gilt auch für die Vorschrift des § 226 Abs. 5 HGB. Wenn und soweit eine abhängige Gesellschaft Aktien der herrschenden Gesellschaft für eigene Rechnung erwirbt, fehlt es an einem wesentlichen Tatbestandserforder-

niz des in § 226 Abs. 5 HGB. vorgesehenen Falles für das Ruhen des Stimmrechts. Der Gesetzgeber hat aus wohlervogenen Gründen davon abgesehen, das Ruhen des Stimmrechts der im Besitze einer abhängigen Gesellschaft befindlichen Aktien der herrschenden Gesellschaft anzuordnen.

I. Auch ablehnende Beschlüsse unterliegen rechtsgrundsätzlich der Anfechtung, wobei freilich deren Durchdringen nur die Nichtigkeit des ablehnenden Beschlusses nach sich ziehen kann (RGZ. 142, 129, 130 = JW. 1934, 90; RGZ. 146, 71, 72 = JW. 1935, 1236⁶). Eine etwaige Nichtigkeit der angegriffenen Beschlüsse könnte im vorl. Fall auch nicht mehr gegen den Rechtsbestand der in der GenVers. sonst gefaßten Beschlüsse ausgewertet werden, da diese Beschlüsse, weil sie entweder von vornherein nicht oder jetzt nicht mehr angefochten sind, auf alle Fälle, selbst wenn sie z. B. durch die Stimmrechtsnichtigkeit erlangt hätten (§ 271 HGB.). Mit einem absoluten und unheilbaren Mangel sind die positiven Beschlüsse nicht behaftet. Mitstimmen Nichtstimmberechtigter bildet im besonderen nur einen Anfechtungsgrund (JW. 1927, 1348 [1350¹]). Wie der erf. Sen. sodann in dem Ur. v. 13. Nov. 1934, II 158/34: JW. 1935, 421⁵, dargelegt hat, erfordert die Anfechtungsklage aus § 271 HGB. von dem anfechtenden Aktionär nicht den Nachweis eines besonderen rechtlichen Interesses an der Beseitigung des beanstandeten Beschlusses; die Klage ist vielmehr als Rechtsgestaltungsfrage von den Voraussetzungen des § 256 ZPO. unabhängig. Immerhin wird gerade bei der Anfechtung ablehnender Beschlüsse ein gewisses schutzwürdiges Interesse zu erfordern sein. Eine Anfechtungsklage, bei der ein solches Interesse überhaupt nicht ersichtlich wäre, müßte als rechtsmißbräuchlich der Abweisung verfallen. So liegt der Fall aber hier nicht. Die Kl. will klargestellt wissen, ob die Leben-AktG. mit ihrem Besitz an Aktien der All.-AktG. in deren GenVers. stimmberechtigt ist, eine Frage, die angeht die Verteilung des Aktienbesitzes bei der All.-AktG. naturgemäß für die bisherigen Minderheitsaktionäre und damit auch die Kl. von erheblicher Bedeutung ist. Erfolgt eine solche Klärung in dem vorl. Prozeß durch gerichtliches Urteil i. S. des Rechtsstandpunkts der Kl., so darf sie bis auf weiteres annehmen, daß dem auch in Zukunft bei Abstimmungen in der GenVers. Rechnung getragen wird, zwar nicht etwa deshalb, weil hierdurch hinsichtlich der Stimmberechtigung bzw. des Ruhens des Stimmrechts der Leben-AktG. materielle Rechtskraft über den Gegenstand des vorl. Prozesses hinaus geschaffen würde, sondern deshalb, weil das Erkenntnis in Zukunft bei Prüfung der Stimmberechtigung durch den Versammlungsleiter nicht ohne weiteres außer acht gelassen werden könnte und, wie anzunehmen ist, tatsächlich auch nicht außer acht gelassen würde.

II. Die Anfechtungsklage ist darauf gegründet, daß weder die Leben-AktG. noch ihr Treuhänder mit dem ihr gehörigen Paket Aktien der All.-AktG. in deren GenVers. habe stimmen dürfen, einmal deshalb, weil die Leben-AktG. von der All.-AktG. beherrscht, also eine abhängige Gesellschaft derselben sei und die Aktien entgegen dem Verbot des § 226 Abs. 1, 4 HGB. erworben habe, sodann, weil hier die beiden Gesellschaften wirtschaftlich eine Einheit bilden und deshalb der dem § 226 Abs. 5 HGB. zugrunde liegende Rechtsgedanke Anwendung finden müsse.

Das LG. hat diesen Stimmbehinderungsgrund verneint. Es bejaht zwar ein Abhängigkeitsverhältnis i. S. des § 226 Abs. 4 HGB. zwischen der Leben-AktG. und der All.-AktG., lehnt aber im Hinblick auf den Wortlaut des § 226 Abs. 5 HGB. im Zusammenhalt mit Abs. 4 daselbst, auf die Vorgeschichte dieser Bestimmungen und die bis zum Erlaß der Aktiennovelle in der Rspr. und auch im Schrifttum herrschende Ansicht den Standpunkt der Kl. in beiderlei Hinsicht ab.

Die Rev., die demgegenüber Verletzung des materiellen

Rechts, insbes. des § 226 HGB. rügt, konnte keinen Erfolg haben.

Es braucht zu der Frage keine Stellung genommen zu werden, ob wirklich bei der eigenartigen Verflechtung der beiden Gesellschaften — gegenseitiger prozentual nahezu gleicher Aktienbesitz, weitgehendste Identität der beiderseitigen Vorstandsmitglieder und Identität auch des Vorsitzenden des Aufsichtsrats — von einer Abhängigkeit dergestalt die Rede sein kann, daß jede Gesellschaft unter dem beherrschenden Einfluß der anderen stünde und ob nicht vielmehr gerade diese besondere Art der Verflechtung tatsächlich und der Rechtswirklichkeit nach, auf die es ankommt, nicht sowohl ein einseitiges wenn auch wechselseitiges Herrschaftsverhältnis, sondern vielmehr gerade umgekehrt beiderseits den Ausschluß eines Herrschaftsverhältnisses, wie es § 226 Abs. 4 HGB. im Auge hat, zur Folge hatte. Dafür würde sprechen, daß eben keine der beiden Gesellschaften der anderen ihren Willen aufzwingen könnte, sie vielmehr umgekehrt gegenseitig auf eine Verständigung angewiesen wären, wie sie z. B. bei gleichgeordneten Konzerngesellschaften über die beiderseitigen Belange herbeigeführt werden muß. — Unterstellt man aber einmal, daß auch ein Beziehungsverhältnis zwischen zwei Gesellschaften der Art wie hier unter den Begriff der „abhängigen Gesellschaft“ fällt, so folgt daraus noch nicht das Ruhen des Stimmrechts der Leben-AktG. mit ihrem Besitz an Aktien der All.-AktG. in deren GenVers., und zwar gleichviel, ob es sich um Aktien handelt, deren Erwerb dem § 226 Abs. 1, 4 HGB. zuwider oder ohne Verstoß gegen diese Bestimmung erfolgt ist.

Das Gesetz enthält insoweit eine ausdrückliche Bestimmung nicht, insbes. nicht etwa in der Richtung, daß das Stimmrecht der abhängigen Gesellschaft jedenfalls aus solchen Aktien der herrschenden Gesellschaft ruhen solle, deren Erwerb gegen § 226 Abs. 1, 4 HGB. verstieß. Hätte der Gesetzgeber an einen solchen Rechtsverstoß das Ruhen des Stimmrechts knüpfen wollen, so wäre nicht ersichtlich, weshalb dies nicht auch bei der Neufassung des § 226 HGB. durch die Aktiennovelle unzweideutig zum Ausdruck gebracht ist, zumal die Frage der Stimmberechtigung der abhängigen Gesellschaft mit Aktien der herrschenden Gesellschaft in deren GenVers. wiederholt Gegenstand auch höchstgerichtlicher Urteile (RGZ. 103, 64 ff. [für eigene Geschäftsanteile einer GmbH.]; 108, 41 ff. = JW. 1924, 679; RGZ. 115, 246 ff. = JW. 1927, 672), wie auch zahlreicher zum Teil weitgepannter Erörterungen im Schrifttum gewesen ist. Dabei war die Rspr., wenn auch unter gewissen Schwankungen, zur Befassung des Stimmrechts gelangt, und diese Auffassung war jedenfalls im Schrifttum die herrschende. Bei dieser Sachlage aber wäre es vollends unverständlich, wenn der Gesetzgeber seinen etwaigen gegenteiligen Standpunkt nicht bei der Neufassung des § 226 HGB. im Gesetz selbst unzweideutig verlautbart hätte. Tatsächlich ist denn auch nach wie vor im Schrifttum ganz überwiegend die Ansicht vertreten, daß durch § 226 Abs. 4 HGB. hinsichtlich der Stimmberechtigung der abhängigen Gesellschaft an dem bisherigen Rechtszustand nichts geändert worden, das Stimmrecht also zu bejahen ist (s. Schlegelberger = Quassowski = Schmölder, WD. über Aktienrecht, Anm. 47 zu § 226 HGB. n. F. mit weiteren Nachw.). Auch der amtliche Entwurf eines Gesetzes über AktG. und KommGes. a. V. von 1931 (= Entwurf II) enthält kein solches Verbot. Zwar ist in § 95 Abs. 5 daselbst vorgesehen, daß das Stimmrecht aus Aktien, hinsichtlich deren der Aktionär zugunsten der Gesellschaft oder einer abhängigen Gesellschaft in der Ausübung seines Stimmrechts gebunden ist, ruhen soll; allein daraus folgt, wie mit Recht betont wird, noch nicht auch das Ruhen des Stimmrechts für die im Besitz der abhängigen Gesellschaft befindlichen Aktien. Denn eine unterschiedliche Behandlung von Aktien, bezüglich deren eine besondere Stimmrechtsvereinbarung zwischen dem Aktionär und der Gesellschaft getroffen ist, gegenüber solchen, die sich nur im Besitz einer abhängigen Gesellschaft befinden, ist denkbar und zu rechtfertigen. Sodann war in § 95 Abs. 5 d. Entw. II vorgesehen, daß eine Ausnahme dann Platz finden sollte, wenn das überwiegende Interesse der Gesellschaft

oder der Allgemeinheit die Stimmrechtsausübung rechtfertigt. In dem zweiten Bericht des Vorsitzenden des Ausschusses Aktienrecht der Akademie für Deutsches Recht, abgedruckt in der Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht 1935, 247 ff., ist allerdings (S. 252 Spalte 2 unter k) der Vorschlag gemacht, das bestehende Verbot der Ausübung des Stimmrechts aus eigenen Aktien auch auf solche eines abhängigen Aktionärs auszu dehnen. Allein dabei ist zu berücksichtigen, daß der Bericht sonst eine Reihe von Vorschlägen enthält, die auf eine Sicherung des Unternehmens und eine verstärkte Unabhangigkeit desselben von wechselnden Aktionarmehrheiten abzielen (Führerprinzip, wesentliche Beschränkung der Zuständigkeit der GenVerf., Stimmrecht des Vorstands), berechnigte Zwecke und Interessen, denen auch das Stimmrecht der im Besitz der abhängigen Gesellschaft befindlichen Aktien des herrschenden Unternehmens dienstbar gemacht werden und solches rechtfertigen kann. Nach alledem läßt sich aus § 226 Abs. 4 HGB. ein Ruhen des Stimmrechts der Aktien der herrschenden Gesellschaft, die sich im Besitz der abhängigen Gesellschaft befinden, nicht herleiten, und zwar auch dann nicht, wenn der Erwerb dieser Aktien im Widerspruch zu § 226 Abs. 1 HGB. erfolgt sein sollte.

Das gleiche gilt auch für die Vorschrift des § 226 Abs. 5 HGB. Das dort vorgesehene Ruhen des Stimmrechts aus eigenen Aktien der Gesellschaft folgt aus dem Wesen der AktG.; insoweit ist durch diese Bestimmung der bisherige Rechtszustand (s. a. RGZ. 103, 64 für die GmbH.) im Gesetz selbst nur ausdrücklich festgelegt worden. Neu hinzugekommen ist nur, daß auch das Stimmrecht aus solchen Aktien der Gesellschaft ruhen soll, die einem anderen für ihre Rechnung und damit wirtschaftlich der herrschenden Gesellschaft selbst gehören. Dies trifft aber bei Aktien, die sich im Besitz einer abhängigen Gesellschaft befinden, nicht zu. Gewiß kann eine abhängige Gesellschaft auch Aktien der herrschenden Gesellschaft für deren Rechnung erwerben. Dann greift selbstverständlich § 226 Abs. 5 HGB. ohne weiteres durch. Wenn und soweit aber die abhängige Gesellschaft solche Aktien für eigene Rechnung erwirbt, fehlt es an einem wesentlichen Tatbestandsmerkmal des in § 226 Abs. 5 HGB. vorgesehenen zweiten Falls des Ruhens des Stimmrechts. Eine andere Beurteilung vermöchte allerdings vom Standpunkt der sog. Einheitslehre Platz zu greifen, d. h. der Ansicht, daß wirtschaftlich das Vermögen der abhängigen Gesellschaft mit dem der herrschenden Gesellschaft zusammenfalle. Allein einmal könnte diese Auffassung doch nur für den Fall gelten, daß die Abhängigkeit darauf beruht, daß die herrschende Gesellschaft, wenn auch nicht das ganze, so doch den weitaus überwiegenden Teil des Aktienkapitals der abhängigen Gesellschaft besitzt, während eine Abhängigkeit i. S. des § 226 Abs. 4 HGB. unter Umständen sehr wohl auch durch eine Aktienminderheit verbunden etwa mit gewissen organisatorischen Maßnahmen oder schuldrechtlichen Bindungen begründet werden kann. Sodann aber ist dabei nicht beachtet, daß jede Gesellschaft ihre eigenen Gläubiger hat, die herrschende Gesellschaft selbst auch nur über ihre Beteiligung an der abhängigen Gesellschaft, nicht aber über deren einzelne Vermögensstücke Verfügungsmacht hat. Die sog. Einheitslehre ist denn auch im Schrifttum überwiegend abgelehnt worden. Sie liegt auch nicht der Neufassung des § 226 HGB. zugrunde, die ja bei dem Rechtsbegriff der abhängigen Gesellschaft nicht auf die kapitalistische Beteiligung und deren Ausmaß, sondern auf die Stärke des so oder so begründeten beherrschenden Einflusses abstellt. Nach alledem muß davon ausgegangen werden, daß der Gesetzgeber absichtlich und aus wohlherzogenen Gründen davon abgesehen hat, das Ruhen des Stimmrechts der im Besitz einer abhängigen Gesellschaft befindlichen Aktien der herrschenden Gesellschaft anzuordnen. Dahingestellt bleiben kann, ob etwa dann, wenn sich ausnahmsweise das ganze Aktienkapital der abhängigen Gesellschaft im Besitz der herrschenden Gesellschaft befinden sollte, eine andere Beurteilung Platz greifen könnte. Denn dieser Fall lag hier unzweifelhaft im Zeitpunkt der streitigen GenVerf. nicht vor. Daß die Leben-AktG. ihre Aktien der All-AktG. für deren Rechnung erworben hätte, ist nicht ein-

mal behauptet. Ebenjowenig ist ersichtlich, daß die Stimmrechtsausübung der Leben-AktG. aus ihrem Besitz an Aktien der All-AktG. hier eine rechts mißbräuchliche gewesen wäre. Insbes. ist gerade auch der Erwerb der fraglichen Aktien seinerzeit ersichtlich erfolgt, um schweren Schaden von der herrschenden Gesellschaft abzuwenden und Gefahren zu begegnen, die dieser im Falle der Fortdauer des maßgeblichen Einflusses der All. drohten.

(U. v. 19. Nov. 1935; II 20/35 u. II 201/35. — Berlin.)
[v. B.]

*

10. § 335 HGB.; § 607 BGB. Abgrenzung zwischen stiller Gesellschaft und Darlehensvertrag.

Selbst wenn eine stille Gesellschaft i. S. der §§ 335 ff. BGB. bestand, so hätte deren Auflösung durch Kündigung nicht zur Folge, daß nunmehr das Unternehmen, das die Gesellschaft betrieben hat, sein Ende erreicht, daß es abgewickelt werden mußte, und daß erst nach dieser Abwicklung, insbes. nach Veräußerung des Gesellschaftsvermögens und Zahlung der Geschäftsschulden der stille Gesellschaft die Auszahlung seines Auseinandersetzungsguthabens verlangen könnte. Bei der stillen Gesellschaft, bei der das Vermögen des Unternehmens dem persönlich haftenden Gesellschafter gehört, bedeutet Auseinandersetzung nur, daß das Guthaben des stillen Gesellschafters, so wie es sich während der Dauer des Gesellschaftsverhältnisses entwickelt hat, nach Maßgabe des Gesellschaftsvertrages festzustellen und der sich so ergebende Betrag, soweit der Vertrag nicht etwas anderes bestimmt, unmittelbar nach der Feststellung an den stillen Gesellschafter in bar ausbezahlen ist.

Ob eine stille Gesellschaft besteht, ist Sache der Vertragsauslegung. Nicht allein ausschlaggebend ist, ob im schriftlichen Vertrag das Rechtsverhältnis als stille Gesellschaft bezeichnet wird, ob von einer Einlage und einer Beteiligung am Gewinn und Verlust die Rede ist, und ob dem Geldgeber ein Kontrollrecht eingeräumt ist, etwa in der Weise, daß ihm ein Recht auf Erteilung einer Abschrift der Jahresbilanz zusteht, oder das im vorl. Fall jedenfalls nicht ausdrücklich erwähnte, in § 338 BGB. dem stillen Gesellschafter regelmäßig zukommende Recht auf Einsicht der Bücher und Papiere zum Zwecke der Prüfung der Richtigkeit der Bilanz. Best. dieser Art können zwar einen wichtigen Anhaltspunkt für das Vorliegen einer stillen Gesellschaft bieten. Aus dem übrigen Inhalt des Vertrages kann sich trotzdem ergeben, daß eine stille Gesellschaft nicht besteht. Zum Wesen der stillen Gesellschaft gehört die Beteiligung am Gewinn des Unternehmens. Der stille Gesellschafter muß mindestens hinsichtlich seines Gewinnes die Gefahr des Unternehmens mittragen, wenn auch die Beteiligung am Verlust durch den Gesellschaftsvertrag ausgeschlossen werden kann. Mit diesem Erfordernis ist es zwar verträglich, wenn die Gewinnbeteiligung auf einen Höchst- oder Mindestbetrag festgesetzt wird, nicht aber, wenn dem Geldgeber eine feste, von den wechselnden Geschäftsergebnissen unabhängige Vergütung zugesagt wird. In einem solchen Falle liegt keine stille Gesellschaft, sondern in der Regel ein Darlehen vor (RGZ. 122, 387 = JW. 1929, 759). Gegen ein Darlehen würde nicht sprechen, daß nicht ein Zins vereinbart würde, der in Hundertsätzen des zur Verfügung gestellten Kapitals ausgedrückt ist: Ein Zins in diesem Sinne gehört nicht zum Wesen des Darlehens § 608 BGB. Die Vergütung für die Überlassung des Kapitals kann auch beim Darlehen in einer festen Summe bestehen. Die Abhängigkeit der Höhe der Vergütung von der Höhe des zur Verfügung gestellten Kapitals fehlt im vorl. Falle nicht. Denn nach § 7 des Vertrages vom 13. Juni 1929 vermindert sich vom Tage der Rückzahlung von Kapital im Verhältnis auch die vereinbarte Vergütung. Entscheidend ist aber, ob die vereinbarte Leistung davon abhängt, ob Gewinn erzielt wird, ob also die Ansprüche der Ehefrau des Kl. von dem Ergebnisse des Unternehmens abhängen. Diese Abhängigkeit könnte auch bestehen, wenn zwar die festgelegte Vergütung jedes Jahr zu bezahlen wäre, ohne Rücksicht darauf, ob im einzelnen Jahre überhaupt Gewinn erzielt worden ist oder nicht, wenn aber der Gewinn des einen Jahres durch den Verlust eines anderen ausgeglichen werden könnte. Dies ist jedenfalls im vorl.

Falle nicht vereinbart. Die Abhängigkeit wäre auch gegeben, wenn zwar jedes Jahr ohne Rücksicht auf Gewinn oder Verlust ein bestimmter Betrag zu bezahlen wäre, wenn aber bei Beendigung der Gesellschaft der Gesamtgewinn oder -verlust des Unternehmens auf die Gesellschafter etwa nach Verhältnis ihrer Kapitalsanteile zu verteilen wäre. Eine derartige Regelung wäre rechtlich möglich und auch tatsächlich nicht undenkbar. Der Inhaber des Unternehmens kann im einzelnen Falle ein Interesse daran haben, sich ein Kapital auf längere Zeit zu sichern und dafür dem Geldgeber während des Bestehens der Verbindung eine feste Vergütung zuzusichern vorbehaltlich der endgültigen Abrechnung über das Gesamtergebnis des Unternehmens und Verteilung des Verlustes. Auch der Geldgeber kann zwar geneigt sein, das Risiko eines endgültigen Verlustes zu tragen und doch ein Interesse daran haben, auf eine Reihe von Jahren sich bestimmte Zahlungen zu sichern. Ob die Vertragsschließenden derartige Vereinbarungen getroffen haben, ist aber immer Aufgabe der Vertragsauslegung durch den Richter.

(U. v. 6. Dez. 1935; II 86/35. — München.)

*

11. § 2 PatG. Zum Begriff der Offenkundigkeit genügt nicht die theoretische Möglichkeit, sondern ist die praktische Wahrscheinlichkeit der Wahrnehmung erforderlich.

Die Kl. ist Inhaberin des ihrer Rechtsvorgängerin erteilten D. R. P. 319278 über eine Überwachungseinrichtung für elektrische Weichen- und Signalstellwerke. Die für den Rechtsstreit in Betracht kommenden Ansprüche lauten:

1. Überwachungseinrichtung für elektrische Weichen- und Signalstellwerke, dadurch gekennzeichnet, daß die sowohl vom Überwachungsmagneten wie vom Sicherheitsmagneten gesteuerten Überwachungsstromschließer beim Umlagen des Stellhebels zwangsläufig unterbrochen werden und erst wieder geschlossen werden können, wenn beide Magnete richtig gearbeitet haben.
2. Überwachungseinrichtung nach Anspruch 1 dadurch gekennzeichnet, daß sowohl die Unterbrechung als auch die Schließung der Überwachungsstromschließer durch zwei voneinander unabhängige Antriebe erfolgt, von denen einer durch den Stellhebel und der andere durch die Anker der Überwachungs- und Sicherheitsmagnete beeinflusst wird.

Die Bekl. stellt her und vertreibt Überwachungseinrichtungen, welche in ihrer Werbedrucksache abgebildet sind.

Die Kl. ist der Ansicht, daß bei diesen Einrichtungen ihr Patent benutzt wird. Sie hat auf Unterlassung, Rechnungslegung und Feststellung der Schadensersatzpflicht geklagt.

Das RG. weist die Klage ab und legt der Kl. auch die Kosten des erledigten Streitteils (Unterlassungsanspruch) auf, weil der wesentliche Inhalt der geschützten Erfindung durch die seit 1912 am Hauptbahnhof N. in Betrieb befindliche Überwachungsanlage offenkundig vorbenutzt sei, die als Überschuß des Klagepatents verbleibende Anordnung der unmittelbaren Steuerung der Überwachungsstromschließer bei der angegriffenen Ausführungsform aber nicht benutzt sei.

Die Rev. wendet sich in erster Linie gegen die Feststellung, daß die Benutzung der nach Ansicht des RG. neuheitsschädlichen N. er Anlage eine offenkundige gewesen sei. Das RG. sagt zunächst, daß die Stellwerksanlagen der Reichsbahn grundsätzlich, insbes. Angehörigen der Fachfirmen nicht gezeigt würden, und daß selbst ein Fachmann nicht immer ohne weiteres in der Lage sei, bei Besichtigung einer Blockstelle die Stellwerkskonstruktion zu erkennen, wenn ihm nicht eine Prinzipskizze ausgehändigt werde. Das RG. scheint also die Möglichkeit, den Lösungsgedanken der Einrichtung bei einer bloßen Besichtigung zu erkennen, verneinen zu wollen. Es hält aber nach den weiteren Ausführungen die Offenkundigkeit für gegeben auf Grund der von dem Sachverständigen Müller in der mündlichen Verhandlung gemachten Angabe, daß die Reichsbahn entgegenkommenderweise Hochschullehrern und Hochschülern Stellwerksicherungsanlagen für Studien- und Besichtigungszwecke zur Betrachtung freigebe, auch Prinzipskizzen überlasse. Damit ist aber der Begriff der Offenkundigkeit nicht erfüllt.

Der Senat hat in seiner Entsch. v. 10. Nov. 1928 (RGZ. 122, 243 = JW. 1929, 1004) den Begriff der Offenkundigkeit dahin erläutert, daß die Vorbenutzung der Allgemeinheit Kunde geben müsse (a. a. O. S. 246). Nach anderen Entsch. genügt grundsätzlich zwar die Möglichkeit einer Wahrnehmung, aber diese Möglichkeit darf keine abstrakte, fernliegende sein, sondern es muß durch die besonderen Umstände des Falls eine gewisse Wahrscheinlichkeit für eine Wahrnehmung begründet sein (Urt. vom 15. Juni 1931, I 53/21). Hier liegt es nun so, daß die vorbenutzte Einrichtung — anscheinend einmalig — i. J. 1912 auf dem Hauptbahnhof N. ausgeführt worden und seitdem im Betrieb gewesen ist. Wie die Bekl. zu ihrer Kenntnis gekommen ist, ist nicht gesagt. Bisher fehlt jeder Anhalt dafür, daß die Einrichtung vor der Patentanmeldung (24. März 1917) einem größeren Kreis von Fachleuten bekannt geworden ist. Diese Umstände sprechen dagegen, daß eine Wahrscheinlichkeit für ein Bekanntwerden der Einrichtung — genauer: ihres Lösungsgedankens — in den in Betracht kommenden gewerblichen Fachkreisen bestanden hat. Auch bedürfte es doch noch der Prüfung, ob in einem Wahrscheinlichkeitsgrade die Möglichkeit bestand, daß die N. er Einrichtung von Hochschullehrern und Hochschülern besichtigt wurde, und dann die auf diesem Wege gewonnene Kenntnis in die gewerblichen Fachkreise Eingang fand. Es wäre der fachwissenschaftliche Wert der Einrichtung zu berücksichtigen und zu fragen, ob für Hochschullehrer und -schüler ein Anlaß gegeben sein konnte, die Einrichtung zu besichtigen, ehe sie schon auf einem anderen Wege bekannt geworden war und ein besonderes wissenschaftliches Interesse erregt hatte. Endlich sind auch die Angaben des Sachverständigen Müller keine tragfähige Beweisgrundlage. Die Tatsache, daß der Sachverständige, wie das RG. feststellt, aus dem Reichsbahndienst hervorgegangen ist, verbürgt nicht, daß er weiß, ob Hochschullehrern und Hochschülern die Besichtigung der Einrichtung in N. unter Aushändigung von Prinzipskizzen in der Zeit von 1912 bis zum 24. März 1917 gestattet worden wäre, zumal da in der angegebenen Zeit der Hauptbahnhof N. noch der Bayerischen Staatsbahnverwaltung unterstand und nicht festgestellt ist, daß der Sachverständige bei dieser tätig war.

Die Rev. weist darauf hin, daß unbestrittenermaßen die N. er Einrichtung von der Firma S. an die Firma J. und von dieser an die Bayerische Staatsbahn geliefert worden sei. Sie meint, diese Lieferungen seien ebenfalls offenkundige Benutzungshandlungen. Verkäufe und Lieferungen sind nun zwar regelmäßig Benutzungen der in den verkauften Gegenständen verkörperten technischen Gedanken. Ob sie aber offenkundig sind, das hängt wieder von den Umständen ab. Leitender Grundsatz ist auch hier, daß die Verkäufe und Lieferungen den in Betracht kommenden gewerblichen Fachkreisen die nicht fernliegende Möglichkeit eröffnen müssen, von dem technischen Gedanken, der dem verkauften Gegenstand zugrunde liegt, Kenntnis zu erhalten. In der Hinsicht ist nun zu beachten, daß hier kaum ein einheitlicher Gegenstand geliefert worden sein kann, der schon bei einer Besichtigung den technischen Grundgedanken erkennen ließ. Überwachungseinrichtungen, wie sie hier streitig sind, bestehen aus verschiedenen Teilen, wie Magneten, Schaltern, Hebeln, Kontakten, Leitungen usw., welche erst nach dem Ein- und Zusammenbau eine „Einrichtung“ sind. Vorher ist die Bestimmung der Einzelteile und ihr Zusammenarbeiten vermutlich nur unter Zuhilfenahme einer Zeichnung oder mindestens einer Prinzipskizze zu erkennen. Es bedürfte also noch der Feststellung, auf welche Weise die Lieferungen ausgeführt worden sind, ob insbes. nicht den Angestellten, welche den Ein- und Zusammenbau vornahmen und die Bauart der Einrichtung vielleicht zur Kenntnis der Fachkreise bringen konnten, wie vielfach üblich, eine Pflicht zur Geheimhaltung oblag, um beurteilen zu können, ob ein nicht begrenzter Kreis von Fachleuten von den technischen Grundgedanken der Einrichtung Kenntnis erhalten konnte.

(U. v. 7. Dez. 1935; I 14/35. — Berlin.)

[R.]

12. §§ 1, 3 UnlWG. Unlauterer Wettbewerb bei Waren, die für das Ausland bestimmt sind. Jeder Wettbewerbsverstoß ist nach deutschem Recht eine unerlaubte Handlung. Die Verwirklichung mindestens eines Tatbestandsmerkmals, der Handlung oder der Verletzung, muß in Deutschland erfolgt sein, um die Anwendbarkeit des deutschen Rechts als der *lex loci delicti commissi* zu begründen. Über die Frage der Verletzung durch unrichtige Angaben entscheidet die Auffassung derjenigen Personen, an die sich die Mitteilungen richten. Das ist bei Ausfuhrwaren das ausländische, nicht das inländische Publikum. †)

In RGZ. 140, 25 ist ausgesprochen, daß alle im Inland aufzässigen Gewerbebetreibenden untereinander ihren gesamten Wettbewerb, auch für das Ausland, nach den inländischen Vorschriften gegen den unlauteren Wettbewerb einrichten müssen. Daraus folgert das BG. das Verbot, die für das Ausland bestimmte Ware im Inland mitzetteln, Werbeschriften und Einwicklern zu versehen, die gegen §§ 3, 1 UnlWG. verstoßen. Die Rev. greift diese Ausführungen als rechtsirrig an. Sie vertritt die Auffassung, daß für die lediglich im Ausland abzusetzende Ware die Auffassung des inländischen Publikums gleichgültig und allein die Ansicht des ausländischen Abnehmers maßgeblich sei. Daß etwa der ausländische Händler oder Verbraucher die Klagenwendungen als mißverständlich, irreführend oder unsittlich empfinde, sei vom BG. nicht festgestellt worden.

Das vorangeführte Urteil geht davon aus, daß jeder Wettbewerbsverstoß nach deutschem Recht eine unerlaubte Handlung ist (§§ 823, 826 BGB.), und daß die Verwirklichung mindestens eines Tatbestandsmerkmals, der Handlung oder der Verletzung, in Deutschland erfolgt sein müsse, um die Anwendbarkeit deutschen Rechts als der *lex loci delicti commissi* zu begründen. Die Handlung ist hier unstreitig in Deutschland begangen und damit die Anwendbarkeit des UnlWG. begründet worden. Allerdings sind mit diesem einen Tatbestandsmerkmal noch nicht alle Voraussetzungen der §§ 1, 3 UnlWG. gegeben. Dazu gehört nach § 3 a. a. O. die Verletzung durch unrichtige Angaben. Über die Frage der Unrichtigkeit entscheidet die Auffassung derjenigen Personen, an welche sich die Mitteilungen richten; und das ist allerdings bei Ausfuhrwaren das ausländische, nicht das inländische Publikum. Für letzteres, auch für die nur mit dem Transport der Ware nach dem Ausland befaßten Kreise, sind die lediglich auf die Verwendungsmöglichkeit und den Absatz der Ware im Ausland bezüglichen Angaben (ob unrichtig oder richtig) über deren Beschaffenheit ohne Bedeutung (RGZ. 99, 136 = JW. 1920, 614). In den Entsch. des RG. handelte es sich auch um Fälle, in denen eine Täuschung gegenüber ausländischen Abnehmern (und ausschließlich solcher ausländischer Abnehmer) in Indien bzw. Australien und Neu-Seeland vom Tatrichter festgestellt worden war. Es wäre aber Sache der Vekl. gewesen, zur Begr. ihres Antrages im einzelnen anzugeben, welche Länder in Frage kommen, inwiefern der dortige Sprachgebrauch ein anderer sei und daher bei den dortigen beteiligten Kreisen eine andere, nämlich die mit der Behauptung der Vekl. im Rechtsstreit übereinstimmende Auffassung von dem Sinn der fraglichen Werbeangabe bestehe. Die Vekl. hat jedoch nach diesen Richtungen keinerlei Darlegungen gemacht, weil sie rechtsirrig von dem auch im vorl. Rechtsstreit für die im Inland vertriebene Ware vertretenen Standpunkt ausgeht, daß in erster Linie, wenn nicht überhaupt ausschließlich, der Wiederverkäufer für die Feststellung des Sinnes der beanstandeten Reklamebehauptungen maßgebend sei. Für diesen ist natürlich die Lagerfähigkeit von drei Jahren von größter Bedeutung, aber für den Verbraucher zum mindesten auch die Gewähr der Haltbarkeit d. h. der Zuverlässigkeit im Gebrauch während des angegebenen Zeitraums. Das ist doch im Ausland nicht anders als bei dem inländischen Verbraucher.

(U. v. 15. Nov. 1935, II 116/35. — Dresden.)

[v. B.]

Bemerkung: Eine Besprechung der vorst. Entsch. folgt.

12 a. § 16 UnlWG.; § 12 BGB. Verwechslungsgefahr liegt schon dann vor, wenn die Benutzung eines Namens geeignet ist, Verwechslungen hervorzurufen. Zwar kann auf Unterlassungsansprüche aus dem Namensrecht und dem Firmenrecht verzichtet werden und ein solcher Verzicht der Unterlassungsklage entgegengehalten werden, wenn nicht der Gebrauch des Namens oder der Firma irreführend und dadurch die Allgemeinheit betroffen wird. Erfolgte aber der Verzicht, weil eine Beziehung zwischen den Parteien bestand, und gerade im Hinblick auf diese Beziehung, so kann sie nach Treu und Glauben auch von dem anderen Teile nur so aufgefaßt werden, daß die Berechtigung zur Verwendung des fremden Namens nur so lange dauert, als die Beziehung besteht.

Zur Annahme der „Verwechslungsgefahr“, soweit es auf diese ankommt, ist nicht erforderlich, daß bereits Verwechslungen vorgekommen sind. Sie liegt vielmehr schon dann vor, wenn die Benutzung eines bestimmten Namens geeignet ist, Verwechslungen hervorzurufen (RGZ. 108, 272 = JW. 1924, 1369). Zur Geltendmachung des Namensschutzes des § 12 BGB. genügt es schon, daß die Kl. ein Interesse daran haben, daß nicht ein anderer unbefugt den gleichen Namen gebraucht. Das Interesse braucht, wie der Senat in RGZ. 114, 90 (93) = JW. 1926, 2906 und schon früher ausgesprochen hat, nicht ein familien- oder vermögensrechtliches zu sein; vielmehr fällt hierunter jedes des Rechtsschutzes würdige Interesse, auch ein ideales oder sog. Affektionsinteresse. Deshalb ist der Unterlassungsanspruch nicht aus dem Grunde ausgeschlossen, weil im geschäftlichen Verkehr zur näheren Bezeichnung der Kl. schon, weil es sich um zwei verschiedene Firmen mit verschiedenen, wenn auch miteinander verwandten Geschäftszweigen des Versicherungsbetriebes handelt, Zusätze zu dem Kern- und Schlagwort *Iduna* erforderlich sind. Wenn man unter *Iduna* sich in den beteiligten Kreisen immer eine der Kl. vorstellt, so hatten die Kl. ein Interesse daran, daß diese Vorstellung nicht dadurch verwischt wurde, daß eine andere Firma, die mit dem Konzern der Kl. nichts zu tun hatte, das gleiche Schlagwort in ihrer Firma gebrauchte. Wenn in dem Urteil RGZ. 114, 90 (95) für die Anwendung des § 16 UnlWG. Wert darauf gelegt wird, daß die beanstandete Firmenbezeichnung objektiv geeignet ist, in den Kreisen, an welche die Firma sich vorwiegend wendet, die Gefahr einer Verwechslung mit der älteren Firma eines andern hervorzurufen, so steht auch damit das angefochtene Urteil nicht im Widerspruch. Die Kl. wenden sich nach der Art ihrer Betätigung an das gesamte Publikum, das für sie als Versicherungsnehmer in Betracht kommt, also an weiteste Kreise. Wenn die Vekl. nach Aufgabe der Transport- und Rückversicherung auch das Versicherungsgeschäft nicht mehr selbst betreibt, so bezeichnet sie doch als Gegenstand ihres Unternehmens die Beteiligung an Versicherungsunternehmen und an Unternehmungen aller Art. Damit decken sich die Kreise, an die sich beide Parteien wenden, weitgehend.

Es kommt auch nicht auf die von der Rev. vermischte Feststellung an, daß die Vekl. im Verkehr bloß unter der Bezeichnung *Iduna* aufträte oder bekannt sei. Es genügt, daß die Vekl. unbefugt das gleiche Schlagwort benutzte, und daß dadurch der Anschein erweckt würde, daß zwischen den Parteien Beziehungen bestanden (RGZ. 114, 90 [95] = JW. 1926, 2906; vgl. auch das Urt. v. 27. Sept. 1935, II 47/35 = JW. 1936, 185¹⁰). Wohl könnte durch einen Zusatz die Entstehung dieses Anscheines vermieden werden. Der Zusatz „*Holding*“ zu *Iduna* könnte nun zwar geeignet sein, den beteiligten Verkehrskreisen zu erkennen zu geben, daß es sich nicht um die *Iduna*-Versicherungsgesellschaften, sondern um etwas anderes handle. Dagegen kann wegen der Bedeutung des Wortes „*Holding*“ bei seiner Verwendung mit „*Iduna*“ der Anschein erweckt werden, daß die Vekl. mit den Kl. in Beziehungen stehe. Daß tatsächlich dieser Anschein erweckt wird, hat das BG. in einwandfreier Weise festgestellt. Das BG.

stellt hierzu fest, daß die Bekl. in allererster Linie eine Dachgesellschaft der Kl. war und früher unter dem Namen „Zduna-Holding“ im wesentlichen nur als Dachgesellschaft der Kl. in Erscheinung getreten ist. Wenn die Bekl. nach der allgemeinen Fassung des Zweckes des Unternehmens in ihrer Satzung auch sich mit anderen Unternehmungen befassen konnte und vielleicht auch befaßt hat, so bildete ihr Aktienbesitz an den beiden Kl. und dessen Verwaltung und die durch den Aktienbesitz bedingte Stellung zu den Kl. doch einen sehr wesentlichen Teil ihres Vermögens und ihrer geschäftlichen Betätigung. Wenn sie aus diesem Grunde, aus ihrer Entstehungsgeschichte in Zusammenhang mit ihrer Firmenbezeichnung in beteiligten Verkehrskreisen als Dachgesellschaft der Kl. angesehen wurde, so war dies allein entscheidend für die Frage, ob sie nach Wegfall dieser tatsächlichen Unterlage berechtigt war, die Bezeichnung Zduna weiterzuführen.

Diese Berechtigung wurde nicht dadurch begründet, daß, wie die Bekl. behauptet, das Wort „Zduna“ ein „Freiwort“ sei, d. h. wie ein „Freizeichen“ dem allgemeinen Gebrauch offenstehe, und nicht von einem einzelnen für sich ausschließlich in Anspruch genommen werden könne. Die wenigen Fälle, die die Bekl. bezeichnet und in denen auch andere Unternehmungen das Wort „Zduna“ in ihrer Firma führen, und die Herkunft des Wortes aus der deutschen Mythologie sind an sich noch nicht geeignet, darzutun, daß es sich um ein der allgemeinen Benützung zugängliches, nicht unterscheidungskräftiges Wort, und insofern um ein „Freiwort“ handle. Aber auch solche Worte können, wie die sog. Freizeichen, Unterscheidungskraft erlangen, dadurch, daß sie als Hinweis auf ein bestimmtes Unternehmen oder eine bestimmte Unternehmungsgruppe Verkehrsgeltung erlangen. Ob diese Wandlung eingetreten ist, ist in erster Linie Sache tatsächlicher Feststellung. Eine solche Feststellung liegt vor in der Ausführung des BG.: wenn man — auch weit über die Kreise der Versicherten hinaus — von „Zduna“ spreche, meine man damit die Kl., diese seien auch die einzigen bedeutenderen deutschen Unternehmungen, die sich des Namens „Zduna“ zur Unterscheidung ihrer Firmen von anderen bedienen.

Das BG. nimmt an, daß die Kl. auf Grund ihres besseren Namensrechtes die Namensführung Zduna-Holding durch die Bekl. nicht mehr zu dulden brauchen, nachdem sich die tatsächlichen Verhältnisse geändert hatten, unter denen die Bekl. den umstrittenen Namen annehmen konnte. Die Bekl. habe es sich ausschließlich selbst zuzuschreiben, wenn sie einen Schaden dadurch erleide, daß sie seinerzeit einen Namen gewählt hat, der mit dem Fortfall ihres Einflusses auf die Kl. ohne weiteres verwechslungsfähig und damit unzulässig werden mußte. Die Rev. bekämpft diese Auffassung mit dem Hinweis darauf, daß die Kl. selbst vorgezogen hätten, sie hätten gegen die Verwendung von „Zduna“ in der Firma der Bekl. nichts eingewendet. Darin liege nach der Rspr. des RG. ein stillschweigender Verzicht auf das Verbotungsrecht von § 12 BGB. und § 16 UrtW.G. (vgl. JW. 1921, 824 u. 1924, 164¹). Wenn die Kl. jahrelang geduldet haben, daß die Bekl. das Wort „Zduna“ in ihrer Firma führten, hätten sie es sich selbst zuzuschreiben, wenn die Bekl. auch nach Auflösung der Verbindung unter den Parteien zur Führung der alten Firma befugt bleibe. Auch dieser Angriff kann keinen Erfolg haben. Zwar kann auf Unterlassungsansprüche aus dem Namensrecht und dem Firmenrecht verzichtet werden und ein solcher Verzicht der Unterlassungsklage entgegengehalten werden, wenn nicht der Gebrauch des Namens oder der Firma irreführend ist und dadurch die Allgemeinheit betroffen wird (vgl. RGZ. 76, 265 = JW. 1911, 660; RG.: JW. 1932, 2131¹⁶ [„Deutsche Beamtenbuchhandlung“]); vgl. auch die Entsch. des erf. Sen. v. 12. März 1935, II 326/34; GewRSch. 1935, 753. Eine zeitlich oder räumlich beschränkte Genehmigung des Berechtigten zur Benutzung seiner Firma oder des schlagwortartigen Teiles derselben wird aber in der Regel klar und unzweideutig ausgesprochen werden müssen (RGZ. 102, 22). Eine solche

klare und unzweideutige Erklärung kann sich jedoch aus den Umständen des Einzelfalles ergeben. Erfolgte die Duldung, weil eine Beziehung zwischen den Parteien bestand, und gerade im Hinblick auf diese Beziehung, so kann sie nach Treu und Glauben auch von dem anderen Teile nur so aufgefaßt werden, daß die Berechtigung zur Verwendung des fremden Namens nur so lange dauert, als die Beziehung besteht. Nachdem die Bekl. aber ihren Aktienbesitz an den beiden Kl. jedenfalls zum größten Teil und damit auch jeden Einfluß auf sie verloren hat, konnte sie nicht erwarten, daß die Kl. noch damit einverstanden seien, daß die Bekl. sich Zduna-Holding AktG. nannte und dadurch den Anschein erweckte, als sei sie noch immer die Dachgesellschaft der Zduna-Versicherungsgesellschaften. Wenn die Bekl. trotz der bestehenden Möglichkeit ihren Aktienbesitz zu verlieren, eine Firmenbezeichnung wählte, die nach der Auffassung des Verkehrs ihre Beziehungen zu den Kl. zum Ausdruck brachte, so muß sie die mit einer Firmenänderung verbundenen Nachteile selbst tragen, wenn diese Firmenänderung wegen Wegfalls der tatsächlichen Voraussetzung für die bisherige Firmierung notwendig geworden ist. Der Umstand, daß eine Firmenbezeichnung bisher berechtigt war, hindert somit nicht, daß ihre Änderung gefordert werden kann, wenn sich die tatsächlichen Voraussetzungen geändert haben (vgl. auch das Ur. des Senats v. 5. Juli 1935, II 70/35: JW. 1935, 3157⁶), wo die Unterlassung auf Grund des § 3 UrtW.G. für geboten erklärt wird. Es liegen auch keine besonderen Tatsachen dafür vor, die das Verlangen der Kl. als unbillig und gegen Treu und Glauben verstößend erscheinen lassen. Ob für die Bekl. die Möglichkeit besteht, die Aktienmehrheit bei den Kl. wieder zu erlangen, ist für das Verlangen der Kl. auf Anpassung der Firmenbezeichnung an den gegenwärtigen Zustand unerheblich. Die Bekl. hat aber auch nicht behauptet, daß sie gegen die Kl. irgendwelche Schritte unternommen hat, um die Aktienmehrheit bei den Kl. wieder zu erlangen.

Die Ausführungen des BG. zu § 12 BGB., § 16 UrtW.G. sind geeignet, schon allein den Unterlassungs- und Löschungsanspruch zu rechtfertigen. Es kann daher dahingestellt bleiben, ob der Anspruch auch nach §§ 18 Abs. 2, 37 Abs. 2 BGB. oder nach § 3 UrtW.G. begründet ist.

(U. v. 19. Nov. 1935; II 94/35. — Verkin.) [v. B.]

*

** 13. §§ 176, 251 a, 318, 331 a, 565 Abs. 2 ZPO.; Art. 2 Gesetz zur Änderung von Vorschriften des Strafverfahrens und des OVG. v. 28. Juni 1935; §§ 842, 843, 847 BGB.

1. Der „frühere Termin“ muß in demselben Rechtszuge stattgefunden haben. Ein Termin im Urkundenprozeß bildet keine Grundlage des § 251 a ZPO. für das Nachverfahren, ein Termin im Verfahren zum Grund keine solche für das Verfahren zur Höhe. Es müssen nicht dieselben Richter an der Entscheidung teilnehmen, die an der mündlichen Verhandlung teilgenommen haben. Hat RG. an einen anderen Senat zurückverwiesen, so genügt es, daß vor dem Senat, dessen Urteil aufgehoben worden ist, eine mündliche Verhandlung stattgefunden hatte.

2. § 176 ZPO. ist auf die Benachrichtigung nach § 251 a ZPO. anwendbar. Statt Benachrichtigung durch eingeschriebenen Brief kann der Weg der Zustellung gewählt werden.

3. Von einer Entscheidung, an die das RG. nach §§ 318, 565 Abs. 2 ZPO. gebunden ist, darf es in derselben Sache nicht auf Grund des Art. 2 Ges. v. 28. Juni 1935 abweichen.

4. Es bedeutet eine Klageänderung, wenn ein bisher auf § 847 BGB. gestützter Anspruch §§ 842, 843 BGB. gestützt wird.

Die Rev. erhebt zunächst eine Verfahrensrüge. Sie rügt, daß die Voraussetzungen der §§ 331 a, 251 a ZPO. für eine

Entsch. nach Lage der Akten nach zwei Richtungen nicht vorgelegen hätten. Einmal habe es an einer vorausgegangenen mündlichen Verhandlung gefehlt, da vor dem 7. ZivSen. des BG., an den — als „anderen“ Senat gem. § 565 Abs. 1 Satz 2 — das RG. die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entsch. zurückverwiesen habe, nicht mehr streitig verhandelt worden sei. Im Termin v. 31. Mai 1934 sei Verkündungstermin auf den 21. Juni 1934 anberaumt worden; dieser Termin sei aber weber dem früheren Prozeßbevollmächtigten — er hatte angezeigt, daß er die Vertretung des Bekl. niedergelegt habe — noch dem Bekl. mitgeteilt worden. Überdies komme nur eine Benachrichtigung der Partei selbst in Betracht, da es sich nicht um eine Zustellung i. S. des § 176 ZPO. handele.

Nach beiden Richtungen kann die Rüge nicht durchgreifen. Nach § 331 a ZPO. kann der Gegner beim Ausbleiben einer Partei im Termin zur mündlichen Verhandlung statt eines Versäumnisurteils eine Entsch. nach Lage der Akten beantragen; dem Antrage ist zu entsprechen, wenn der Sachverhalt für eine derartige Entsch. hinreichend geklärt erscheint; die Vorschr. des § 251 a Abs. 1 Satz 2—4 finden entsprechende Anwendung. Nach letzterer Vorschr. darf in diesem Falle ein Urteil nur in einem besonderen, auf mindestens eine Woche hinaus anzusehenden Termin verkündet werden, und nur, wenn in einem früheren Termine eine mündliche Verhandlung stattgefunden hat; das Gericht hat der nicht erschienenen Partei den Verkündungstermin durch eingeschriebenen Brief bekanntzugeben. Die Rev. ist der Meinung, daß eine Entsch. nach Lage der Akten nicht zulässig gewesen sei, weil vor dem Senat des BG., an den die Sache vom RG. zurückverwiesen worden war, eine mündliche Verhandlung nicht stattgefunden hat. Dieser Auffassung kann nicht beigetreten werden, wenn auch zuzugeben ist, daß der durch die Vd. v. 13. Febr. 1934 eingeführte § 251 a insofern seiner knappen Fassung zu Zweifeln Anlaß geben kann. Nach dem Wortlaut der Vorschr. reicht es aus, daß in einem früheren Termin eine mündliche Verhandlung stattgefunden hat. Daraus kann man mit einiger Sicherheit entnehmen, daß dieser frühere Termin in demselben Rechtszuge stattgefunden haben muß. Es reicht also beispielsweise zur Anwendung der Vorschr. in der RevInst. nicht aus, daß eine mündliche Verhandlung in der VerInst. stattgefunden hat (RG.: RGWarn. 1923/24 Nr. 194 = DJZ. 1924 Sp. 828). Man wird den Grundgedanken der Vorschr. darin finden müssen, daß die in dem Schlußtermin nicht auftretende Partei wenigstens einmal Gelegenheit gehabt haben muß, ihren Rechtsstandpunkt mündlich darzulegen (RG.: JW. 1930, 141 Nr. 19 = SeuffArch. 84 Nr. 34). Der Gesetzgeber hat offenbar angenommen, daß die Sicherung, die mit dem Grundsatz der mündlichen Verhandlung für eine der Sach- und Rechtslage entsprechende Entsch. erreicht werden soll, mit jener einmaligen Gelegenheit beim Ausbleiben einer Partei als hinreichend angesehen werden soll und etwaigen entgegenstehenden Bedenken gegenüber dem Bestreben der Vd., eine Beschleunigung des Verfahrens und eine größere Unabhängigkeit des Gerichts von der Partei auf diesem Gebiet herbeizuführen, zurücktreten müssen. Soll dieser Erfolg erreicht werden, dann darf der neuen Vorschr. keine zu enge Begrenzung gegeben werden. Dann kann nicht gefordert werden, daß an derjenigen mündlichen Verhandlung, die für eine spätere Entsch. nach Lage der Akten notwendig ist, dieselben Richter teilgenommen haben, welche nunmehr die Entsch. zu treffen haben. Den Stimmen, die im Schrifttum aus grundsätzlichen Erwägungen — § 309 ZPO. — nicht so weit gehen wollen, ist in der Rspr. in Übereinstimmung mit der Mehrheit des Schrifttums nicht gefolgt worden (RGZ. 132, 330, 336 mit Nachweisungen = JW. 1931, 2475, 2478¹⁰). Hält man aber zur Erreichung des von der Vd. mit § 251 a verfolgten Zwecks die Vorschr. des § 309, wonach das Urteil nur von denjenigen Richtern gefällt werden kann, welche der dem Urteil zugrunde liegenden Verhandlung beigewohnt haben, im Falle des § 251 a nicht für anwendbar, weil § 309 ein ausschließlich auf mündlicher Verhandlung beruhendes Urteil betrifft, so wird man auch zwischen den einzelnen Abschnitten des Rechtsstreits, die im Laufe eines Rechtszuges nach der Prozeßordnung eintreten können und den Rechtsstreit äußerlich in mehrere Teile zerfallen

lassen, für die hier zur Erörterung stehende Frage nicht unterscheiden dürfen. Das muß dann auch für die Verhandlung während desselben Rechtszuges vor und nach Aufhebung des BU. durch das RevArt. gelten. Grundsätzlich wird durch die Zurückweisung der Sache an das BG. zur anderweiten Verhandlung und Entsch. das Verfahren vor dem BG. in der Lage wieder eröffnet, in der es sich zur Zeit befand, als die Verhandlung vor dem Erlaß des aufgehobenen Urteils geschlossen wurde. Die hieraus für die Möglichkeit des Vorbringens neuer Tatsachen zu ziehende Schlußfolgerung ist in RGZ. 129, 224, 225 = JW. 1930, 2956 erörtert. Hier kommt es nur darauf an, nachzuweisen, daß das Verfahren vor dem BG. grundsätzlich ein einheitliches ist und seinem Wesen nach durch die Einschaltung des Revisionsverfahrens und die Aufhebung des BU. nicht grundsätzlich in mehrere selbständige Teile zerlegt wird. Freilich muß auch hier darauf geachtet werden, daß die Grenzen nicht überschritten werden, die der Bedeutung einer mündlichen Verhandlung für das spätere Verfahren bei verständiger Beurteilung des vom Gesetzgeber mit der Neuerung beabsichtigten Zwecks gezogen sein müssen. Nicht jede mündliche Verhandlung kann eine solche sein, die die Voraussetzung einer Entsch. nach Lage der Akten in demselben Rechtszuge erfüllt. So wird man kein Bedenken haben, eine mündliche Verhandlung im Urkundenprozeß nicht als geeignete Grundlage des § 251 a für das Nachverfahren anzusehen (Andres: DJZ. 1925 Sp. 1531). Ebenso wird es regelmäßig bei einer getrennten Verhandlung über den Grund und die Höhe des Anspruchs liegen. Als Beispiel für die Nichtanwendbarkeit des § 251 a läßt sich der Fall der mündlichen Verhandlung vor demjenigen Gericht anführen, das die Sache an das nunmehr erkennende Gericht verwiesen hat; das ist die Umkehrung des in der oben angeführten Entsch. in RGWarn. 1923/24 Nr. 194 = DJZ. 1924 Sp. 828 erörterten Falles; er betrifft aber gleichfalls das Verfahren in verschiedenen Rechtszügen. Nicht anzuführen ist hier der Fall, wo nach Zurückweisung der Sache von dem Gericht zu entscheiden ist, vor dem früher mündlich verhandelt worden ist. Daß in einem solchen Falle eine mündliche Verhandlung vor dem BG. als hinreichende Voraussetzung des § 251 a im Verfahrensabschnitt vor der Aufhebung des BU. ausreicht, wird man nach alledem annehmen können. Kein Zweifel könnte in dieser Beziehung bestehen, wenn man der mündlichen Verhandlung i. S. des § 251 a das Verfahren nach § 7 EntlVd. i. d. Fass. v. 13. Mai 1924 (RGBl. I, 552) — also Entsch. ohne mündliche Verhandlung im Einverständnis mit den Parteien — gleichstellt, wie Stein-Jonas, ZPO., 15. Aufl., III 4 a zu § 251 a und v. Godenberg: JW. 1924, 366 annehmen, während andere eine solche Gleichstellung als dem Zweck der in § 251 a vorausgesetzten mündlichen Verhandlung widersprechend ansehen. Doch braucht zu dieser Frage im jetzigen Rechtsstreit keine Stellung genommen zu werden. Im vorl. Falle liegen Bedenken auch nach der Richtung nicht vor, ob etwa die Einführung eines gegenüber dem früher anders gearteten Prozeßstoffs im einzelnen Falle die Bedeutung der mündlichen Verhandlung i. S. des § 251 a beeinträchtigen kann. Bedenken, die in der oben angeführten Entsch.: JW. 1930, 141¹⁰ = SeuffArch. 84 Nr. 34 für den Fall der Erweiterung des geltend gemachten Anspruchs erörtert, aber abgelehnt werden.

Nimmt man aber an, daß die Bedeutung der mündlichen Verhandlung vor dem BG. i. S. des § 251 a durch die Aufhebung des BU. der Regel entsprechend auch hier nicht beeinträchtigt wird, so spielt es auch keine Rolle, daß im vorl. Falle 1 die Sache gem. § 565 Abs. 1 Satz 2 an einen anderen Senat des BG. zurückverwiesen worden war, 2. die Zurückweisung zur anderweiten mündlichen Verhandlung und Entsch. erfolgt ist. Der einzelne Senat bedeutet das BG. als solches; kommt es i. S. des § 251 a wie oben dargelegt, nicht darauf an, ob dieselben Richter an der Entsch. teilnehmen, die an der mündlichen Verhandlung teilgenommen haben, so ist es auch gleichgültig, ob die Richter des BG. dem einen oder dem anderen Senat angehört haben. Sodann entspricht die Zurückweisung der Sache an das BG. zur anderweiten mündlichen Verhandlung dem Wortlaut des § 565 Abs. 1 Satz 1 ZPO.

Diese, seit dem Bestehen der ZPO. geltende, also vor der VO. v. 13. Febr. 1924 eingeführte Vorschr. hat diejenige mündliche Verhandlung zum Gegenstande, die der jeweiligen Gesetzgebung entspricht; wird durch diese das Erfordernis der mündlichen Verhandlung eingeschränkt, so ist das ein Gesetzeszustand, den die zurückverwiesene Sache antrifft, und der deshalb auch für sie maßgebend ist.

Soweit die Rev. rügt, daß der Verkündungstermin nicht gem. § 251 a bekanntgemacht sei, ist darauf hinzuweisen, daß ein eingeschriebener Brief mit einem dem § 251 a entsprechenden Inhalt an den bisherigen Prozeßbevollmächtigten des Bekl. am 2. Juni 1934 abgefaßt worden ist. Das reicht aus. Einer Benachrichtigung der Partei selbst bedurfte es nicht. Einmal steht die Vorschr. des § 251 a in den allgemeinen Best. des ersten Buches der ZPO.; soweit die Benachrichtigung einer Partei vorgeschrieben wird, findet diese Vorschr. für den Anwaltsprozeß grundsätzlich ihre Ergänzung in § 176 ZPO., wonach Zustellungen in einem anhängigen Rechtsstreit an den Prozeßbevollmächtigten erfolgen müssen. Sodann kommt es nicht darauf an, daß die Benachrichtigung nach § 251 a nicht auf dem Wege formeller Zustellung, sondern vermittelt eines eingeschriebenen Briefes zu bewirken ist. Die Vorschr. hat offensichtlich den Zweck, eine Verzögerung des Rechtsstreits durch die u. U. längere Zeit in Anspruch nehmende formelle Zustellung einschließlich des Nachweises der Zustellung zu verhindern. Dadurch wird aber nichts daran geändert, daß auch diese Benachrichtigung unter den § 176 ZPO. fällt. Das ergibt schon die Erwägung, daß die Partei im Anwaltsprozeß die auf Grund der Benachrichtigung erfolgenden Maßnahmen wieder nur durch ihren Prozeßbevollmächtigten durchführen kann. Die Vorschr. des § 176 beruht auf dem Gedanken, daß Zustellungsempfänger diejenige Person sein soll, deren sich die Partei zu ihrer Vertretung bedienen muß. Mit diesem Grundgedanken stimmt die Anwendung des § 176 auf § 251 a überein. Die allgemeine Fassung des § 176 hat zur Folge, daß sogar Zustellungen in Angelegenheiten, die ein persönliches prozessuales Handeln der Partei, wie nach dem früheren Rechtszustande die Leistung eines Eides betreffen, im Anwaltsprozeß an den Prozeßbevollmächtigten erfolgen müssen, soweit nicht in Einzelfällen etwas anderes bestimmt ist, wie z. B. in §§ 141, 296. Die Anwendbarkeit des § 176 auf die Benachrichtigung nach § 251 a nimmt ausdrücklich auch Stein-Jonas, 15. Aufl., Bem. III 4 b zu § 251 a an; eine andere Auffassung wird, soweit ersichtlich, sonst nicht vertreten. Daß an Stelle der Benachrichtigung durch eingeschriebenen Brief auch der Weg der Zustellung gewählt werden könnte, wird füglich nicht in Abrede gestellt werden können; Stein-Jonas a. a. O. empfiehlt diese Form sogar im Verkehr mit Kl. Übrigens war auch in dem Fall, welcher der RGZ. 132, 330 = JW. 1931, 2475 abgedr. Entsch. zugrunde lag, der eingeschriebene Brief mit der Nachricht vom dem Verkündungstermin vom VG. an den Prozeßbevollmächtigten der Partei abgefaßt. Das ist in jenem Verfahren von keiner Seite beanstandet worden.

Die Rev. vertritt sodann die Auffassung, daß das jetzt entscheidende RevG. nicht an die rechtliche Beurteilung gebunden sei, welche die Grundlage des das frühere BU. zum Teil aufhebenden RevUrt. bildet. Sie stützt diese Auffassung auf Art. 2 des Ges. zur Änderung von Vorschr. des Strafverfahrens und des GVG. v. 28. Juni 1935 (RGBl. I, 844). Dem kann nicht beigetreten werden. Daß nach dem bisherigen Rechtszustande nicht nur das VG. nach Aufhebung des BU. bei der neuen Entsch. gem. § 565 Abs. 2 ZPO. an die rechtliche Beurteilung gebunden ist, welche der Aufhebung zugrunde gelegt ist, sondern auch das RevG. selbst von der rechtlichen Beurteilung, die es für das VG. in diesem Rechtsstreit festgelegt hat, bei der Prüfung des später ergangenen BU. auszugehen hat, steht in der Rspr. des RG. fest (RGZ. 58, 286, 289; 100, (5), 55, 60; 124, 322, 323 = JW. 1929, 2527, 2951). Diese Bindung auch des RevG. ergibt sich nicht nur aus § 318 ZPO., wonach das Gericht an die Entsch. gebunden ist, welche in den von ihm erlassenen Endurteilen und Zwischenurteilen enthalten ist. Es folgt vielmehr auch aus allgemeinen, für eine verständige Gestaltung des Prozeßverfahrens maßgebenden Erwägungen. Es ist mit den Anforderungen, die an ein solches Prozeßverfahren zu stel-

len sind, nicht vereinbar, daß die rechtliche Grundlage, auf die das Verfahren in dem einzelnen Rechtsstreit durch das RevUrt. gestellt ist und die nunmehr nach dem Gesetz für das Verhalten der Parteien und das VG. — insbes. für die Aufstellung von tatsächlichen Behauptungen und eine etwaige Beweisaufnahme — die maßgebende Richtung gibt, durch eine Änderung in der rechtlichen Beurteilung seitens des RevG. in demselben Rechtsstreit nachträglich wieder beseitigt wird. Eine solche Änderung ist für alle am Rechtsstreit Beteiligten untragbar und mit dem Gesichtspunkt nicht zu vereinigen, daß die Festlegung der rechtlichen Beurteilung für diesen Rechtsstreit eine Bedeutung erlangt hat, die der Rechtskraft gleichzuachten ist.

Diese Erwägungen haben mit den für Art. 2 des angeführten Ges. v. 28. Juni 1935 leitenden Gedanken nichts zu tun, stehen ihnen vielmehr vollkommen fern. Danach soll das RG. bei der Erfüllung der Aufgabe, an einer Berücksichtigung des durch die Staatsveränderung eingetretenen Wandels der Lebens- und Rechtsanschauung mitzuwirken, nicht durch die Rücksichtnahme auf die aus einer anderen Lebens- und Rechtsanschauung erwachsene Rspr. der Vergangenheit gehindert werden. Dieser Gedanke war maßgebend für die, eine Änderung des GVG. — das kommt auch noch in der Überschrift des Gesetzes zum Ausdruck — enthaltende Vorschr.: „bei der Entsch. über eine Rechtsfrage kann das RG. von einer Entsch. abweichen, die vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes ergangen ist“. Daß diese, die freie Entwicklung der Rspr. im allgemeinen bezweckende und § 136 GVG. ändernde Vorschr. vor der Rechtslage nicht halten wollte, wie sie durch ein RGUrt. in einem einzelnen Rechtsstreit i. S. des in den §§ 565 Abs. 2 und 318 ZPO. zum Ausdruck gekommenen Willens des Gesetzgebers geschaffen wird, und daß auch eine Erschütterung der Grundlagen des einzelnen Rechtsstreits, die nach den oben entwickelten Gedanken anderenfalls nicht zu vermeiden wäre, hingenommen werden sollte, ist aus der neuen Vorschr. nicht zu entnehmen. Bei der Prüfung des jetzt angefochtenen BU. ist deshalb von der rechtlichen Beurteilung auszugehen, die dem früheren RevUrt. zugrunde liegt.

Der Versuch des Bekl., den früher auf § 847 BGB. gestützten Anspruch auf Zahlung von 50 000 RM nunmehr auch auf Vermögensschaden zu stützen, kann nicht gelingen, da der Kl. der darin enthaltenen Klageänderung widersprochen hat. Der Anspruch aus § 847 BGB. ist ein besonderer, neben den vermögensrechtlichen Schadenersatzanspruch aus §§ 842, 843 tretender Anspruch mit besonderen Voraussetzungen und rechtlichen Eigenschaften. Er bildet mit den wirtschaftlichen Ansprüchen aus §§ 842, 843 keine rechtliche Einheit. Daran ist in der Rspr. stets festgehalten worden (z. B. JW. 1921, 1230³). Deshalb liegt in der Heranziehung des Vermögensschadens zur Stützung des Antrags auf Zahlung von 50 000 RM eine Klageänderung.

(U. v. 1. Nov. 1935; VI 453/34. — Berlin.)

(= RGZ. 149, 157.)

*

14. § 198 ZPO. Wenn auch bei einer Zustellung von Anwalt zu Anwalt die Ausstellung des Empfangsbekanntnisses für die Wirksamkeit der Zustellung erheblich und erst damit die für die Gültigkeit der Zustellung unerläßliche Beurkundung des Zustellungsaktes geschaffen ist, so kann doch dafür, wann die Zustellung als vollzogen zu gelten hat, nur der Zeitpunkt entscheidend sein, in dem der Anwalt von der Tatsache der Zustellung erfahren und sich erkennbar entschlossen hat, das zuzustellende Schriftstück zu behalten und seinen Empfang zu bestätigen.

Das VG. hat in ständiger Rspr. die Ansicht vertreten, daß auf rein prozessuale Rechtsgeschäfte, zu denen auch die Rücknahme eines Rechtsmittels gehört, die bürgerlich-rechtlichen Vorschr. über die Anfechtung einer Willenserklärung wegen Willensmangels keine Anwendung finden (RGZ. 81, 178 = JW. 1913, 437; RGZ. 105, 355; RGZ. 120, 246 = JW. 1928,

1136). Das OLG. hat deshalb zutreffend der Anfechtungserklärung des Kl. S. eine rechtliche Wirkung abgesprochen und lediglich darauf abgestellt, ob die Berufung gültig zurückgenommen worden ist.

Die Beantwortung dieser Frage hängt davon ab, ob die Rücknahmeerklärung dem Prozeßbevollmächtigten des Bekl. wirksam zugestellt worden ist. Denn die Zurücknahme der Berufung erfolgt, soweit sie wie hier ohne Einwilligung des VerBekl. geschehen kann, nach § 515 Abs. 2 ZPO., wenn sie nicht bei der mündlichen Verhandlung erklärt wird, durch Zustellung eines Schriftsatzes. Das OLG. erachtet den Schriftsatz für ordnungsmäßig zugestellt. Es geht davon aus, daß zwar auch bei der Zustellung von Anwalt zu Anwalt die Beurkundung der Übergabe des zuzustellenden Schriftstücks wesentlich sei, hält es aber nicht für erforderlich, daß das Empfangsbekennnis gleichzeitig mit der Empfangnahme unterzeichnet werde, sondern sieht auch seine nachträgliche Erteilung für genügend an, da sie auf den Augenblick des Empfanges zurückwirke. Diese Auffassung muß jedenfalls dann für zutreffend erachtet werden, wenn der Anwalt schon beim Empfang des Schriftstücks willens gewesen ist, es als ihm zugestellt zu behalten, und wenn er diesen Willen nach außen bekundet hat (SeuffArch. 58 Nr. 248; HöchstRRspr. 1932 Nr. 1596). Wenn auch bei einer Zustellung von Anwalt zu Anwalt gem. § 198 ZPO. die Ausfertigung des Empfangsbekennnisses für die Wirksamkeit der Zustellung erheblich und erst damit die, wie für die Gültigkeit jeder Zustellung, so auch für die der Zustellung von Anwalt zu Anwalt unerläßliche Beurkundung des Zustellungsaktes geschaffen ist (vgl. RGZ. 124, 22), so kann doch dafür, wann die Zustellung als vollzogen zu gelten hat, nur der Zeitpunkt entscheidend sein, in dem der Anwalt von der Tatsache der Zustellung erfahren und sich erkennbar entschlossen hat, das zuzustellende Schriftstück zu behalten und seinen Empfang zu bestätigen. Denn damit hat er zum Ausdruck gebracht, daß er auf die ihm angetragene Zustellungsart eingehe. Mit der Unterzeichnung des Empfangsbekennnisses beurkundet er nur die bereits vollzogene Annahme.

Der Widerruf der Zustellung war auch vor deren schriftlichen Bestätigung nicht geeignet, Kl. K. an der nachträglichen Erteilung des Empfangsbekennnisses zu hindern oder dessen Gültigkeit auszuschließen. Kl. K. war, nachdem er das Schriftstück als zugestellt angenommen hatte, zur Bestätigung seines Empfangs verpflichtet und konnte dabei nichts anderes bekunden, als was geschehen war.

(Beschl. v. 20. Dez. 1935; II B 12/35. — Düsseldorf.) [v. B.]

*

15. § 323 ZPO.

Die Abänderbarkeit des Vergleichsinhalts ist nach sachlich-rechtlichen Grundsätzen zu beurteilen.

Dem Unterhaltsrentenvertrag wohnt die *clausula rebus sic stantibus* stillschweigend inne, auch mit Bezug darauf, daß sich in der Zukunft sonstige wesentliche Änderungen ergeben, die in Anbetracht der Unfallfolgen den Lebensbedarf des Verletzten, oder das Maß des von ihm benötigten Lebensunterhalts beeinflussen.

Das BG. verneint unter Berufung auf das RGUrt. vom 1. Febr. 1915 (RGZ. 86, 181 = JW. 1915, 410) die Anwendbarkeit des § 323 ZPO., weil den darin vorausgesetzten Tatbestand nur solche wesentlichen Änderungen erfüllen, die von den Parteien zur Zeit des Vergleichsabschlusses nicht voraussehen waren und die nach dem gewöhnlichen Verlaufe der Dinge von ihnen nicht erwartet werden konnten.

Es ist jedoch zu beachten, daß die Abänderbarkeit des Vergleichsinhalts, insbes. solcher Vergleiche, welche die Gewährung von Renten zum Gegenstande haben, stets nach den Vertragsgrundsätzen des sachlichen Rechts zu beurteilen ist, und daß daran die erst 1919 eingefügte Vorschr. des § 323 Abs. 4 ZPO. sachlich nichts geändert hat. Deren Bedeutung ist insofern eingeschränkt, als sie nur klarstellt, daß die Eigenschaft eines Ver-

gleichs als eines gerichtlichen oder die eines Vertrags als eines vollstreckbaren der Abänderbarkeit aus sachlich-rechtlichen Gründen nicht entgegensteht.

Wie in dem in RGZ. 106, 233 = JW. 1924, 1428 entschiedenen Falle handelt es sich hier um vergleichsweise festgesetzte Unterhaltsrenten, die aus dem rechtlichen Gesichtspunkt des Schadensersatzes wegen eines Eisenbahnunfalls auf Grund des RhaftpfliG. gefordert werden. Dort hat der erf. Sen. ausgeführt, jeder Unterhaltsvertrag werde stillschweigend von dem Parteinwillen beherrscht, daß der Forderungsberechtigte die Möglichkeit erhalten solle, sich aus den Rentenbeträgen ein bestimmtes dem Geldwert entsprechendes Maß des zum Lebensunterhalt Erforderlichen zu verschaffen; dem Unterhaltsrentenvertrag wohne — anders ausgedrückt — regelmäßig die *clausula rebus sic stantibus* stillschweigend inne. Wenn dies auch nur mit Bezug auf das dem Geldwert entsprechende Maß des zum Lebensunterhalt Erforderlichen und auf den Einfluß der Geldwertverwertung ausgesprochen und unter diesem Gesichtspunkt ein Vorbehalt auf Erhöhung der Renten für den Fall weiterer Geldwertverwertung für überflüssig erklärt ist, so liegt es doch nahe, dem dort festgelegten Grundsatz eine weitergehende Bedeutung auch für den Fall beizumessen, daß sich in der Zukunft sonstige wesentliche Änderungen ergeben, welche in Anbetracht der Unfallfolgen den Lebensbedarf des Verletzten oder das Maß des von ihm benötigten Lebensunterhalts beeinflussen. Indessen braucht dies nicht weiter ausgeführt zu werden. Denn vorliegend enthält der Prozeßvergleich tatsächlich einen Vorbehalt, der in die Worte gekleidet ist, die Vergleichsregelung gelte bis zu dem Zeitpunkte, daß gem. § 323 ZPO. eine Aufhebung oder Abänderung eintrete. Die Parteien haben eine Aufhebung oder Abänderung des Vergleichs also ausdrücklich ins Auge gefaßt für den Fall, daß eine wesentliche Änderung derjenigen Verhältnisse eintreten sollte, welche für die Best. der Höhe der Leistungen oder der Dauer ihrer Entrichtung beim Vergleichsabschlusse maßgebend waren, und es ist eine Frage der Auslegung und der — Treu und Glauben und die Verkehrssitte berücksichtigenden — Willenserforschung, wie dieser Vorbehalt zu verstehen sei (RGZ. 140, 167 [173] = JW. 1933, 1772). Dies hat der Vorderrichter nicht verkannt; aber seine Auffassung über die Bedeutung des Vorbehalts kann aus Rechtsgründen nicht gebilligt werden. Er meint, in jenen Worten liege keine zeitliche Beschränkung der Rentensfeststellung; die beim Vergleichsabschlusse voraussehbaren Änderungen fielen nicht unter diese Best. und es fehle an Anhaltspunkten dafür, daß der im Vergleich enthaltene Hinweis auf § 323 ZPO. einen über den Inhalt dieser Vorschr. hinausgehenden Vorbehalt habe darstellen sollen und dargestellt habe.

Das BG. geht also bei seiner Auslegung davon aus, daß in § 323 Abs. 4 ZPO. die sachlichen Voraussetzungen für eine spätere Abänderung des Rentenvertrags „gegeben“ seien. Es verkennt, daß es sich hierbei, wie oben ausgeführt, um eine nach sachlich-rechtlichen Grundsätzen zu entscheidende Frage handelt.

Bei der rechtlichen Beurteilung des Sachverhalts ist davon auszugehen, daß sich die Kl. schon bei den früheren Vergleichsabschlüssen stets nur auf einige Jahre festgelegt hat, woraus schon erkennbar ist, daß sie die Entwicklung abwarten, keinesfalls sich aber auf einen Zeitraum festlegen wollte, in dem eine auf den Unfallfolgen beruhende Erwerbsbeschränkung etwa nicht mehr vorhanden wäre.

Es ist unmöglich anzunehmen, daß die Vertreter der Kl. beim Vergleichsabschlusse willens gewesen wären, dem Bekl. (damaligen Kl.) im Vergleichswege etwas mehr zuzubilligen, als ihm von Rechts wegen zustand, insbes. die Rente auch für eine Zeit zuzugestehen, in der irgendwelche Unfallfolgen bei ihm nicht mehr bestehen würden, vielmehr die etwa vorhandene Erwerbsunfähigkeit oder ein wesentlich geringerer Grad der Erwerbsfähigkeit als der gemäß dem Grundurteil v. 24. April 1925 beim Vergleichsabschlusse v. 22. Okt. 1925 angenommene beim Bekl. als natürliche Alterserscheinung ohne Rücksicht auf etwaige Unfallfolgen festgestellt werden müßte. Es ist vielmehr davon auszugehen, daß es gerade der Zweck des Hinweises auf § 323 ZPO. und die darin liegende verfahrensrechtliche Möglichkeit einer späteren Abänderung des Ren-

tenvertrages war, auszuschließen, daß die Kl. ohne Rücksicht auf die weitere Entwicklung bis zum Ableben des Bekl. an der Fortzahlung der festgesetzten Rente unter allen Umständen festgehalten werden könnte. Im Zeitpunkte des Vergleichsabschlusses kam als Grund für eine spätere Abänderung des Rentenbetrages gerade der Fall vornehmlich in Betracht, daß im weiteren Verlaufe der Dinge einmal Unfallfolgen nicht mehr vorhanden wären, wohl aber bei zunehmendem Alter des Rentenberechtigten ein Nachlassen oder Verstehen seiner natürlichen Arbeitskraft auch ohne Zusammenhang mit dem erlittenen Eisenbahnunfall mehr und mehr eintreten würde. Es fehlt an jedem Anhalt für die Annahme, daß die Kl. beim Abschlusse des Vergleichs daran gedacht hätte, auf die Geltendmachung einer solchen natürlichen Entwicklung als Abänderungsgrund zu verzichten. Wenn der den Hinweis auf § 323 ZPO. enthaltende Vorbehalt überhaupt einen Inhalt und einen Zweck gehabt haben soll, so kann es nach Lage der Sache nur der gewesen sein, sich gerade diesen Abänderungsgrund vorzubehalten.

(U. v. 26. Nov. 1935, VII 134/35. — Marienwerder.) [N.]

*

****16.** §§ 355, 375, 451, 512, 548 ZPO. Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme. Die strenge und gewissenhafte Durchführung dieses Grundsatzes entspricht allein dem Geiste des heutigen Zivilprozeßverfahrens. Die Nachprüfung, ob dieser Grundsatz verletzt ist, ist jedoch nach § 355 Abs. 2 ZPO. dem RevG. verschlossen. Der Gesetzgeber hat die klare Vorschrift des § 355 nicht beseitigt und im Vertrauen auf eine nunmehr strenge Befolgung des Grundsatzes auch nicht beseitigen wollen, sondern mag ihre Aufrechterhaltung im Interesse einer weiterhin wünschenswerten Vereinfachung des Revisionsverfahrens für angebracht gehalten haben.

Die Rüge der Rev. betrifft die Nichtbefolgung des Grundsatzes der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme und wird damit begründet, daß die eidliche Vernehmung der Kl. vor dem ersuchten Richter stattgefunden habe, obwohl sie ebensogut wie die vorangegangene uneidliche vor dem Prozeßgericht habe erfolgen können. Sie stellt in Abrede, daß einer der Ausnahmefälle gegeben war, in denen eine Abweichung vom Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme im § 375 ZPO. gesetzlich nachgelassen ist, und weist auf die hohe Bedeutung hin, die dem Grundsatz im heutigen Verfahren zukommt.

Schon vor dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Änderung des Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten v. 27. Okt. 1933 (RGBl. I, 780) war der Grundsatz in den §§ 375, 402 ZPO. gesetzlich dadurch zum Ausdruck gekommen, daß die Aufnahme des Zeugen- und Sachverständigenbeweises nur in den in § 375 aufgeführten Ausnahmefällen einem Mitglied des Prozeßgerichts oder einem anderen Gericht übertragen werden konnte. Bei der Anwendung des Gesetzes war er jedoch in weitem Umfange ausgeschaltet worden. Den Weg hierzu hatte mit einer sehr weitgehenden Auslegung die frühere Nr. 2 des § 375 geboten, welche die Übertragung der Beweisaufnahme auf einen beauftragten oder einen ersuchten Richter schon dann gestattete, wenn die Beweisaufnahme vor dem Prozeßgericht erheblichen Schwierigkeiten unterliegen würde. Das Gesetz v. 27. Okt. 1933 hat den Grundsatz jedoch in verstärktem Maße wieder zur Geltung gebracht. Es hat ihn durch § 451 ZPO. auf die neu eingeführte Parteibernahme ausgedehnt und, ohne sachliche Änderung, schon durch veränderte Fassung der Eingangsworte des § 375 besonders eingeschränkt, wonach die Beweisaufnahme in bestimmten Ausnahmefällen vom Prozeßgericht nicht, wie die alte Fassung lautete, übertragen werden kann, sondern, wie es jetzt heißt, nur übertragen werden darf. Vor allem hat das Gesetz aber den vorher zur Ausschaltung dieses Grundsatzes vielfach benutzten Ausnahmefall der früheren Nr. 2 des § 375 beseitigt und nur die übrigen Ausnahmefälle mit einer zum Teil noch eingeschränkteren Fassung

unter den jetzigen Nr. 1—3 aufrechterhalten. Zur Sicherung einer schnellen und wirklich volksnahen Rspr., wie sie das Gesetz v. 27. Okt. 1933 erstrebt, ist der Grundsatz wie kein anderer geeignet. Daher entspricht ohne Zweifel allein seine strenge und gewissenhafte Durchführung dem Geiste des heutigen Verfahrens.

Damit wird es verständlich, wenn im Schrifttum (so z. B. Baumbach in seinem Erläuterungsbuch zur ZPO., 10. Aufl., Anm. 1 zu § 375) Stimmen laut geworden sind, die eine Verletzung des Grundsatzes heute für einen so schweren Rechtsverstoß halten, daß sie, obwohl nach § 355 Abs. 2 ZPO. nicht mit der Beschw. anfechtbar, doch mit der Rev. und der Rev. mißse gerügt werden können. Das Erläuterungsbuch zur ZPO. von Stein-Jonas, 15. Aufl., scheint allerdings in der Anm. III zum § 355 nicht soweit zu gehen, sondern sich lediglich dagegen zu wehren, daß die Vorschrift des § 355 Abs. 2 ZPO. zum Freibrief für eine im Gesetz nicht vorgesehene Form der Beweisaufnahme gemacht wird und es deshalb (vgl. auch das die §§ 58, 64 ArbGG. betr. Urte. des RRbG. v. 22. Nov. 1935, RAG 249/30 [abgedr. in der früheren BenschSamml. 11, 373]) nur für unzulässig und mit Rev. und Rev. anfechtbar zu halten, daß der beauftragte Richter an Gerichtsstelle, d. h. an der Gerichtsstätte des Prozeßgerichts, eine Beweisaufnahme vornimmt. Ob dem zugestimmt werden kann, braucht für den vorl. Fall nicht erörtert zu werden, in welchem die von dem ersuchten Richter außerhalb der Gerichtsstätte und des Sitzes des Prozeßgerichts vorgenommene Beweisaufnahme ohne Zweifel in einer an sich zulässigen Form stattgefunden hat und nur in Frage steht, ob einer der für die Anwendung dieser Form in § 375 Nr. 1—3 ZPO. zugelassenen Ausnahmefälle vorliegt.

Eine Nachprüfung dieser Frage bleibt jedenfalls dem RevG., ebenso wie dem BG., nach wie vor verschlossen. Nach § 355 Abs. 2 findet eine Anfechtung des Beschlusses nicht statt, durch den die eine oder andere Art der Beweisaufnahme, d. h. entweder die Beweisaufnahme vor dem Prozeßgericht oder die durch ein Mitglied des Prozeßgerichts oder ein anderes Gericht, also die durch den beauftragten und den ersuchten Richter, angeordnet wird, und nach § 548 ZPO. unterliegen der Beurteilung des RevG., ebenso wie nach § 512 der des BG., dem Endurteil vorausgegangene Entsch. nur, sofern sie nicht nach den Vorschriften des Gesetzes unanfechtbar sind. Vielleicht hätte es nahegelegen, dem durch Handhabung der Ausnahmebestimmungen des früheren § 375 praktisch fast ausgeschaltet gewesenen, jetzt aber zum Kernpunkt des neuen Verfahrens gemachten Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme durch Aufhebung der Vorschrift des § 355 Abs. 2 ZPO. auch den verfahrensmäßigen Schutz der Rechtsmittel der Rev. und Rev. zu sichern. Der Gesetzgeber hat jedoch die klare Vorschrift des § 355 nicht beseitigt und im Vertrauen auf eine nunmehr strenge Befolgung des Grundsatzes wohl auch nicht beseitigen wollen, sondern mag ihre Aufrechterhaltung im Interesse einer weiterhin ebenfalls wünschenswerten Vereinfachung des Berufungs- und des Revisionsverfahrens für angebracht gehalten haben.

(U. v. 12. Nov. 1935; III 51/35. — Dresden.) [v. B.]

*

17. § 529 Abs. 4 ZPO. Daß die Erhebung der Widerklage in erster Instanz schuldhaft versäumt wurde, ist unerheblich bei Prüfung der Frage, ob die Widerklage in zweiter Instanz sachdienlich sei. Die Sachdienlichkeit der Widerklage kann auch nicht mit der Begr. verneint werden, das Interesse des Klägers an Niedrighaltung der Prozeßkosten werde durch Zulassung der Widerklage verletzt.

Nachdem der Kl. seine Einwilligung nicht gegeben hatte, hing die Zulässigkeit der Widerklage gem. § 529 Abs. 4 ZPO. davon ab, ob das BG. die Geltendmachung des mit der Widerklage verfolgten Anspruchs in dem anhängigen Verfahren für sachdienlich hielt. Das BG. hat die Sachdienlich-

keit verneint und zur Begründung ausgeführt, der Kl. habe mit Vorbedacht die nach seinem Rechtsstandpunkt weiter bestehenden Ansprüche nicht geltend gemacht, um die Kosten gering zu halten und weil eine Klärung der Rechtslage auch in Ansehung der weiteren Ansprüche durch die im vorl. Rechtsstreit begehrte Entsch. zu erwarten sei; mit dieser sachgemäßen und verständigen Erwägung stehe die Erhebung der Widerklage im Widerspruch; überdies würde durch ihre Zulassung dem Kl. ohne hinreichenden Grund insoweit die erste Instanz entzogen, denn die Vekl. seien durch nichts gehindert gewesen, die Widerklage bereits in erster Instanz zu erheben.

Die Rev. macht geltend, das VG. habe den Begriff der Sachdienlichkeit verkannt; es komme dabei nicht auf persönliche Umstände an, so daß der Gesichtspunkt der Kostenersparung ebenso wie derjenige eines Verschuldens der Vekl. durch Nichterhebung der Widerklage in erster Instanz auszuweichen habe; maßgebend bei der Beurteilung der Sachdienlichkeit sei vielmehr der Umstand, daß es bei Zulassung der Widerklage möglich sei, den ganzen Rechtsstreit in einem Verfahren zu erledigen und die Zerstückung des Zusammengehörigen zu vermeiden.

Der Rev. ist beizupflichten, daß, wenn auch grundsätzlich die Zulassung der Widerklage in der Berufungsinstanz — bei Nichteinwilligung des Gegners — im Ermessen des Tatrichters liegt und die Ausübung dieses Ermessens der Nachprüfung des RevG. entzogen ist, so doch die Frage, ob der Tatrichter noch innerhalb der Grenzen des ihm zustehenden Ermessens gehandelt hat, vom RevG. nachgeprüft werden kann (JW. 1935, 2896¹⁹). Die Grenzen seines Ermessens überschreitet das VG., wenn für seine Entsch., die Widerklage nicht zuzulassen, Erwägungen maßgebend waren, die mit der Frage der Sachdienlichkeit nichts zu tun haben. — Im Schrifttum besteht Einhelligkeit der Meinungen darüber, daß der Begriff der Sachdienlichkeit in § 529 Abs. 4 ZPO. — ebenso wie in § 264 ZPO. — im objektiven Sinn verstanden werden muß; sachdienlich ist die Geltendmachung des mit der Widerklage verfolgten Anspruchs im anhängigen Verfahren nach § 529 Abs. 4 ZPO. dann, wenn sie der endgültigen Austräumung des zwischen den Parteien bestehenden materiellen Streitstoffes dient, also einem andernfalls zu gewärtigenden neuen Rechtsstreit vorbeugt (Stein-Jonas, Anm. II 2 zu § 264, Anm. IV 2b zu § 529 ZPO.). Die Wichtigkeit dieser Begriffsbestimmung hat auch der erf. Sen. in JW. 1935, 2896¹⁹ anerkannt. — Mit der Begründung des VG., daß der Kl. ein berechtigtes Interesse daran habe, die Kosten gering zu halten, und daß dieses Interesse des Kl. durch die Zulassung der Widerklage verletzt würde, vermag daher die Sachdienlichkeit der Geltendmachung des mit der Widerklage verfolgten Anspruchs in dem anhängigen Verfahren nicht verneint zu werden. Ebensovienig kann die Erwägung, die Vekl. seien durch nichts gehindert gewesen, die Widerklage bereits in der ersten Instanz zu erheben, als eine zutreffende Begründung angesehen werden; denn die Unterlassung der früheren Erhebung der Widerklage und der darin liegende Gesichtspunkt des Verschuldens ist für die Frage der Sachdienlichkeit der Widerklage unerheblich. — Das VG. glaubt, die Sachdienlichkeit der Widerklage auch noch aus einer weiteren Erwägung heraus verneinen zu sollen, indem es nämlich seiner Überzeugung Ausdruck verleiht, daß im vorl. Rechtsstreit auch schon durch die Entsch. über die vom Kl. gestellten Klageanträge eine Klärung der Rechtslage „auch in Ansehung der weiteren Ansprüche“ zu erwarten sei; das VG. erachtet deshalb die Erhebung der Feststellungswiderklage, daß dem Kl. kein Eigentum an dem Grundstück zustehe, für überflüssig. Es ist der Meinung, daß die zwischen den Parteien streitige Frage des Eigentums an diesem Grundstück schon durch die gerichtliche Entsch. über die vorl. Klage auf Rechnungslegung und auf Auskehrung des Einnahmenüberschusses ihre Erledigung finden werde und daß es zu einem neuen Rechtsstreit der Parteien über das Eigentum an dem Grundstück dann nicht mehr kommen werde. Bei dieser seiner Erwägung hat das VG. aber nicht bedacht, daß bei der vorl. Klage auf Rechnungslegung und Auszahlung des Überschusses infolge ihres niedrigen Streitwerts der unterliegenden Partei

die Anrufung des RevG. nicht möglich ist. Bei Berücksichtigung dieses Umstandes widerspricht es der Lebenserfahrung, wenn das VG. die Erwartung ausspricht, daß die im Streit um den Klageanspruch unterliegende Partei den Streit über das Eigentum an dem Haus, für das i. J. 1905 ein Kaufpreis von 83 000 M bezahlt worden ist, durch diese Entsch. als endgültig erledigt ansehen werde. Es spricht gerade der Umstand, daß die Vekl. die umstrittene Feststellungswiderklage erhoben haben, dafür, daß die Vekl. die über den Klageantrag auf Rechnungslegung und Auskehrung des Überschusses ergehende Entsch. nicht als maßgebend ansehen würden für den Streit um die Eigentumsfrage. Die vom VG. ausgesprochene Erwartung, daß es nicht zu einem neuen Rechtsstreit über das Eigentum an dem Grundstück kommen werde, erscheint sohin als von einer rechtsirrigen Auffassung beeinflusst. Das VG. hat damit die Grenzen des ihm zustehenden Ermessens überschritten.

(U. v. 25. Nov. 1935; IV 199/35. — Hamburg.)

[R.]

Reichsgericht: Strafsachen

****18.** §§ 46 Nr. 1, 250 Abs. 1, 255 StGB. Rücktritt vom nichtbeendigten Versuch des schweren Raubes (der räuberischen Erpressung).

I. Die Rev. bemängelt mit Recht, daß das VG. die gebotene Prüfung unterlassen habe, ob nicht der Angekl. von seiner Tat freiwillig und daher mit strafbefreiender Wirkung zurückgetreten sei.

Der Angekl. hat die Cäcilie K. nachts auf der Straße, nachdem er ihr Fahrradlicht ausgelöscht hatte, mit der einen Hand an der Brust gepackt, mit der anderen das Messer gegen sie gezückt und ihr einige Male zugerufen: „Geld oder das Leben!“ Als sie ihm erklärte, daß sie nur 20 bis 30 Pf. bei sich habe, das Geld auch ihrer Handtasche entnahm und ihm mit den Worten geben wollte: „Mehr habe ich nicht“, hat er die Annahme verweigert und sie schließlich nach Hause gehen lassen.

II. Auf Grund dieses Sachverhalts hat das VG. den Angekl. des versuchten schweren Raubs für schuldig erachtet. Die Urteilsgründe sprechen sich nicht ausdrücklich darüber aus, ob er mit Hilfe seiner Gewaltanwendung und seiner Drohung der K. ihr Geld habe wegnehmen oder sie zu dessen Hergabe nötigen wollen, im letzteren Fall wäre statt einer Verurteilung wegen Raubs eine solche wegen räuberischer Erpressung in Frage gekommen, und zwar auch nur wegen versuchter Erpressung, da der Angekl. es zum Erfolg seiner Nötigungshandlung, nämlich zum Hergeben des Geldes, nicht hat kommen lassen. Dem Urteil im Zusammenhang läßt sich jedoch als Überzeugung des VG. entnehmen, daß er das Geld unter Einwirkung seiner Drohung hat mit Gewalt wegnehmen wollen; insoweit bestehen daher gegen die Verurteilung an sich keine rechtlichen Bedenken.

III. Das VG. hat nun aber darüber, warum der Angekl. seine Tat nicht zu Ende geführt hat, keinerlei Feststellungen getroffen. Sah es sich hierzu außerstande, weil er seine Täterschaft überhaupt geleugnet hat, so wäre es doch verpflichtet gewesen, zu prüfen, welche Auslegungen möglich seien festgestelltes äußeres Verhalten bot, und die sich hieraus ergebenden rechtlichen Schlussfolgerungen zu ziehen. Ausgangspunkt ist, daß — selbst wenn es sich um räuberische Erpressung handeln würde — ein nicht beendigter Versuch vorliegt.

Es lassen sich folgende Möglichkeiten denken:

1. Der Angekl. kann es von Anfang an auf eine größere Summe abgesehen, die Ausführung der beabsichtigten Handlung aber aufgegeben haben, weil er die paar Pfennige für so gut wie wertlos oder doch für zu wenig ansah, als daß er ihretwegen das Mädchen hätte berauben wollen. Dann näherte sich der Fall dem eines fehlgeschlagenen Versuchs. Soweit er von der (ihm möglichen) Wegnahme der 20 bis 30 Pf. ab sah, war dann allerdings sein Entschluß freiwillig. Damit ist aber der Sachverhalt noch nicht erschöpft. Diese

Beurteilung rechtfertigt es noch nicht, nun von einem freiwilligen Rücktritt von der ganzen Tat zu sprechen. Da sich grundsätzlich die Entsch. über die Freiwilligkeit des Rücktritts nach den Vorstellungen und dem Willen des Täters richtet (RGSt. 68, 82), so muß in diesem Fall auch die weitergehende ursprüngliche Absicht des Angekl., eine größere Geldsumme zu erlangen, mitberücksichtigt werden; ihr Fortwirken kann gerade in der Tatsache seinen Ausdruck gefunden haben, daß er die angebotenen paar Pfennige nicht genommen hat. Diese weitergehende Absicht hat er dann nur deshalb nicht ausführen können und nicht ausgeführt, weil das Mädchen eben das, was er erhofft hatte, nicht besaß, also aus einem von seinem Willen unabhängigen Grund. Dann war sein Rücktritt nicht freiwillig (anders in einem ähnlich liegenden Fall RGSt. 55, 66).

2. Hatte sich der Angekl. irgendwelche bestimmten Vorstellungen darüber nicht gemacht, wieviel Geld er von dem Mädchen haben wolle, sondern sich den Entschluß über die Zuendeführung seines verbrecherischen Plans noch bis zu dem Augenblick vorbehalten, in dem er sehen werde, was sie bei sich hatte, und entschloß er sich dann angesichts des geringen Betrags von 20 bis 30 Pf., ihr das Geld zu belassen, so könnte hier vom Boden des geltenden Rechts aus von einem ihn an der Ausführung hindernden, von seinem Willen unabhängigen Umstand nicht gesprochen werden (RGSt. 55, 66, 67), mochte der Angekl. dem Mädchen nun glauben oder nicht glauben, daß dies tatsächlich ihre ganze Barschaft war.

3. Denkbar wäre es auch, daß er etwa insolge des Widerstandes der K. geglaubt hätte, mehr als die ihm hingehaltenen 20 bis 30 Pf. werde er von ihr nicht bekommen, selbst wenn sie noch mehr Geld bei sich haben sollte. Auch dann wäre sein Rücktritt — nach seiner für die Entsch. maßgebenden Vorstellung — nicht freiwillig, ihm also die Vergünstigung des § 46 Nr. 1 StGB. nicht zu gewähren gewesen.

4. Eine (freilich im Hinblick auf den festgestellten Sachverhalt fernliegende) Möglichkeit wäre es endlich auch, daß der Angekl. sein Vorhaben ganz unabhängig von der Höhe der ihm dargebotenen Geldsumme aus anderen Gründen aufgegeben haben könnte, etwa weil ihm die K. leid getan hätte oder weil ihm, als er sie festhielt, ein geschlechtliches Sicheinlassen mit ihr, das er ihr nach Ablehnung des Geldes angezogen zu haben scheint, mehr Anreiz als der zunächst erstrebte Gelderwerb geboten haben könnte.

Sollte das LG. keine sichere Überzeugung davon gewinnen können, welche Vorstellungen und Absichten den Angekl. bestimmt haben, das Geld zurückzuweisen, so wird es seiner Entsch. die dem Angekl. günstigste Möglichkeit zugrunde zu legen haben. Es wird dann jedoch zu prüfen sein, ob nicht der festgestellte äußere Sachverhalt die Verteilung aus einem anderen rechtlichen Gesichtspunkt, etwa dem der Nötigung oder der Bedrohung, zu rechtfertigen vermag.

(1. Sen. v. 29. Nov. 1935; 1 D 873/35.)

(= RGSt. 70, 1.)

*

**19. § 185 StGB. Wer die Ehre einer Frau — sei es auch mit ihrem Einverständnis — antastet, verletzt dadurch zugleich die des Ehemannes. Hierbei macht es keinen Unterschied, ob die Beleidigung in einem Ehebruch mit der Ehefrau oder in einer sonstigen die Ehre der Ehefrau verührenden Kundgebung zu finden ist.

Der Angekl. war mit dem Gastwirt L. und dessen Ehefrau befreundet; er verkehrte viel in deren Wirtschaft. In der Nacht vom 1. zum 2. Dez. 1934 zwischen 12 und 1 Uhr suchte er wiederum die Wirtschaft auf. Der Ehemann L. war abwesend; er besuchte in einem Nachbarort eine Festlichkeit, und es war zu erwarten, daß er nicht vor den Morgenstunden zurückkehren werde. In der Wirtschaft, in der sich noch andere Gäste aufhielten, war neben dem Kellner B. und der Haus-

gehilfin K. die Ehefrau L. mit der Bedienung beschäftigt. Frau L. saß, als der Angekl. eintrat, bei einem der Gäste, mit dem sie mehrere Glas Weinbrand trank; als der Gast gegangen war, trat Frau L. an den Schenkstisch heran, an dem der Angekl. mit einem Bekannten, dem B., der kurz vor ihm die Wirtschaft betreten hatte, zusammenstand und Bier trank. Der Angekl. gab für Frau L. mehrere Glas Weizenkorn aus. Es war davon die Rede, man wolle gemeinschaftlich in dem Wagen des B. noch zu der Festlichkeit fahren, an der der Ehemann L. teilnahm. Dazu wurde es aber zu spät, weil die letzten Gäste erst gegen zwei Uhr die Wirtschaft verließen. Nunmehr schlug der Angekl. vor, noch irgendwohin eine kleine Fahrt zu unternehmen und noch in einer anderen Wirtschaft ein Glas Bier zu trinken. Der Kellner B. machte sowohl der Frau L. als auch dem Angekl. Vorhaltungen und legte ihnen nahe, „sie sollten die Dummheit sein lassen, Frau L. sei doch nicht mehr nüchtern, was denn der Mann dazu sagen werde u. dgl.“. Frau L. erwiderte, B. habe ihr nichts zu sagen, und der Angekl. äußerte, „er nehme die Verantwortung auf sich“. Inzwischen hatte B. seinen Wagen herbeigeholt; auf Aufforderung der Frau L. nahm auch die Hausgehilfin K. an der Fahrt teil. B. fuhr die Gesellschaft von D. nach E.; dort suchte man gemeinsam eine Wirtschaft auf, die noch offen war. Man trank dort Bier, Wermutschnaps und Weinbrand. Frau L. war schon bei Antritt der Fahrt angetrunken oder stark angeheitert gewesen; als man nach etwa 1½ Stunden — gegen 5 Uhr früh — die Wirtschaft verließ, war sie vollkommen betrunken, dergestalt, daß der Angekl. und B. sie zu dem Wagen führen mußten. Gegen 6 Uhr früh kam die Gesellschaft vor dem Hause wieder an, in dem sich die Gastwirtschaft der Eheleute L. befindet. Der Ehemann L., der kurz zuvor erst zurückgekehrt war und zunächst keinen Einlaß gefunden hatte, stand im Gespräch mit einem anderen Bewohner des Hauses, der ihm geöffnet hatte, an der Haustür. Als B. ihn erkannte, blendete er ihn mit dem Scheinwerfer und fuhr davon. Erst nach einiger Zeit kehrte er mit dem Wagen zurück. Man setzte nunmehr die Ehefrau L. und die Hausgehilfin K. ab; alsdann fuhren der Angekl. und B. eilends davon, ehe noch der Ehemann L., der den Wagen vom Fenster seiner Wohnung aus hatte ankommen sehen, die Treppe heruntergekommen war. Als der Ehemann hörte, was vorgefallen war, wurde er sehr zornig und ver setzte seiner Frau und dem Mädchen Ohrfeigen. Alsdann schaffte er mit Hilfe des Mädchens seine Frau in die Wohnung, wo sie erst am nächsten Tage wieder zur Besinnung kam.

Das LG. hat den Angekl. — nachdem sich die ursprüngliche Anklage, die ihm ein Verbrechen gegen § 176 Abs. 1 Nr. 2 StGB. an der bewußtlosen Frau L. zur Last legt, nicht hatte erweisen lassen — der Beleidigung nach § 185 StGB. begangen gegenüber dem Ehemann L., für schuldig erkannt. Es führt dazu aus: „Wenn auch der Angekl. und die Eheleute L. befreundet gewesen seien, so sei es doch eine grobe Ungehörigkeit von ihm gewesen, die Abwesenheit des Ehemanns zu einer derartigen nächtlichen Fahrt mit der schon angeheiterten und leichtsinnig gewordenen Frau auszunützen. Zur Ehre von Ehegatten gehöre es, daß sie nicht nur einander die Treue hielten, sondern auch nach außen hin alles vermieden, was berechtigte Zweifel an ihrer ehelichen Treue hervorrufen könne. Eine Ehefrau, die sich hierüber hinwegsetze, schädige nicht nur ihre eigene Ehre, sondern in der Regel auch die ihres Mannes. Der Kellner B. habe ja auch gleich das richtige Gefühl dafür gehabt, nicht minder der Ehemann L. selbst, der seine Frau beschimpft und geschlagen habe, noch bevor ihm Einzelheiten über die nächtliche Fahrt berichtet worden seien. Er habe in der Hauptverhandlung bestätigt, wie sehr er sich allein schon durch die nächtliche Fahrt des Angekl. mit seiner Frau in seiner Ehre als Ehemann verletzt fühle und gefühlt habe. Besonders nach dem energischen und wiederholten Hinweis B.s auf das Ungehörige seines Vorhabens habe der Angekl. erkennen müssen und auch tatsächlich erkannt, daß der Ehemann mit der nächtlichen Fahrt nicht einverstanden sein werde, und daß er die Frau diesem wie auch Dritten gegenüber in einen schlechten Ruf

bringe. Es lasse sich zwar nicht nachweisen, daß er Frau L. in E. noch weiter zum Trinken veranlaßt habe; er habe aber auch nichts getan, ihre völlige Trunkenheit zu verhindern, obgleich er die Verantwortung für sie übernommen habe“. Der Angekl. sei sich der schweren Ehrenkränkung auch bewußt gewesen, die er dem Ehemann mit und auf dieser unwürdigen und in ihren Einzelheiten widerlichen Fahrt zugefügt habe; er habe auch in der Hauptverhandlung diese Ehrenkränkung eingeräumt, aber angegeben, geglaubt zu haben, der Ehemann würde gegen die Fahrt nichts eingewendet haben.

Mit der Rev. bringt der Angekl. vor: Die Strk. habe den Begriff der Beleidigung verkannt; die Fahrt habe im Einverständnis mit der Ehefrau stattgefunden; schon deshalb entfalle die Möglichkeit, den Angekl. wegen Beleidigung zu verurteilen; außerdem fehle es „an einer Kundgebung der beleidigenden Äußerung gegenüber dem Ehemann oder einem Dritten“; das angef. Ur. lasse auch den Nachweis dafür vermessen, daß der Angekl. mit dem Vorfaß gehandelt habe, „beim Unternehmen dieser Reise gleichzeitig den Ehemann zu beleidigen“; „bei Antritt der Fahrt sei auch keineswegs abzusehen gewesen, wie sie verlaufen würde und ob der Ehemann L. von dieser Fahrt überhaupt jemals etwas erfahren würde“.

Die Rev. kann keinen Erfolg haben.

Es trifft allerdings zu, daß der Angekl. wegen Beleidigung der Ehefrau L. nicht strafbar sein würde, weil sie mit der nächtlichen Fahrt einverstanden gewesen ist. Daß ihre Einwilligung um deswillen nicht in Betracht komme, weil zu der Zeit, als die Fahrt angetreten wurde, bereits ihre freie Willensbestimmung ausgeschlossen gewesen sei, läßt sich nach den Feststellungen der Strk. nicht annehmen. Das hindert aber nicht, in dem Verhalten des Angekl. eine Beleidigung des Ehemannes L. zu finden. Wer die Ehre einer Frau — sei es auch mit ihrem Einverständnis und also insoweit straflos — antastet, verletzt zugleich die des Ehemannes. Diese Auffassung wurzelt in der deutschen Auffassung der Familie. Der Schimpf, den ein Mitglied erleidet, trifft die Gemeinschaft. Ihn abzuwehren, sind die männlichen Familienmitglieder und besonders der Ehemann als das Haupt der Familie berufen. Daß diese Auffassung auch heute noch im deutschen Volke lebt, dafür lassen sich zahlreiche Beweise anführen. Sie hat auch in dem geltenden Strafrecht Ausdruck gefunden insofern, als dort dem Ehemann ein selbständiges, von dem der Ehefrau völlig unabhängiges Recht verliehen wird, Strafantrag zu stellen und Privatklage zu erheben (§ 195 StGB., § 347 StPD.), wenn die Ehefrau beleidigt wird. Dieses Recht erlischt auch nicht, wenn die Ehefrau stirbt, bevor der Ehemann den Antrag gestellt hat (RGSt. 1, 29; 13, 115), oder wenn die Frau aus einem anderen Grunde selbst keinen Antrag mehr stellen kann. Es kann nach richtiger Auffassung auch nicht dadurch beeinflusst werden, daß die Ehefrau in die Beleidigung eingewilligt und sich dadurch des eigenen Strafantragsrechtes begeben hat. Alles das beruht auf der Auffassung, daß in der Ehefrau der Ehemann selbst beleidigt wird.

Nun haben sich allerdings Rspr. und Rechtswissenschaft unter der Einwirkung von Gedankengängen, die die Einzelperson in den Vordergrund rücken, von dieser Auffassung zeitweise bis zu einem gewissen Grade entfernt. Nach ihnen soll die „mittelbare Beleidigung“ des gemeinen Strafrechts in das geltende StGB. nicht übernommen worden sein; die Vorschriften der §§ 185 ff. StGB. sollen nur die Ehre der Einzelperson, nicht aber die „Familienehre“ schützen (vgl. aus der Rspr. des RG.: GoldArch. 48, 441; 57, 209; RGUr. vom 30. Dez. 1908, 2 D 851/08; v. 1. Juli 1912, 1 D 488/12 = JW. 1912, 934¹², und v. 4. Jan. 1923, 2 D 640/22).

Es kann dahingestellt bleiben, ob diese Rspr. mit den neueren Rechtsanschauungen noch vereinbar ist, nach denen maßgebende Rechtsquelle die Rechtsüberzeugung des Volkes und das Gesetz nur deren zeitbedingter und nie ganz vollkommener Ausdruck ist. Für die Frage, ob der Ehemann beleidigt wird, wenn ein Außenstehender die Ehre der Frau — sei es auch mit deren Einwilligung — antastet, hat sie niemals allgemeine Geltung gehabt. Auch unter der Herrschaft

des geltenden StGB. ist immer anerkannt worden, daß der Ehebrecher durch den Ehebruch in der Regel — d. h. wenn nicht besondere Umstände des Einzelfalles eine derartige Annahme ausschließen — zugleich die Ehre des Ehemannes verletzt, ihn i. S. des § 185 StGB. beleidigt (vgl. z. B. GoldArch. 49, 324; 63, 469; RGSt. 65, 1; DW. Dresden: SächsRpflArch. 1913, 448). Schon in der Entsch. RGSt. 65, 1 hat das RG. als Grund für diese Annahme angeführt, daß sie in der Volksanschauung wurzle, die in einer derartigen Handlung eine gegen den Mann gerichtete Ehrenkränkung sehe.

Geht man hiervon aus, so kann es keinen Unterschied begründen, ob der gute Ruf der Ehefrau durch einen Ehebruch oder durch eine andere Handlung beeinträchtigt wird; auch § 196 StGB. macht in dieser Richtung keinen Unterschied. Das hat der erste StrSen. des RG. in der Entsch. v. 1. Juli 1912, 1 D 488/12 (= JW. 1912, 934¹²) nicht genügend berücksichtigt, in der er eine Äußerung, durch die sich ein anderer Mann des Ehebruchs mit einer verheirateten Frau, noch dazu in Gegenwart des Ehemannes, gerühmt hatte, als nicht für den Ehemann beleidigend angesehen hat. Jene Entsch. setzt sich in Widerspruch mit der Auffassung, die das RG. in den anderen erwähnten Entsch. offenbart hat. Der jetzt erkennende Sen. vermag keinen Unterschied darin zu finden, ob die Beleidigung in einem Ehebruch mit der Ehefrau oder in einer sonstigen die Ehre der Ehefrau berührenden Kundgebung zu finden ist. Er befindet sich damit auch in Übereinstimmung mit dem kommenden Recht. Es ist geplant, in dem neuen StGB., an dessen Vorbereitung zur Zeit gearbeitet wird, ausdrücklich zu bestimmen, daß eine Ehrenkränkung der Ehefrau auch den Ehemann trifft. Damit soll anerkannt werden, daß der Ehemann als Haupt der Familie unmittelbar betroffen wird, wenn ein anderer die Ehre der Frau antastet (Gürtner, Das kommende deutsche Strafrecht, Besonderer Teil S. 286). Für die Frage, ob der Ehemann in seiner Ehre gekränkt wird, ist es aber belanglos, daß die gegen die Frau gerichtete Ehrenkränkung um deswillen straflos bleibt, weil die Frau eingewilligt hat.

Hiernach hat die Strk. im gegenwärtigen Falle den Angekl. mit Recht wegen Beleidigung des Ehemannes L. verurteilt. Daß durch seine Handlung der gute Ruf der Ehefrau L. verletzt worden ist, hat die Strk. ausdrücklich festgestellt. Sie hat auch angenommen, daß der Angekl. das erkannt hat. Damit hat der Angekl. zugleich die Ehre des Ehemannes angegriffen, der als Haupt der Familie durch sie ohne weiteres mit betroffen wird. Es fehlt auch nicht an einer Bekundung der Mißachtung des Ehemannes. Dazu hätte schon genügt, daß sein Anjinnen nur der Ehefrau gegenüber Ausdruck gefunden hätte; bei der Beleidigung des Ehemannes, die durch Ehebruch mit der Frau begangen wird, wird es regelmäßig so liegen, daß sich die Mißachtung des Ehemannes gerade nur in dem Verhalten der Frau gegenüber kundtut. Im gegenwärtigen Falle kommen aber noch weitere Personen in Betracht, die von dieser Kundgebung der Mißachtung mit Wissen und Willen des Angekl. Kenntnis erlangt haben, der Kellner B. und die beiden Begleiter auf der nächtlichen Fahrt, möglicherweise auch noch andere Personen. Ob die Kundgebung zur Kenntnis des Ehemannes gelangen sollte, ob der Angekl. auch nur damit gerechnet hat, der Ehemann könne Kenntnis von dieser Kundgebung erlangen, ist für die Frage, ob eine Beleidigung vorliegt, rechtlich belanglos. Das Einverständnis der Ehefrau schließt, wie ausgeführt, nicht aus, daß jedenfalls der Ehemann beleidigt und die gegen ihn gerichtete Beleidigung strafbar ist. Daß sich der Angekl. bewußt gewesen ist, mit seiner Handlungsweise Mißachtung des Ehemannes zu bezeugen, ihn also zu beleidigen, hat die Strk. ausdrücklich festgestellt. Seine Einwilligung, er habe das Einverständnis des Ehemannes angenommen, hat die Strk. ihm nicht geglaubt. Der Tatbestand der Beleidigung ist also sowohl nach der äußeren als auch nach der inneren Tatseite bedenkenfrei nachgewiesen.

(3. Sen. v. 13. Febr. 1936; 3 D 710/35.)

*

20. §§ 239, 240 R.D. An dem Rechtsfak, daß die Zahlungseinstellung oder die Konkursöffnung mehrere an sich in Tateinheit stehende Bankerott-handlungen zu einer Handlungseinheit vereiniget, ist auch nach dem 1. Sept. 1935 festzuhalten.

(Nach der bisherigen Rspr. des RG. werden die einzelnen Bankerott-handlungen, die zu derselben Konkursöffnung in Beziehung stehen, zu einer rechtlichen Einheit verbunden; vgl. RGSt. 66, 268, 269; S. 88, 91; 64, 42, 43 in Verbindung insbes. mit RG Rspr. 5, 52, 53 f.). An dieser Rspr. hat der 5. Sen. des RG. auch seit dem 1. Sept. 1935 in seinen Entsch. v. 28. Okt. 1935, 5 D 444/35, und vom 11. Nov. 1935, 5 D 666/35, festgehalten. Davon im vorl. Falle abzuweichen, besteht für den 1. Sen., zumal im Hinblick auf die im Fluß begriffene Gesetzgebung, um so weniger Anlaß, als neben dem 5. Str.Sen. auch noch zwei andere Str.Sen. an der bisherigen Rspr. festhalten zu wollen erklärt haben. Der Senat sieht bei der Lage des Falles auch keinen Anlaß, eine Entsch. der Großen Str.Sen. herbeizuführen.

(1. Sen. v. 20. Dez 1935; 1 D 561/34.)

*
**21. §§ 246, 351, 263, 267, 268 Abs. 1 Nr. 1, 270 StGB.

1. Unterschlagung und Betrug: Eine Tat hört nicht deshalb auf Unterschlagung zu sein, weil die Kundgabe des Zueignungswillens und die darin liegende Verwirklichung der Zueignungsabsicht zugleich eine auf Irreführung gerichtete Täuschungshandlung enthält. Bei der schweren Amtsunterschlagung i. S. des § 351 z. B. gehört es gerade zum Begriff, daß der Täter ein Täuschungsmittel anwendet, um sich im ungeklärten Besitz der bereits unterschlagenen Sache zu erhalten oder — was rechtlich gleichgeachtet wird —, um eine erst beabsichtigte Unterschlagung einer schon in seinem Gewahrsam befindlichen Sache zu ermöglichen.

2. § 270 ist, soweit das Fälschen und Gebrauchmachen von verschiedenen Personen verwirklicht wird, nur dann anwendbar, wenn der Fälschende und Gebrauchmachende nicht einverständlich handeln oder wenn in der Person des Fälschenden oder in seiner Fälschungshandlung irgendein äußeres oder inneres Tatbestandsmerkmal des § 267 fehlt. Begehen dagegen mehrere eine Urkundenfälschung gemeinschaftlich in der Art, daß beide von vornherein einverständlich und in rechtswidriger Absicht handeln und der eine fälscht, der andere Gebrauch macht, so sind sie beide einer in Mittäterschaft nach § 267 verübten Urkundenfälschung schuldig; für die Anwendung des § 270 ist in diesem Falle kein Raum mehr.

3. Eine Rechtspflicht des Täters zur Vorlegung der Urkunde nimmt der in Erfüllung dieser Rechtspflicht bewirkten Vorlegung nicht den Charakter des Gebrauchmachens.

1. Zur Verurteilung wegen schwerer Amtsunterschlagung in Tateinheit mit Betrug:

B. hatte die Gerichtsvollzieherei D. beauftragt, ein Räumungsurteil gegen einen seiner Mieter zu vollstrecken und dafür einen Vorschuß von 50 RM an die Kasse der Gerichtsvollzieherei eingezahlt. Die Räumung hatte der Angekl. als Außengerichtsvollzieher durchzuführen; er ließ sich aus der Kasse der Gerichtsvollzieherei einen Vorschuß von 20 RM zur Bezahlung an die von ihm zur Durchführung der Räumung hinzugezogenen drei Leute geben und zahlte an diese insgesamt 16 RM aus. Er hatte aber „beschlossen, von dem Vorschuß des B. einen Betrag von 6 RM für sich zu erlangen“, ersichtlich zu diesem Zweck von dem

einen der drei Arbeitsleute, der nur 6 RM für seine Dienstleistung verlangt und auch nur diesen Betrag von dem Angekl. erhalten hatte, eine Quittung über 12 RM und legte diese dem mit der Kassenführung betrauten Innengerichtsvollzieher P. vor, der daraufhin die Abrechnung aufstellte und darin einen Betrag von insgesamt 22 RM als Auslagen einsetzte; der Angekl. konnte so die restlichen 4 RM für sich behalten und erhielt von P. noch weitere 2 RM aus der Kasse der Gerichtsvollzieherei ausbezahlt.

Die Einbehaltung der 4 RM würdigte die Strk. als eine schwere Amtsunterschlagung, die Erlangung der 2 RM als einen — in Tateinheit damit verübten — Betrug; das ist im Ergebnis gerechtfertigt.

Was zunächst die 2 RM bar betrifft, so kann kein Zweifel darüber aufkommen, daß insoweit der Tatbestand des Betrugs und nur dieser erfüllt ist. Denn der Angekl. hat den Gerichtsvollzieher P. durch täuschende Nachschafften dazu bestimmt, über einen Vermögenswert zu verfügen, indem P. diese 2 RM der Kasse der Gerichtsvollzieherei entnahm und dem Angekl. zu Eigenbesitz und Eigentum übergab, um so einen vermeintlichen Anspruch des Angekl. auf Ersatz von Auslagen in dieser Höhe zu erfüllen. Rechtlich unzutreffend ist lediglich die Auffassung der Strk., daß dadurch der Auftraggeber B. in seinem Vermögen beschädigt worden sei. In Wirklichkeit ist der Staat geschädigt worden. Denn der von B. geleistete Vorschuß von 50 RM war durch die Einzahlung in die staatliche Gerichtsvollziehereikasse des AG. D. Eigentum des Staates geworden, und B. hatte nach wie vor gegen die Gerichtsvollziehereikasse den Anspruch auf Rückzahlung des in Wahrheit für ihn nicht verbrauchten Vorschußteiles; der Staat dagegen hat durch den Gerichtsvollzieher P. als sein hierzu berufenes Organ an den Angekl. 2 RM gezahlt, ohne dadurch dem B. gegenüber das Recht zu erlangen, diesen Betrag von seinem Vorschuß abzuziehen zu dürfen. Indessen läßt dieser Rechtsirrtum der Strk. im Schuldspruch die zutreffende Annahme des Betrugs selbst dann unberührt, wenn auch der Angekl. der Meinung gewesen sein sollte, er schädige nicht den Staat, sondern den Auftraggeber B.; denn solchenfalls würde es sich nur um einen belanglosen Irrtum des Täters über den Angriffsgegenstand handeln. In diesen 2 RM konnte der Angekl. auch keine Unterschlagung mehr begehen; denn er hatte ihren Eigenbesitz durch eine Straftat erlangt, die ihm absichtsgemäß die Verfügungsmöglichkeit über diese Sache verschaffte, und wenn er nun tatsächlich zu seinen Gunsten darüber verfügte, so war das lediglich die Ausnutzung der durch die Straftat — den Betrug — geschaffenen Lage.

Was dagegen die Einbehaltung der 4 RM anlangt, so könnte die — hier für das Strafmaß sehr bedeutsame — Frage aufgeworfen werden, ob nicht auch darin lediglich ein Betrug zu finden sei, zumal da die Strk. zur Begründung ihrer Annahme von Tateinheit ausführt, es handle sich „um einen tatsächlichen Vorgang, bei dem der Täter von dem einheitlichen Willen auf Erlangung von 6 RM geleitet war“. Indessen ist diese Frage zu verneinen. Denn an diesen 4 RM hatte der Angekl. den Gewahrsam ohne jede Straftat erlangt, nämlich dadurch, daß ihm die Gerichtsvollziehereikasse die 20 RM ordnungsmäßig zum Zwecke der Bezahlung an die zur Räumung hinzugezogenen Arbeitsleute übergab. Diese 20 RM hatte der Angekl., wie die Strk. zutreffend annimmt, auch in amtlicher Eigenschaft empfangen. Seine Absicht, die nicht verbrauchten und noch in seinem Gewahrsam befindlichen 4 RM sich rechtswidrig zuzueignen, hat der Angekl. durch eine nach außen hin erkennbare Zueignungshandlung dadurch verwirklicht, daß er dem Gerichtsvollzieher P., dem er über seine Auslagen Rechenschaft zu legen hatte, unter Vorlegung der falschen Quittung vorgab, er habe den vollen Betrag von 20 RM verbraucht, und so den Besitz der 4 RM dem Berechtigten gegenüber ableugnete. Damit war der volle Tatbestand der Unterschlagung verwirklicht. Nebenbei bemerkt, macht es rechtlich auch keinen Unterschied, ob die 4 RM noch dieselben, ehedem aus der Kasse empfangenen Geldstücke waren oder ob etwa der Angekl. sie beim Auszahlen der Löhne an die Arbeitsleute durch Umtauschen er-

halten hatte; denn auch in letzterem Falle hatte er die Geldstücke als Vertreter des Staates für diesen — also als dessen Eigentum — und in amtlicher Eigenschaft empfangen. Nun liegt allerdings eine Besonderheit des vorl. Falles darin, daß die Kundgabe des Zueignungswillens und die darin liegende Verwirklichung der Zueignungsabsicht zugleich auch eine auf Irreführung des B. gerichtete Täuschungshandlung enthielt, wie sie an sich dem Tatbestande des Betruges wesenseigen ist. Gleichwohl bleibt die Tat des Angekl. Unterschlagung. Denn einmal hatte er — wie schon erörtert — bereits den Gewahrsam an diesen 4 RM ohne jede strafbare Betätigung erlangt, und zum anderen gehört es gerade zum Begriffe der schweren Amtsunterschlagung i. S. des § 351 StGB., daß der Täter eines der dort im einzelnen aufgeführten Mittel anwendet, das dazu bestimmt ist, die vorgesezte Behörde oder den Prüfungsbeamten zu täuschen und irrezuführen, und daß er ein solches Täuschungsmittel gerade zu dem Zwecke anwendet, um sich in ungestörten Besitz der bereits unterschlagenen Sache zu erhalten oder aber auch — was rechtlich gleichgeachtet wird —, um eine von ihm erst beabsichtigte Unterschlagung einer schon in seinem Gewahrsam befindlichen Sache zu ermöglichen. Gelingt dem Täter die Irreführung nicht, so läßt das eine schon vorher eingetretene Vollenbung der Amtsunterschlagung unberührt; gelingt sie ihm, so kann dies die vorher bereits im vollen Tatbestande verwirklichte Amtsunterschlagung nicht nachträglich zu einem bloßen Betruge umwandeln.

Auch im übrigen ist der Tatbestand der schweren Amtsunterschlagung nachgewiesen; insbes. fällt die Vorlegung unrichtiger Belege auch dann unter § 351 StGB., wenn ein anderer Beamter die Register oder Bücher zu führen hat, zu denen die Belege zu nehmen sind (RGSt. 67, 195).

Gerade darin aber, daß die dem Gerichtsvollzieher B. gegenüber verübte Täuschungshandlung (Vorlegung der inhaltlich unrichtigen Quittung) in einem und demselben Tätigkeitsakte eine Ausführungshandlung des Betruges in Bezug auf die 2 RM und die Verwirklichung eines erschwerenden Datumstandes i. S. des § 351 StGB. in bezug auf die 4 RM in sich schloß, liegt hier die Annahme von Tateinheit i. S. des § 73 StGB. zwischen schwerer Amtsunterschlagung und Betrug rechtlich begründet; denn die strafbaren Betätigungen eines einheitlichen Willens fallen hier zu einem bestimmten Teil der Tätigkeit dergestalt zusammen, daß dieser Teil zeitlich und inhaltlich den Tatbeständen der mehreren als verlegt in Betracht kommenden Strafgesetze angehört.

Nach alledem besteht die Verurteilung im Schuldspruche zu Recht.

2. Zur Verurteilung wegen Verbrechens nach § 270 StGB.

Nach den Feststellungen des Urteils hat der Beschw. in zwei Fällen bei Vollstreckungshandlungen den Mitangekl. B. zur Dienstleistung gegen Entgelt zugezogen und ihn über den empfangenen Lohn in den Gerichtsvollzieherakten quittieren lassen. Da B. befürchtete, dieser Nebenverdienst würde zu einer Kürzung seiner Krisenunterstützung führen, unterzeichnete er die Quittungen nicht mit seinem Namen, sondern mit „Ernst Sch.“, um zu verhüten, daß der Nebenverdienst etwa dem Arbeitsamt aus den Gerichtsvollzieherakten bekannt werde. Vor den Pfändungen hatte B. mit dem Beschw. „über seine Absicht, eine falsche Unterschrift abzugeben, gesprochen, und dieser hat sich damit einverstanden erklärt“, B. hatte dem Beschw. „seine Gedankengänge und die Art der Ausführung vorher genau mitgeteilt“, und der Beschw. „meinte darauf, es werde nicht so schlimm sein“. Der Beschw. gab dann die Gerichtsvollzieherakten, wissend, daß die darin enthaltenen Quittungen von B. gefälscht waren, bei dem AG. in den ordnungsmäßigen Geschäftsgang, und zwar, wie die Strk. ausdrücklich bemerkt, „in der Absicht, dem B. den Vermögensvorteil des Bezugs der ungekürzten Unterstützung zu erhalten“.

Die Strk. hat den B. wegen zweier Verbrechen der schweren Urkundenfälschung nach §§ 267, 268 Abs. 1 Nr. 1 StGB., je in Tateinheit mit Betrugsversuch stehend, verurteilt, den Beschw. wegen zweier „Verbrechen nach § 270

StGB.“. Letzteres beruht auf einer Verkenennung der genannten Vorschrift. Denn § 270 ist — soweit das Fälschen und das Gebrauchmachen von verschiedenen Personen verwirklicht wird — nur dann anwendbar, wenn der Fälschende und der Gebrauchmachende nicht einverständlich handeln oder wenn in der Person des Fälschenden oder in seiner Fälschungshandlung irgendein äußeres oder inneres Tatbestandsmerkmal des § 267 StGB. fehlt. Gerade um die Lücke zu schließen, die solchenfalls die Anwendung des § 267 StGB. auf den von der Urkunde Gebrauchmachenden verhindern könnte, hat der Gesetzgeber die Vorschrift des § 270 StGB. geschaffen. Wenn aber mehrere gemeinschaftlich eine Urkundenfälschung in der Art begehen, daß beide von vornherein einverständlich und in rechtswidriger Absicht handeln und der eine fälscht, der andere Gebrauch macht, so sind sie beide einer in Mittäterschaft verübten Urkundenfälschung nach § 267 StGB. schuldig, und für die Anwendung des § 270 ist dann kein Anlaß und kein Raum mehr. Eine andere Rechtsauffassung liegt auch nicht der Entsch. RGSt. 42, 6 zugrunde; denn in dem dort beurteilten Falle war Einverständlichkeit des Handelns der beiden Täter nicht schon beim Fälschen der Urkunde vorhanden, sondern erst beim Gebrauchmachen von der Urkunde (vgl. a. a. D. S. 9 oben). Die erörterten Voraussetzungen zur Anwendung des § 267 StGB. auch auf den Beschw. liegen vor, da ja die Strk. bei B. und bei dem Beschw. von Anfang an gegenseitiges Einverständnis und Wissen und Wollen um das Tun des anderen und bei jedem von beiden auch Eigentätewillen festgestellt hat. Zu ihrer rechtsirrigem Auffassung ist die Strk. augenscheinlich deshalb gekommen, weil sie bei B. ein vollendetes Gebrauchmachen i. S. des § 267 StGB. schon darin sieht, daß dieser „die Gerichtsvollzieherakten, in denen sich die gefälschten Quittungen befanden, dem Beschw. auszuhändigte oder in dessen Wohnung zur Empfangnahme seitens des Beschw. liegen ließ“. In Wahrheit ist das Gebrauchmachen auch bei B. erst dadurch verwirklicht worden, daß der Beschw. — der ja über die Echtheit der Quittung nicht getäuscht, sondern als die von B. eingeweihte Mittelsperson tätig werden sollte und wurde — die Akten an das AG. d. z. Täuschungszwecken weitergab. Damit aber, daß diese Weitergabe der Akten auch in der Person des Beschw. noch eine unmittelbare Ausführungshandlung der von ihm und B. in Mittäterschaft verübten schweren Urkundenfälschung nach §§ 267, 268 Abs. 1 Nr. 1 StGB. ist, erledigt sich von selbst der Einwand der Rev., es könne in dem Tun des Beschw. höchstens eine straflose Begünstigung seines Schwagers B. i. S. des § 257 Abs. 1 und 2 StGB. gefunden werden.

Was nun das Gebrauchmachen durch den Beschw. betrifft, so weist der vorl. Fall die Eigenart auf, daß der Beschw. kraft seiner Dienstvorschriften als Gerichtsvollzieher die Rechtspflicht hatte, die Gerichtsvollzieherakten an das AG. D. weiterzugeben, eine Rechtspflicht, die sogar durch die Strafdrohung des § 348 Abs. 2 StGB. unter besonderen strafrechtlichen Schutz gestellt ist. Daraus glaubt die Rev. den Schluß ziehen zu können, daß die Erfüllung dieser Rechtspflicht kein „Gebrauchmachen“ i. S. des Strafgesetzes darstellen könne. Diese Auffassung trifft jedoch nicht zu. In RGSt. 3, 168 hat das RG. in einem Falle, wo der Täter die von ihm verfälschte Urkunde erst kraft seiner gesetzlichen Vorlegungspflicht im Rechtsstreit (§§ 422 ff. ZPO.) dem Gericht übergeben hatte, ausgesprochen, es sei „unerheblich, ob er freiwillig oder zur Genügung der Evidenzpflicht vorgelegt hat, nachdem festgestellt ist, daß er mit der Übergabe hat täuschen wollen“ (vgl. auch RGSt. 52, 88). In RGSt. 22, 90 handelte es sich darum, daß der Angekl. eine Brauanzeige, die nach den Bestimmungen des damaligen BrausteuerG. zur Einsicht des Steuerbeamten in der Brauerei bereitzulegen mußte, fälschte und dem prüfenden Beamten vorlegte. Diese Entsch. erklärt es für „durchaus einflußlos, ob der Angekl. diejenige Tätigkeit, in der das Gebrauchmachen gefunden, aus in bestehenden Vorschriften liegenden Gründen auch dann hätte vornehmen müssen, wenn in der Urkunde eine Fälschung nicht begangen wäre“. Im Anschluß daran

hat das RG. dort weiter ausgeführt: „Das Gesetz stellt einen derartigen Unterschied nicht auf, konnte ihn auch nicht aufstellen, da sonst in allen Fällen, in denen der Revisor die Herausgabe oder Vorlegung der zu revidierenden Urkunden gefällig verlangen kann, die in den Urkunden vorgenommenen Fälschungen unbefristet bleiben müßten, eine Folgerung, die einen geordneten Rechtszustand geradehin beseitigen müßte“. Damit ist ein über den damaligen Fall hinausreichender allgemeiner Rechtsgrundsatz ausgesprochen, der gerade nach dem heutigen Rechtsempfinden des Volkes erhöhte Bedeutung beanspruchen muß. Hiernach ist eine Rechtspflicht des Täters zur Vorlegung der Urkunde, gleichviel auf welchem Rechtsgrunde sie beruhen mag, nicht geeignet, der in Erfüllung dieser Pflicht geschehenen Vorlegung den Charakter des „Gebrauchsmachens“ i. S. des Gesetzes zu nehmen. Vorliegendenfalls wäre der Beschw. von Anfang an in der Lage und geradezu rechtlich verpflichtet gewesen, darauf hinzuwirken, daß in den von ihm vorzulegenden Akten sich keine gefälschten Urkunden befanden. Daß er eine solche besondere Amtspflicht verletzte, kann ihn nicht entlasten, sondern sein Tun nur noch strafwürdiger erscheinen lassen. So hat denn auch die Strk. mit Recht als strafschärfend den Umstand verwertet, daß der Angekl. die Urkundenfälschungen „in Ausübung seines Amtes“ begangen hat.

(4. Sen. v. 13. Dez. 1935; 4 D 1008/35.)

(= RGSt. 70, 12.)

*

22. § 266 Abs. 1 Nr. 2 StGB. a. F. Untreue eines Gerichtsvollziehers, der pflichtwidrig Vollstreckungsmaßnahmen, die durchführbar und geboten erscheinen, unterläßt.

Die Möglichkeit, daß sämtliche Gläubiger D.s „nach und nach“ zu ihrem Gelde gekommen sind, schließt nicht aus, daß ihnen, zum mindesten aber einigen von ihnen, durch die Maßnahmen des Angekl., des Obergerichtsvollziehers Du., Vermögensnachteile erwachsen sind. Eine solche Wirkung könnte schon dadurch eingetreten sein, daß die Gläubiger D.s allenthalben später und nicht in der Reihenfolge befriedigt worden sind, wie es bei ordnungsgemäßer Durchführung der Vollstreckungsaufträge der Fall gewesen wäre. Das LG. hat diesen Gesichtspunkt offenbar unberücksichtigt gelassen, weil es der Darstellung Du.s gefolgt ist, daß seine Pfändungsversuche in der Wohnung D.s stets erfolglos ausgefallen seien, insbes. die Suaheli-Marken nicht zutage gefördert hätten. Es hat aber verkannt, daß damit die gesetzlichen Vollstreckungsmöglichkeiten noch nicht erschöpft waren. Vollstreckungshandlungen können auch außerhalb der Wohnung des Schuldners vorgenommen werden. Sie können sogar zur Nachtzeit vorgenommen werden, wenn hierzu die Erlaubnis des zuständigen Amtsrichters eingeholt wird (vgl. § 761 ZPO.). Der Gerichtsvollzieher ist verpflichtet, diese Möglichkeiten im Interesse der Partei, deren Geschäfte er zu führen hat, wahrzunehmen, und handelt pflichtwidrig, wenn er Vollstreckungsmaßnahmen unterläßt, die durchführbar und geboten erscheinen. Das folgt aus dem durch den Vollstreckungsauftrag begründeten Treueverhältnis und aus der in ihm beruhenden tatsächlichen Vertretungsmacht des Gerichtsvollziehers (RGSt. 65, 277). Gegenstand der Vertretungsmacht waren im vorl. Falle die in den vollstreckbaren Titeln für die Gläubiger sich verkörpernden individuellen Vollstreckungsansprüche, die zu verwirklichen Du. bestellt war (RGSt. 61, 228). Es erscheint nicht ausgeschlossen, daß sich diese Ansprüche hätten verwirklichen lassen, wenn Du. seine Auftraggeber jeweils davon unterrichtet hätte, daß ihm D. die Suaheli-Marken, nach denen er dessen Wohnung wiederholt durchsucht haben will, bei privaten Zusammenkünften zum Kauf angeboten hat. Nach den Urteilsausführungen ist das gerade in der Zeit geschehen, als verschiedene Pfändungsaufträge gegen D. vorlagen. Es liegt die Annahme nahe, daß sich diese Vollstreckungsgläubiger mit den fruchtlosen Pfändungsversuchen Du.s nicht abgefunden, sondern die Erlaubnis zu weiteren Pfändungsmaßnahmen gem. § 761 ZPO. erwirkt hätten. Aber auch Du. selbst

hätte diese Erlaubnis einholen können und müssen (vgl. Stein-Jonas, Anm. I zu § 761 ZPO.). Dann wäre annehmbar die Pfändung der noch im Besitze D.s befindlichen Marken geglückt und es wäre nur noch zu prüfen gewesen, zu welchem Ergebnisse die Verwertung der Pfandobjekte voraussichtlich geführt haben würde. Zu diesem Zwecke hätte das LG. im Hinblick auf § 804 ZPO. unterzuchen müssen, welche Pfändungsansprüche damals bestanden und wie diese Ansprüche der Zeit und dem Umfange nach aus dem Versteigerungserlöse voraussichtlich hätten befriedigt werden können und müssen. Ergab diese Prüfung, daß die Gläubiger D.s allenthalben oder wenigstens teilweise früher zu ihrem Gelde gekommen wären, als es tatsächlich der Fall gewesen ist, so hätte der Annahme nichts entgegenstanden, daß der Angekl., indem er die ihm obliegenden Pflichten zu erfüllen unterließ und dadurch die Vollstreckungsansprüche der Gläubiger vereitelte, über Vermögensstücke seiner Auftraggeber zu deren Nachteil verfügt hat. Der Tatsache, daß er dafür Sorge getragen hat, daß die Gläubiger D.s „nach und nach“ doch noch befriedigt wurden, würde dann lediglich die Bedeutung einer nachträglichen Schadensausgleichung zukommen. Nach alledem ist der äußere Tatbestand eines Vergehens nach § 266 Abs. 1 Ziff. 2 StGB. nicht rechtsirrtumsfrei verneint und daher der Freispruch Du.s von der Anklage der vollendeten Untreue nicht ausreichend begründet.

Zum inneren Tatbestand dieser Vergehen wird die künftige Verhandlung bemerkt, daß hierzu bedingter Vorsatz genügt. Der Täter muß wenigstens mit der Möglichkeit gerechnet haben, daß sein Tun das Vermögen seiner Auftraggeber schädigen werde, und er muß die Tat trotzdem gewollt haben. Soweit dieser Annahme der Einwand Du.s entgegenstehen sollte, daß die Versteigerung der Suaheli-Marken im Vollstreckungsverfahren nur zu deren Verschleuderung geführt haben würde und daher das von ihm gewählte Verfahren empfehlenswert gewesen sei, wird auf die Möglichkeit eines freihändigen Verkaufes hingewiesen, die jedem Gerichtsvollzieher unzweifelhaft bekannt ist (§ 825 ZPO.).

(5. Sen. v. 16. Dez. 1935; 5 D 769/35.)

*

23. § 266 Abs. 1 Nr. 2 StGB. a. F. Der innere Tatbestand der Untreue kann nicht schon um deswillen verneint werden, weil der Täter zur Ersatzleistung entschlossen und auch jederzeit in der Lage war. Auf den Mangel des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit kann sich der Täter vielmehr nur dann berufen, wenn er auf Grund seines Ersatzwillens und seiner jederzeitigen Ersatzfähigkeit das Einverständnis des Betroffenen mit der benachteiligenden Verfügung voraussetzen durfte.

Der Angekl. hat als Vorsitzender der Städtischen Sparkasse in Sch. dem Kaufmann S. in Sch. eigenmächtig bei dieser städt. Sparkasse einen bis auf 20 000 RM angewachsenen Kontokorrentkredit eingeräumt, obwohl er wußte, daß S. bei Gewährung des Kredits zahlungsunfähig war. Das LG. hat in diesem Falle den inneren Tatbestand der Untreue verneint.

Hier kann der äußere Tatbestand der Untreue i. S. des § 266 Abs. 1 Nr. 2 StGB. erfüllt gewesen sein. Der Angekl. hat als Vorsitzender der städt. Sparkasse durch Einräumung des Kredits an S. in Verbindung mit der daraufhin erfolgten Darlehenshingabe als Bevollmächtigter der Sparkasse über deren Vermögensstücke verfügt (vgl. RGSt. 61, 1, 2, 4 und RGLrt. v. 3. April 1928, 1 D 176/28). Er hat auch zum Nachteil der Sparkasse gehandelt, wenn er den Kredit ohne die erforderlichen Sicherheiten an einen zahlungsunfähigen Schuldner bewilligt hat. Es hätte daher vom LG. festgestellt werden müssen, ob der Angekl. zur Sicherheit dieses Kredites außer der Hypothek auf dem S. schen Grundstücke in Höhe von 5000 RM auch eine eigene Hypothek von 20 000 RM bei Eröffnung des Kredites wirksam hingegeben hat und ob ihm bewußt gewesen ist, daß

die Hypothek auf dem S.ſchen Grundstücke nur einen inneren Wert von 1500 RM gehabt hat. Nur auf Grund dieser Feststellungen war die Frage zu beantworten, ob und in welchem Umfange die Kreditgewährung ohne die satzungsmäßig vorgeschriebene Sicherheit erfolgt ist und ob der Angekl. durch die Bewilligung des Kredits objektiv zum Nachteil der Sparkasse über deren Vermögensstücke verfügt hat.

Die insoweit nicht ganz klaren Ausführungen des LG. lassen den Schluß zu, daß der Angekl. zwar mit einer Hypothek von 20000 RM für den Kredit Sicherheit geleistet hat, daß dies aber erst nach teilweiser oder voller Ausnutzung des Kredits geschehen ist, entweder weil der Angekl. nachträglich dies selbst für notwendig hielt oder weil er sich dazu auf Grund von Rügen der Revisoren oder von sonstigen Beanstandungen des ungeicherten Kredits für verpflichtet hielt. Wenn der Angekl. erst nach der Ausnutzung des Kredits Sicherheit gestellt hat, würde dies nur eine für die Schuldfrage unerhebliche Wiedergutmachung des Schadens bedeuten.

Das LG. hat den inneren Tatbestand der Untreue mit der Begr. verneint, der Angekl. habe von vornherein die Absicht gehabt, mit seinem Vermögen der Sparkasse für den S.ſchen Kredit zu haften, und er sei auf Grund seiner Vermögensverhältnisse auch in der Lage gewesen, diese Verbindlichkeit jederzeit zu erfüllen. Diese Ausführungen beruhen auf einem Rechtsirrtum. Dem Angekl. kann das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit seines Tuns nur dann gefehlt haben, wenn er auf Grund seines Erfakwillens und seiner jederzeitigen Erfakfähigkeit damit hätte rechnen können, die Sparkasse werde aus diesem Grunde mit der sie an sich benachteiligenden Verfügung einverstanden sein (vgl. für den Fall der Unterschlagung RGSt. 5, 305; 7, 351, 352; 14, 243; 21, 364, 366, 367; und für den Fall der Untreue RGSt. 38, 267, 268; RGUrt. v. 22. Febr. 1916, 5 D 4/16; Recht 1916 Nr. 870; RGUrt. v. 4. Juli 1916, 4 D 349/16; JW. 1916, 1200⁹). Hiermit hätte der Angekl. aber bei der städt. Sparkasse, die an ihre Satzungen gebunden ist, bei der Wertlosigkeit der Forderung gegen S. nicht rechnen können (vgl. für den ähnlichen Fall der Amtsunerschlagung RGSt. 5, 306 und RGUrt. v. 4. Juli 1916, 4 D 349/16; JW. 1916, 1200⁹); denn die städt. Sparkasse hätte sich nicht mit einer inneren Erfakwilligkeit selbst bei bestehender Erfakfähigkeit begnügt, sondern mußte auf eine rechtlich begründete Sicherheit durch Bürgschaft oder durch Verpfändung od. dgl. bedacht sein. Deshalb kam es auch für den inneren Tatbestand der Untreue entscheidend darauf an, ob der Angekl. durch die Hypothek auf dem S.ſchen Grundstücke oder durch seine eigene Hypothek für genügende Sicherheiten des Kredits schon bei dessen Einräumung gesorgt hat. Wenn er nur innerlich zur Erfakleistung entschlossen war — seine Erfakpflicht aus unerlaubter Handlung bestand ja ohnedies —, ohne sich in wirksamer Form selbst zu verpflichten, konnte er mit einem Einverständnis der Sparkasse mit seiner diese benachteiligenden Verfügung keineswegs rechnen. Das bloße Vorhandensein seiner Schadenersakpflicht schloß auch die Entstehung eines Schadens für die Sparkasse nicht aus. Bei der Schadenersakforderung handelt es sich nicht um einen durch die Verfügung des Angekl. dem Vermögen der Sparkasse zugeführten Gegenwert, sondern lediglich um einen Entschädigungsanspruch, der nur dazu führen kann, den bereits entstandenen Schaden im Falle der Leistung der Entschädigung nachträglich auszugleichen. Dies wäre aber für die Schuldfrage ohne Bedeutung. Daher ist in diesem Falle die Freisprechung des Angekl. mit den Gründen des LG. nicht zu rechtfertigen.

(6. Sen. v. 4. Dez. 1935; 6 D 351/35.)

24. Zum „Nachteil“ i. S. des § 274 Nr. 1 StGB. ist keine vermögensrechtliche Beschädigung erforderlich, es genügt vielmehr jede Beeinträchtigung fremder Rechte, so schon die Erschwerung des Beweises (vgl. RGSt. 22, 283 ff.; 55, 74 ff.).

(1. Sen. v. 20. Dez. 1935; 1 D 1055/34.)

25. § 330 a StGB.; §§ 25, 36 R StraßVerfD.

1. Strafbar nach § 330 a StGB. ist, wer im Zustande der Volltrunkenheit eine mit Strafe bedrohte Handlung begangen hat. Es ist also zu untersuchen, ob und welchen strafrechtlichen Tatbestand der Berauschte wirklich herbeigeführt hat, wobei nur seine Zurechnungsunfähigkeit außer Betracht bleibt.

2. Auf die äußere Handlung allein kommt es nicht an; war der Wille des Berauschten auf einen bestimmten Erfolg gerichtet, dann ist auch dieser Wille bei der Ermittlung des Tatbestandes neben dem äußeren Geschehnis in Rechnung zu ziehen. †)

(U. v. 6. Nov. 1935; 6 D 255/35.)

Abgedr.: JW. 1936, 456²¹.

Anmerkung: Diese Entsch. des RG. stellt eine beachtenswerte Klärung der bisher unstrittenen Frage bzgl. der Anwendbarkeit des § 330 a StGB. dar.

Der gesetzgeberische Grund für die Schaffung des § 330 a war, eine klare strafrechtliche Grundlage für diejenigen Fälle zu schaffen, für welche einerseits eine Anwendung der actio libera in causa h. d. die Fälle, in denen sich der Täter schuldhaft in den Zustand der Unzurechnungsfähigkeit versetzt, aber weiß, daß er in diesem Zustand eine strafbare Handlung begeht, nicht in Betracht kommt, andererseits aber die Anwendung des § 51 zu dem unbilligen Ergebnis der Freisprechung führen müßte und der Täter damit trotz des Vorliegens des äußeren Tatbestandes eines Vergehens oder Verbrechens nicht zu bestrafen wäre, da ihm eine Schuld bei der Begehung des Delikts nicht zugerechnet werden könnte.

Durch die Schaffung des § 330 a ist diesem Mißstand abgeholfen worden. Nunmehr wird jeder, der sich vorsätzlich oder fahrlässig durch den Genuß geistiger Getränke oder durch andere berauschende Mittel in einen die Unzurechnungsfähigkeit ausschließenden Zustand versetzt, bestraft.

Strafbarkeitsbedingung ist also, wie auch aus dem RGZ. 69, 187 (JW. 1935, 2373²⁹) folgerichtig hervorgeht, daß sich der Täter in Rausch versetzt. Eine Schuld des Täters muß nur hinsichtlich des sich Verzehens in einen Rauschzustand vorliegen. Eines Nachweises dafür, daß der Täter damit gerechnet habe — oder bei Anwendung pflichtgemäßer Sorgfalt damit hätte rechnen müssen —, daß er in seinem Rauschzustand eine mit Strafe bedrohte Handlung begehen werde, bedarf es nicht.

Stiernack soll also § 330 a eine Lücke bei der Beurteilung der Fälle ausfüllen, bei denen das sich Versehen in Rauschzustand sich nicht nur als Ursache für die später begangene strafbare Handlung darstellt, sondern der Täter wegen des sich Inrauschverzehens als solchem zur Verantwortung gezogen werden soll.

1. Das LG. hat in den Urteilsgründen festgestellt, daß die Angekl. im Falle der Zurechnungsfähigkeit das Bewußtsein gehabt hätten, daß durch ihre Handlungsweise die Tötung eines Menschen herbeigeführt werden könnte, und würden bei dieser Sachlage daher diesen möglichen Erfolg in Rechnung gestellt haben. Mit Recht rügt das RG. diese Begr. Es würde dem Sinne und Zweck des § 330 a widersprechen, wenn die strafbare Handlung, die der Täter, der sich in einen Rauschzustand versetzt hat, begangen hat, zwar nicht als vorsätzliche, so doch als mit dem dolus eventualis begangene Handlung angerechnet würde. Von einem dolus eventualis des Täters kann nur dann gesprochen werden, wenn er den Erfolg zwar nicht erstrebt, doch immerhin gewollt hat. Gerade in der Billigung des Erfolges als einer zu der Voraussicht von dem möglichen Eintritt desselben hinzutretenden selbständig inneren Tatsache liegt das wesentlichste Merkmal des dolus eventualis (RGZ. 33, 4). Diese vom RG. über den dolus eventualis vertretene Ansicht ist bei der Anwendung des § 330 a besonders zu beachten.

2. Da demnach die Unterstellung, daß die Angekl. bei der Begehung ihrer strafbaren Handlung mit dem dolus eventualis bzgl. des versuchten Totschlages als nicht mit dem Sinne und Zweck des § 330 a vereinbar anzusehen ist, ist es folgerichtig,

daß die Untersuchung nur darauf erstreckt werden kann, welcher Tatbestand durch das Wälzen der Rolle auf die Straße erfüllt worden ist. Auch aus praktischen Erwägungen heraus kann zu keinem anderen Ergebnis gekommen werden. Es widerspricht der allgemeinen menschlichen Erfahrung, daß die Angekl., die sich in einen Kaufzustand versetzt hatten, die Tötung von Menschen gewollt — wenn auch nur mit dem *dolus eventualis* — haben. Dem RG. muß daher in vollem Umfang beigeplichtet werden, wenn er feststellt, daß ein Totschlagsversuch als die mit Strafe bedrohte Handlung i. S. § 330 a Abs. 1 StGB. ausscheidet.

Al. Dr. Ludwig Dehner, München,
Mitglied der Akademie für Deutsches Recht.

*

26. § 95 Abs. 1 Ziff. 2 BörsG.; § 11 DepotG.
Der Kommissionär handelt auch dann zum Nachteil, wenn er die Ausführung eines Auftrages unterläßt. Die Übung der Banken, Ankäufe nur „in sich“ zu tätigen, ändert hieran nichts. Eine Zueignung i. S. des § 11 DepotG. ist auch die Verpfändung von Wertpapieren, wenn die Willensrichtung des Täters die der Zueignung gewesen ist. Die spätere Zurückerlangung der Papiere ändert nichts an der bereits vollendeten Unterschlagung.

Die Ausführungen der Strk. darüber, daß die Vornahme von „In-sich-Geschäften“ als Kommissionsuntreue nach § 95 Abs. 1 Ziff. 2 BörsG. anzusehen ist, lassen keinen Rechtsirrtum erkennen. Die Strk. geht davon aus, daß der Angekl. von seinen Kunden den festen Auftrag erhalten hatte, für sie Effekten an der Börse zu kaufen, und daß deshalb ein Kaufskommissionsgeschäft i. S. der §§ 383 ff. HGB. in Frage stand, bei dessen Ausführung der Angekl. die Interessen des Auftraggebers wahrzunehmen hatte. Diese Annahme ist nicht zu beanstanden (RGZ. 114, 9 = JW. 1926, 2077; RGSt. 34, 377). Das strafbare Verhalten des Angekl. erblickt die Strk. darin, daß er in einer großen Zahl von Fällen die Aufträge der Kunden an der Börse nicht ausgeführt, sondern die Geschäfte lediglich auf dem Papier („in sich“) abgerechnet und die Einschüsse der Kunden statt für den Ankauf, für seinen Geschäftsbetrieb verwendet hat. Dazu führt die Strk. weiter aus, daß ein solches Geschäft dann zum Nachteil des Kunden führt, wenn die Bank, wie die des Angekl., weder genügend eigene Bestände der in Betracht kommenden Wertpapiere besitzt, noch in der Lage ist, jederzeit die von den Kunden gekauften Wertpapiere zu beschaffen. Wenn das Geschäft nur „in sich“ vorgenommen werde, liege das Interesse der Bank dem des Kunden entgegengesetzt und die Bank werde zum Gegenspieler des Kunden; die Bank des Angekl. sei seit dem Jahre 1927, mit einer nur scheinbaren Unterbrechung i. J. 1931, überschuldet gewesen und irgendwelche nennenswerten Mittel, mit denen die unterbliebenen Aufträge hätten ausgeführt werden können, seien ihr nicht zur Verfügung gestanden; das alles habe der Angekl. gewußt. Diese Ausführungen stehen mit der Rspr. des RG. im Einklang. Daß der Kommissionär auch dann zum Nachteil handelt, wenn er die Ausführung eines Auftrags pflichtwidrig unterläßt, ist in der Rspr. anerkannt (RGSt. 34, 374, 376 Ziff. 3). Wären die Effekten gekauft worden, so wäre die Rechtslage der Kunden auch dann günstiger gewesen, wenn sie mangels Übersendung des Stückeverzeichnis und mangels Übernahme der Effekten in das Depot der Kunden nicht Eigentümer der Papiere geworden wären. Eine abweichende Übung der Banken, Ankäufe nur „in sich“ zu tätigen, kommt rechtlich nicht in Betracht (RGSt. 60, 421, 423; RGZ. 53, 363, 371). Hiernach muß der Auffassung der Strk., daß der Angekl. sich der Kommissionsuntreue nach § 95 Abs. 1 Ziff. 2 BörsG. schuldig gemacht habe, soweit er Aufträge der Kunden, für sie an der Börse Effekten zu kaufen, nicht ausgeführt, sondern die Geschäfte nur „in sich“ vorgenommen hat, beigetreten werden.

Der Angekl. R. ist noch auf Grund des § 11 DepotG. bestraft worden.

Die Rev. macht geltend, daß sechs Fälle auszuschneiden

hätten, weil hier den Kunden ihre Wertpapiere später wieder zurückgestellt worden seien.

Es ist richtig, daß es den Kunden in diesen Fällen gelungen ist, Wertpapiere, die sie bei der Bank R. eingeliefert hatten und die sofort oder alsbald zur Lombarddeckung verwendet worden waren, später wieder zurückzuerhalten oder sie durch die Bank R. veräußern zu lassen. Das Urteil nimmt aber an, daß die Depotunterschlagung schon in dem Augenblick vollendet war, als die Papiere der Kunden verpfändet wurden, und daß die spätere Wiedergutmachung die vollendet gewesene Unterschlagung nicht beseitigt habe. Dieser Auffassung ist beizutreten. Daß in jenen Fällen, in denen die fremden Papiere verkauft wurden, eine Zueignung liegt, bedarf keiner weiteren Begr. Daß in der Verpfändung nicht stets eine Zueignung liegen muß, hat die Strk. nicht verkannt (RGSt. 26, 230; 55, 291; 64, 406). Sie hebt aber wiederholt ausdrücklich hervor, daß in der Verpfändung eine Zueignung liege, und ist erkennbar in allen Fällen davon ausgegangen, daß der Angekl. bei der Verpfändung sich dessen nicht gewiß fühlen konnte, daß die Sache jederzeit, sobald der Eigentümer sie zurückfordern werde, würde einlösen können (RGSt. 65, 214; 66, 155; 69, 65, 67 = JW. 1935, 947³⁴). Wenn es dem Angekl. dann in einzelnen Fällen doch geglückt ist, die Papiere wieder zurückzuerhalten, so ändert das nichts an der vollendet gewesenen Unterschlagung. Es kommt für die Straftat des Angekl. nicht darauf an, ob die Kunden die Papiere wiedererlangen konnten, sondern darauf, mit welcher Willensrichtung der Angekl. bei der Verpfändung handelte.

(2. Sen. v. 19. Dez. 1935; 2 D 668/35.)

*

**27. §§ 414 f., 420 f., 443 R Abg D.; §§ 431, 432 StPD.

1. Zur Hinzuziehung von Einziehungsbeteiligten im gerichtlichen Steuerstrafverfahren.

2. Gegen Einziehungsbeteiligte, die zum gerichtlichen Steuerstrafverfahren nicht hinzugezogen worden sind, beginnt die Frist zur Einlegung der Revision erst mit der Zustellung des Urts.

3. Die Revisionsrüge eines an sich Einziehungsbeteiligten muß Erfolg haben, wenn seine Hinzuziehung möglicherweise zu der Feststellung geführt hätte, daß keine Steuerhinterziehung des Angeklagten als erwiesen erachtet worden wäre. †)

1. Die Beschw. stützt ihre Befugnis, Rev. gegen die „Einziehung der beschlagnahmten Waren“ einzulegen, auf Eigentum an diesen Waren. Der Eigentümer hat eine solche Befugnis nach den §§ 414, 415, 420, 421 Abs. 3 Nr. 1, 443 Abs. 2, 448 Abs. 2, 459 Abs. 3 R Abg D. und den §§ 431, 432 StPD., wie in RGSt. 69, 35—38 = JW. 1935, 951³⁶ zutreffend dargelegt ist. Das Eigentum der Beschw. wenigstens an einem Teil der eingezogenen Waren ist „glaubhaft“ (RGSt. 69, 38 unten, 39). Zwar sind ihr die Waren nicht, wie sie meint, gestohlen, sondern durch Betrug entzogen worden, also auch nicht „sonst abhandeln gekommen“ i. S. des § 935 BGB. (vgl. RGZ. 101, 224 = JW. 1921, 1547). Nach dem ganzen Sachverhalt liegt aber der Gedanke nahe, daß mindestens ein Teil der eingezogenen Waren trotzdem nicht auf Grund des § 932 BGB. (im guten Glauben) erworben worden ist; dem aller Wahrscheinlichkeit nach ist wenigstens einigen Erwerbbern dieser Waren bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt gewesen, daß die Ware nicht dem Verkäufer gehöre (§ 932 Abs. 2 BGB.). Eine Meldung gem. § 443 Abs. 2 R Abg D. hatte die Beschw. dem Sinne nach durch ihre Eingaben erstattet; überdies war nach den Akten „anzunehmen, daß es einer Vollstreckungshandlung gegen die Beschw.“ wenigstens hinsichtlich eines Teiles der Waren „bedürfte“ (§ 443 Abs. 2 verb. mit § 459 Abs. 3 StPD.).

2. Die Beschw. hat die Rev. auch rechtzeitig eingelegt. Die Frist begann für sie erst mit der am 5. März 1935 erfolgten Zustellung des Urts.; denn sie war zu der Hauptverhandlung nicht als Nebenbeteiligte geladen worden, obwohl dies nach §§ 421 Abs. 3 Nr. 1, 443 Abs. 2 RAbgD., § 431 Abs. 2 StPD. erforderlich gewesen wäre (RGSt. 69, 37), und war daher auch nicht als solche vertreten gewesen. Dieser Auffassung steht das von RGSt. 69, 38 in Bezug genommene Ur. RGSt. 11, 414 nicht entgegen; denn dort handelte es sich um einen Beteiligten, der als abwesend oder unbekanntes Aufenthalts angesehen worden war, so daß seine Ladung nicht „ausführbar erschienen“ und deshalb nach § 431 Abs. 2 StPD. unterblieben war (RGSt. 11, 414, 418). Keine durchschlagende Bedeutung hat es auch, daß nach § 33 DurchfWD. z. DevG. für Beteiligte, die zur Hauptverhandlung weder geladen noch erschienen sind, die Frist zur Einlegung eines Rechtsmittels mit der Verkündung des Urts. beginnt. Diese Vorschr. gilt nicht für das Steuerstrafverfahren. Dahingestellt mag es bleiben, ob sie selbst im Devisenstrafverfahren trotz ihrer bestimmten Fassung nicht auf einen Ausnahmefall wie den vorliegenden anwendbar sein würde, in dem der Einziehungsbeteiligte vorschriftswidrig nicht geladen worden ist. Ließe sie keine Ausnahme zu, so wäre es jedenfalls unsittlich, sie auf Grund des Urts. RGSt. 11, 414 als „der Praxis“ zum § 431 StPD. „entsprechend“ anzusehen, wie es Hartenstein, Devisennotrecht, S. 373, tut. Angesichts der großen Härte, die die Einziehung für den an der Tat unbeteiligten Eigentümer bedeutet, sprechen auch Billigkeitsgründe für die Auffassung des Sen., daß die Revisionsfrist dem Einziehungsbeteiligten gegenüber erst mit der Urteilszustellung zu laufen beginnt, wenn er vorschriftswidrig nicht geladen worden war. Hier könnten Billigkeitsgründe um so mehr Berücksichtigung fordern, als die Beschw. geltend macht, daß ihr die Waren durch eine Straftat entzogen worden seien, es ihr dann mit Mühe und Kosten gelungen sei, sie wiederzubeschaffen, und sie ihr nun, nachdem sie auch den Zoll bezahlt habe, von neuem, und zwar durch das Reich, entzogen werden sollten. Ob die Einziehung selbst in einem solchen Fall gerechtfertigt ist, hat in diesem Zusammenhang, in dem es sich nur um die Frage des rechtlichen Gehörs handelt, außer Betracht zu bleiben.

3. Die Rüge der Beschw., daß sie zur Hauptverhandlung nicht geladen worden ist, muß Erfolg haben. Wäre sie geladen worden, so hätte ihr Vorbringen möglicherweise dazu geführt, daß die StrR. keine Steuerhinterziehung des Angekl. als erwiesen erachtet und somit keine Einziehung ausgesprochen hätte (vgl. RGSt. 69, 40).

Das Ur. ist daher, ohne daß auf die sachlich-rechtliche Rüge einzugehen ist, insoweit aufzuheben, als es auf Einziehung lautet, nicht auch — wie die Rev. meint — hinsichtlich der Beurteilung des Angekl. wegen Steuerhinterziehung (RGSt. 69, 38, 40).

(6. Sen. v. 21. Dez. 1935; 6 D 200/35.)

(= RGSt. 70, 40.)

Anmerkung: 1. Das RG. wiederholt seinen mehrfach vertretenen Grundsatz, wonach im Steuerstrafverfahren als Einziehungsbeteiligte diejenigen hinzuzuziehen sind, bei denen „glaubhaft“ ist, daß ihnen das Eigentum an den einzuziehenden Sachen zusteht. Dieser Satz gilt selbstverständlich auch, wenn diese Glaubhaftmachung nur bezüglich eines Teiles oder sogar nur bezüglich einer einzigen der Einziehung unterliegenden Sache erfolgt ist. Ich verweise im übrigen auf meine eingehende Anm. JW. 1935, 951 zu Ziff. 4 und auf mein Steuerstrafverfahren (Nr. 1 der Schriftenreihe der JW. S. 61 und 23).

Die Hinzuziehung zum Einziehungsverfahren kann der Nebenbeteiligte auch dadurch erzwingen, daß er sich „meldet“ (§ 443 Abs. 2 RAbgD.).

Erfreulich ist die Feststellung des RG., daß eine solche Meldung auch durch dem Sinne nach entsprechende Eingaben erfolgen kann. So würde also z. B. ein Einziehungsb-

beteiligter, der durch Eingaben gegenüber dem FinA. um Freigabe der beschlagnahmten und gegebenenfalls einzuziehenden Gegenstände bittet, weil diese sein Eigentum geworden seien, eine Meldung i. S. des § 443 Abs. 2 RAbgD. erstattet haben.

2. Ist ein Nebenbeteiligter entgegen den gesetzlichen Vorschriften (vgl. mein Steuerstrafverfahren S. 60 ff. u. S. 23) zu der Hauptverhandlung nicht als Nebenbeteiligter geladen worden, so kann gegen diesen die Verkündung des Urteils die Revisionsfrist nicht in Lauf setzen.

Andererseits muß verfahrensrechtlich auch dafür Sorge getragen werden, daß solche Verfahrensversehen in einer für alle Beteiligten tragbaren Weise wieder behoben werden können.

Diesen Weg zeigt das RG. unter Fortführung seiner bisherigen Rspr. dahingehend auf, daß es die Frist erst mit der Zustellung des Urts. gegen den vorschriftswidrig nicht geladenen Einziehungsbeteiligten laufen läßt.

Das RG. begründet seine Stellungnahme damit, daß aus Billigkeitsgründen eine solche Entsch. erforderlich sei, weil die Einziehung für den in der Tat unbeteiligten Eigentümer eine große Härte bedeutet. Das RG. hätte zur Begr. auch auf § 1 StAnpG., der ebenfalls für das Steuerstrafverfahren gilt (§ 420 RAbgD. und S. 1 meiner Schrift Das Steuerstrafverfahren), verweisen können.

Der Zweck und die wirtschaftliche Bedeutung der Best. über die Hinzuziehung der Nebenbeteiligten muß darin gefunden werden, daß diesen die verfahrensrechtlichen Möglichkeiten gegeben werden, im Einziehungsverfahren alles vorzubringen, was gegen die Einziehung eingewendet werden kann. Darum ist ja auch dem Nebenbeteiligten sowohl im Vorverfahren als auch im Hauptverfahren die volle rechtliche Stellung eines Angekl., vornehmlich also auch das Recht der Verteidigung, eingeräumt worden (JW. 1935, 952).

Von allgemeiner Bedeutung ist fernerhin die Feststellung des RG., daß die Sonderbestimmung des § 33 DurchfWD. z. DevG. nicht auf das Steuerstrafverfahren übertragen werden kann. Das RG. zieht sogar in Zweifel, ob selbst in Devisenstrafverfahren dann die Best. des § 33 DurchfWD. angewendet werden kann, wenn trotz Befanntseins der Beteiligten und trotz der gesetzlichen Notwendigkeit ihrer Ladung ihre Hinzuziehung zum Verfahren nicht erfolgt.

Trotz vieler Ähnlichkeiten sind die Devisenstrafverfahren und die Steuerstrafverfahren nicht einander rechtlich gleichzusetzen. Insbes. ist es nicht angängig, daß lediglich für das Devisenstrafverfahren geschaffene Sonderbestimmungen auf das Steuerstrafverfahren übertragen werden. Es hätte dem Gesetzgeber durchaus freigestanden, auch das Steuerstrafverfahren mittels einer dem § 33 DurchfWD. entsprechenden Best. zu ergänzen. Da dies nicht geschehen ist, kann § 33 DurchfWD. nur dann angewendet werden, wenn die dort enthaltene Best. als Niederschlag allgemeinen Rechtsdenkens, nicht aber als Sondervorschrift aufzufassen ist. Ein allgemeines Rechtsdenken dahingehend, daß strafverfahrensrechtlich Revisionsfristen zu laufen beginnen, ohne daß der Beteiligte Kenntnis vom Ur. gehabt hat, und ohne daß er zum Verfahren hinzugezogen worden ist, ist grundsätzlich nicht vorhanden.

Gerade in dem zur Entsch. gestellten Falle würde es unbillig sein, wenn die einziehungsbeteiligte Petroleum-Gesellschaft das vom FinA. beschlagnahmte Öl ohne weitere Nachprüfungsmöglichkeit diesem belassen müßte. Denn die Petroleum-Gesellschaft hatte im streitigen Falle eine größere Menge von Fässern mit Öl durch Betrug verloren. Sie hatte diese Waren sich erst mit Mühe und Kosten sowie durch Bezahlung erheblicher Zolleträge wieder beschaffen können. Alsdann erfolgte die Beschlagnahme. Es würde jedem Rechtsempfinden widerstreben, wenn der Petroleum-Gesellschaft nicht die Möglichkeit gegeben wäre, die Einwendungen gegen die Einziehung in dem hierfür von der RAbgD. vorgesehenen Verfahren vorzubringen.

3. Gem. § 401 RAbgD. muß bei Beurteilung wegen Steuerhinterziehung auf Einziehung der steuerpflichtigen Er-

zeugnisse und zollpflichtigen Waren, hinsichtlich derer die Hinterziehung begangen worden ist, erkannt werden.

Die Einziehung darf hingegen nicht erfolgen, wenn eine Steuerhinterziehung nicht festgestellt werden kann.

Der Nebenbeteiligte hat im Strafverfahren die volle rechtliche Stellung des Angeklagten. Dieses Recht steht dem Nebenbeteiligten nicht als ein von dem Hauptangeklagten abgeleitetes, sondern als eigenes Recht zu.

Es muß demnach gegenüber dem Einziehungsbeteiligten festgestellt werden, daß eine Steuerhinterziehung begangen worden ist. Hierzu genügt nicht der Nachweis der rechtskräftigen Verurteilung des Haupttäters wegen einer Steuerhinterziehung. Demnach ist es gleichgültig, ob das Ur. gegen den Haupttäter wegen Steuerhinterziehung rechtskräftig geworden ist.

Der Einziehungsbeteiligte hat kraft eigenen Rechts einen verfahrensrechtlichen und auch einen materiell-rechtlichen Anspruch dahingehend, daß ihm gegenüber das Vorliegen einer Steuerhinterziehung bezüglich der dem Einziehungsverfahren unterliegenden Gegenstände nachgewiesen wird.

Ob im einzelnen Falle eine Steuerhinterziehung gegeben ist, kann nur an Hand der vollständigen Aufrollung des Tatbestandes geprüft werden. Diejenigen Fälle, in denen unzweifelhaft und unwiderlegbar festgestellt werden kann, daß eine Steuerhinterziehung vorliegt, gehören zu den seltenen Ausnahmen; denn es muß ja nicht nur der objektive, sondern auch der subjektive Tatbestand des § 396 ABgD. erfüllt sein.

Darum wird in aller Regel die Revisionsrüge eines nicht hinzugezogenen Einziehungsbeteiligten, der sich zum Strafverfahren wegen der Nichteinziehbarkeit der beschlagnahmten Waren gemeldet hat, Erfolg haben.

In der neuen Verhandlung muß dann der gesamte Sachverhalt, soweit er sich auf die Steuerhinterziehung bezieht, neu erörtert werden. In dem nicht veröffentlichten Teil des Ur. weist das RG. im übrigen noch darauf hin, daß auch etwaige gutgläubige Erwerber von D. gegebenenfalls als weitere Nebenbeteiligte hinzuzuziehen sind (§§ 443 Abs. 2 Satz 1, 421 Abs. 3 Nr. 1 ABgD.).

RA. Dr. Dr. Megow, Küstrin.

*

**28. §§ 74, 207 StPD.; §§ 66, 67 Abs. 4 StGB.; § 23 RWB.

1. Anträge auf Ablehnung von Sachverständigen sind wie Beweisanträge 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. RG-St. 62, 214).

4. Untreue nach § 23 RWB. 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.†)

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

Abgedr.: JW. 1936, 666⁸⁵.

(= RGSt. 69, 380.)

Anmerkung: Das Ur. ist in verfahrens- und sachlich-rechtlicher Hinsicht gleich bedeutsam.

1. Es liefert zunächst einen bemerkenswerten Beitrag zur Lehre vom fehlerhaften Eröffnungsbeschuß. Im vorl. Fall war dieser insofern mangelhaft, als in ihm eine Angabe darüber fehlte, in welchen Tatsachen die Tatbestandsmerkmale des als verlezt bezeichneten Strafgesetzes liegen sollten. Damit setzte sich der Eröffnungsbeschluß in Widerspruch zu § 207 StPD. Im Sinne der bisherigen Rspr. der Strafsenate lehnt es das vorl. Ur. ab, diese Unvollständigkeit als Revisionsgrund anzuerkennen, da nichts dafür spreche, daß sie den Ausfall der Entscheidung beeinflussen könne. Das wird in der Tat nur ganz ausnahmsweise der Fall sein, da es regelmäßig möglich sein wird, auf die Anklageschrift als Ergänzungsquelle zurückzugreifen. Nur dann, wenn sich auch unter Zuhilfenahme der Anklageschrift nicht erkennen läßt, welche konkrete Tat gemeint ist, ist die Rechtslage so, als ob überhaupt kein Eröffnungsbeschluß ergangen sei (Detker: Würzburger Festgabe für Dernburg [1900] S. 81). Dem fehlenden steht insofern der sachlich unvollständige Eröffnungsbeschluß gleich (RGSt. 10, 58). Um einen solchen nicht verbesserungsfähigen Mangel handelt es sich indessen hier nicht.

2. Billigung verdient auch der Satz, daß Anträge auf Ablehnung von Sachverständigen wie Beweisanträge zu behandeln sind, ihre Abweisung also durch einen mit Gründen versehenen Beschluß zu erfolgen hat. Dem Antragsteller muß hier ebenso wie bei dem Ersuchen um Aufnahme eines Beweismittels die Stellungnahme des Gerichts erkennbar werden, auf daß er Gelegenheit hat, danach seine weitere Verteidigung einzurichten.

3. Wichtiger noch als die verfahrensrechtlichen Teile des vorl. Ur. sind die Darlegungen zu § 266 StGB. Hier beschäftigt sich das Ur. mit dem Problem der Pflichten-kollision, das in der Rspr. noch bringend der Klarstellung bedarf. Der Angeklagte, Mitglied des Vorstandes einer Ortskrankenkasse für das Maurergewerbe, bekommt von dieser mehrere Bauten übertragen, und zwar als sog. Selbstkostenbauten mit festgesetztem Unternehmergewinn. Von einer Anzahl Lieferanten läßt er sich Sondervergütungen (Provisionen und Rabatte) versprechen und bestimmt sie, ihre Rechnungen entsprechend zu erhöhen; von anderen nimmt er nach Auslieferung der Lieferungen Rabatte an. Das wird ihm jetzt zum Vorwurf gemacht: Seine Stellung als Vorstandsmitglied habe ihm die Pflicht auferlegt, nicht zum Nachteil der DKK. zu handeln; dieser Pflicht habe er in beiden Fallgruppen in strafbarer Weise zuwidergehandelt.

Die Strk. hat für alle Fälle den Tatbestand des § 266 bejaht, der erk. Sen. unterscheidet. Soweit der Angekl. die Lieferanten ohne Wissen und Willen des Vorstandes veranlaßt habe, die vereinnahmten Provisionen und Rabatte auf ihre Rechnungen draufzuschlagen, habe er die Lieferungen verteuert, die DKK. benachteiligt und sich strafbar gemacht. Dagegen ist nichts zu erinnern. Für die anderen Fälle, die Entgegennahme von Rabatten und Provisionen nach Vollzug der Lieferungen und ohne Erhöhung der Rechnungen, macht das Urteil die Entsch. davon abhängig, ob sich für den Angekl. bestimmte Verpflichtungen aus dem zwischen ihm und der DKK. abgeschlossenen Bauvertrag ergeben. Treffe ihn daraus die Verpflichtung, alle Provisionen und Rabatte zugunsten der DKK. zu verrechnen, so sei an einem Treubruch i. S. des § 23 Abs. 2 RWB. nicht zu zweifeln. Sei eine solche Verpflichtung in dem Vertrag nicht enthalten, so komme Untreue dann nicht in Frage, „falls es zur damaligen Zeit im redlichen Geschäftsverkehr ... 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“.

Damit ist ein wichtiger Ansatzpunkt zur Weiterbildung der Lehre von der Interessen- und Pflichtenkollision im Untreuestrafrecht gewonnen. Bisher wurde die Rspr. der Strk. Sen. des RG. von dem Dogma der Unablässbarkeit der Organstellung beherrscht (Nachweise dafür in meiner Ann. JW. 1936, 197). Hier nimmt nun das vorl. Ur. des

2. Sen. die längst fällige Korrektur vor und biegt damit auf einen Weg ein, den vor ihm schon ein Urt. des 2. ZivSen. v. 26. April 1932 (JW. 1932, 2279) beschritten hat. Die Einschränkung des Grundsatzes besteht in folgendem: Wenn einem Vorstandsmitglied bei Gelegenheit eines Geschäftes, das er für die Gesellschaft tätigt, ein Vorteil winkt, so wird ihm nicht ohne weiteres zugemutet, sich dieses Vorteils um seiner Stellung in der Verwaltung willen zu entschlagen. Seine Organstellung verbietet ihm nur dann die Annahme, wenn der Auftraggeberin dadurch Schaden entsteht oder mit Wahrscheinlichkeit entstehen kann. Daß hier ein strenger Maßstab anzulegen ist, versteht sich von selbst (vgl. dazu meine Ann. JW. 1936, 197). Damit ist endlich den Einwänden Rechnung getragen, die von seiten des Schrifttums schon seit langer Zeit gegen die wirtschaftlich allzu engherzige Ansicht des RG. geltend gemacht worden sind.

Sehr zu begrüßen ist auch, daß es der Sen. der StrR. zur Pflicht macht, nachzuprüfen, ob es nicht vielleicht im Jahre 1925 im redlichen Geschäftsverkehr allgemein als recht und billig angesehen wurde, daß der Bauausführende derartige Vergütungen für sich annahm und behielt. Bei der Frage der Pflichtwidrigkeit i. S. des § 266 ist ein konkreter Maßstab anzulegen — konkret nach Zeit, Ort und Art der Tätigkeit (Schwinge-Siebert S. 47 f.). Ob jemand treuwidrig gehandelt hat, darf nie abgeleitet von den zeitlichen Umständen entschieden werden, unter denen die Handlung begangen wurde. Das hat vor kurzem auch der 1. StrSen. betont (Urt. v. 10. Mai 1935: JW. 1935, 2374). Im Jahre 1925 ist im Wirtschaftsleben vieles anders beurteilt worden als heute, und manches wurde im redlichen Geschäftsverkehr noch als „recht und billig“ angesehen, was wir heute unbedingt verwerfen. Der Angekl. von heute darf im Wirtschaftsstrafrecht nicht unbesehen nach den strengen Maßstäben der unmittelbaren Gegenwart beurteilt werden!

Prof. Dr. Erich Schwinge, Halle a. d. S.

*

29. § 64 StPD. Nichtbeeidigung von Zeugen. Entscheidung durch den Vorsitzenden. Begründung der Nichtbeeidigung im Protokoll.

Nach § 64 StPD. ist, wenn die Vereidigung der Zeugen nach den §§ 60 bis 63 StPD. unterbleibt, der Grund dafür im Protokoll anzugeben. Nach dem Sinne dieser Vorschr. muß für alle Beteiligten Klarheit darüber geschaffen werden, aus welchem Grunde die Vereidigung unterbleibt, und es bedarf einer Äußerung über die Nichtvereidigung und ihren Grund. Das bloße Vorliegen eines solchen Grundes genügt nicht, weil nicht ersichtlich ist, ob das Gericht überhaupt von seinem Ermessen Gebrauch gemacht und zu der Frage der Vereidigung Stellung genommen hat. Enthält das Protokoll entgegen der ausdrücklichen Vorschr. des § 64 StPD. keine Angabe über den Grund der Nichtvereidigung, so muß gem. § 274 StPD. angenommen werden, daß das Gericht der gesetzlichen Best. zuwider keine Entscheidung über diese Frage gefaßt hat.

Aus § 64 StPD. ist nun aber nicht herzuleiten, daß es in jedem Falle ohne weiteres eines ausdrücklichen Beschlusses des Gerichts bedürfe. Vielmehr hat zunächst der zur Leitung der Verhandlung berufene Vorsitzende zu entscheiden, und es bedarf eines Gerichtsbeschlusses nur, wenn einer der Beteiligten die Vereidigung beantragt oder die Maßnahme des Vorsitzenden beanstandet (RGSt. 68, 394, 396 = JW. 1935, 541⁴⁴). Der Angekl. hat auch, wenn ein ausdrücklicher Gerichtsbeschluss nicht ergangen ist, ein Recht darauf, zu erfahren, welche Gründe für die Entschließung des Vorsitzenden, die Zeugen nicht zu vereidigen, maßgebend gewesen sind (vgl. Urt. des RG. v. 8. Jan. 1935, 4 D 1444/34 = JW. 1935, 1250¹¹).

(5. Sen. v. 30. Jan. 1936; 5 D 987/35.)

Ehrengerichtshof bei der Reichsrechtsanwaltskammer

30. Ein deutschblütiger Anwalt, der im Juni 1935 eine Volljüdin heiratet, verstößt damit gröblich gegen die ihm obliegenden Pflichten und ist mit dem Ausschluß zu bestrafen.

Der Angekl., der arischer Abstammung ist, hat am 3. Juni 1935 die Ehe mit Doris A. geschlossen, die ebenso wie ihre Eltern jüdischer Rasse und moaischen Bekenntnisses ist. Dies war dem Angekl. bekannt. Das Ehrengericht hat in diesem Verhalten des Angekl. eine gröbliche Verletzung der selbstverständlichen — in Ziff. 1 und 2 der Richtl. der RWA. zum Ausdruck gebrachten — Pflicht des deutschblütigen Anwalts erblickt, sein Verhalten so einzurichten, daß die Bevölkerung mit Vertrauen und Achtung auf die Anwaltschaft blickt, und am Aufbau des deutschen Volkes im Sinne des nationalsozialistischen Staates und Rechtsdenkens mitzuarbeiten. Es hat ihn daher zur Strafe der Ausschließung von der Rechtsanwaltschaft verurteilt. Die vom Angekl. hiergegen eingelegte Berufung kann keinen Erfolg haben.

Zur Rechtfertigung seiner Eheschließung hat der Angekl. vor allem geltend gemacht, daß seine jetzige Ehefrau ihn mindestens sechs Jahre hindurch aus ihrem Arbeitsverdienst als Röntgenassistentin mit jährlich etwa 400—500 RM unterstützte, und daß sie ihn i. J. 1930 beim Baden unter eigener Lebensgefahr vom Tode des Ertrinkens gerettet habe. Aus diesen Umständen habe sich für ihn eine so starke moralische Verpflichtung zur Schließung der Ehe mit seiner jetzigen Frau ergeben, daß gerade eine Unterlassung der Eheschließung eine Verletzung der Standespflicht gewesen wäre. Dem Angekl. ist nicht widerlegt, daß er sich aus den von ihm angeführten Gründen moralisch für verpflichtet gehalten hat, die Ehe mit seiner jetzigen Frau zu schließen. Es ist deshalb davon auszugehen, daß sich der Angekl. aus sittlich einwandfreien Beweggründen zu diesem Schritt entschlossen hat. Er konnte aber diese moralische Pflicht nicht erfüllen, ohne auf der anderen Seite gegen die ihm als deutschblütigem Anwalt obliegende Pflicht, im Sinne der RSDAP. an den großen Aufgaben des Volkes mitzuarbeiten, schwer zu verstoßen. Eine der wichtigsten Aufgaben, die die RSDAP. dem deutschen Volke stellt, ist die Keinerhaltung des deutschen Blutes. Durch seine Eheschließung mit einer Jüdin hat sich der Angekl. in einen unüberbrückbaren Gegensatz zu den ihm bekannten Rassegrundsätzen des nationalsozialistischen Staates gesetzt. Stellt der Angekl. in dem Pflichtenwidersreit, in dem er sich befand, die ihm seiner jetzigen Ehefrau gegenüber obliegende moralische Verpflichtung über die ihm gegenüber dem Volke und seinem Beruf obliegenden Pflichten, so muß er auch die Folgen auf sich nehmen, die sich aus der von ihm getroffenen Wahl ergeben. Mit Recht hat das Ehrengericht ausgeführt, daß ein RA., der in so schwerer Weise gegen die Rassegrundsätze des nationalsozialistischen Staates verstoßen hat, als Rechtswahrer für den Staat sowohl wie für die Anwaltschaft untragbar ist.

Der Angekl. kann sich auch nicht darauf berufen, daß zur Zeit seiner Eheschließung Ehen zwischen Ariern und Juden noch nicht gesetzlich verboten gewesen seien. Die Verpflichtung, die Rassegrundsätze des nationalsozialistischen Staates zu achten, besteht für jeden Volksgenossen und für den Anwalt als Organ der Rechtspflege in erhöhtem Maße, ganz unabhängig davon, in welchem Umfang der Staat es für erforderlich erachtet, diesen Rassegrundsätzen durch gesetzliche Verbote Nachdruck zu verleihen.

Unerheblich ist es ferner, ob dem Angekl. nach § 5 Nr. 5 RWA. in der vor dem Gef. v. 20. Dez. 1934 geltenden Fassung die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft hätte verweigert werden können, wenn er damals bereits mit seiner jetzigen

Frau verheiratet gewesen wäre, oder wenn er seine Absicht, mit einer Jüdin die Ehe einzugehen, in seinem Zulassungsgesuch bekanntgegeben hätte. Hier handelt es sich ausschließlich um die Frage, ob das Verhalten, das der Angekl. nach seiner Zulassung an den Tag gelegt hat, eine Berufswidrigkeit enthält.

Der Angekl. hat noch geltend gemacht, daß der Vorstand der Anwaltskammer durch eine Mitteilung des Standesbeamten von der beabsichtigten Eheschließung Kenntnis erhalten, auf diese Mitteilung aber nichts veranlaßt habe. Er will aus diesem Verhalten des Kammer Vorstandes herleiten, daß dieser selbst damals offenbar der Ansicht gewesen sei, die beabsichtigte Eheschließung stelle keine Berufswidrigkeit dar. Diese Schlußfolgerung geht fehl. Aus der dem Kammer Vorstand gegenüber den Kammermitgliedern obliegenden Aufsichtspflicht hätte sich allerdings für ihn die Verpflichtung ergeben, dem Angekl. das Berufswidrige seines Vorhabens vor Augen zu führen sowie wenigstens den Versuch zu machen, ihn von diesem Vorhaben abzubringen und damit die zu erwartende Schädigung des Ansehens der Anwaltschaft hintanzuhalten. Diese Unterlassung des Kammer Vorstandes kann aber den Angekl. nicht vor Strafe schützen. Die Verantwortung für seine Handlungsweise trug allein er. Er konnte sich nicht darauf verlassen, daß der Kammer Vorstand ihn rechtzeitig vor den Folgen des von ihm beabsichtigten Schrittes warnen werde. Abgesehen hiervon hätte für den Angekl. alle Veranlassung bestanden, von sich aus mit dem Kammer Vorstand vor der Durchführung seines Vorhabens Fühlung zu nehmen und dessen Stellungnahme zu erbitten.

(GGH. der RRAA., 2. Sen., v. 11. Febr. 1936, G 197/35.)

*

31. Die sog. unechte Gebührenteilung ist zulässig.

Das Ehrengericht erblickt eine Verfehlung des Angekl. darin, daß er sich von N. B. für die Übertragung eines Mandats einen Teil von dessen Gebühren habe versprochen und abgeben lassen. Es hat ihn deshalb zu einer Geldstrafe von 150 *R.M.* verurteilt. Die vom Angekl. hiergegen eingelegte Ber. muß als begründet erachtet werden. Es liegt hier weder so, daß der Angekl. sich lediglich für die Zuweisung von Mandanten von B. einen Teil von dessen Gebühren hätte versprechen lassen, noch handelt es sich um einen Fall echter Gebührenteilung. Den Auftraggebern gegenüber ist nur noch Dr. B. allein als Anwalt tätig geworden, nachdem der Angekl. sie an ihn verwiesen hatte. B. hat allein die weiteren Verhandlungen mit den Beteiligten geführt und das Ergebnis dieser Verhandlungen dann in den beiden von ihm entworfenen und von den Beteiligten unterzeichneten Ausbietungsabkommen niedergelegt. Der Angekl. hat B., wie dessen Aussage ergibt, über den Sachverhalt unterrichtet und ihm mitgeteilt, welches Ziel erreicht werden sollte, und wie er sich im einzelnen die Durchführung gedacht habe. Die Sache ist dann im wesentlichen auch so durchgeführt worden, wie der Angekl. vorgeschlagen hatte. Dieser hat mithin B. die Ergebnisse seiner vorbereitenden Arbeit zur Verfügung gestellt und ihm seine beratende Tätigkeit geliehen. Unter diesen Umständen handelt es sich um den Fall einer sog. unechten Gebührenteilung, gegen deren Zulässigkeit keine Bedenken bestehen (GGH. 25, 92). Der Angekl. war daher freizusprechen.

(GGH. der RRAA., 2. Sen., v. 10. Febr. 1936, G 175/35.)

Oberlandesgerichte: Zivilsachen

Materielles Recht

32. §§ 5 Abs. 1, 58 Abs. 2 Satz 1 GmbHG.; Art. I Abs. 2 Ziff. 1, Art. II Abs. 2 v. 28. Juni 1926 (RGBl. I, 315). Das Stammkapital einer GmbH. kann unter den Mindestbetrag von 20 000 *R.M.* auch dann nicht herabgesetzt werden, wenn die Gesellschaft am 1. Juli 1926 mit einem geringeren Stammkapital bereits bestanden und dieses später erhöht hat. †)

Die i. J. 1916 gegründete GmbH. stellte i. J. 1925 ihr Stammkapital auf 4500 *R.M.* um. Im Jahre 1933 erhöhte sie das Stammkapital auf 30 000 *R.M.*, was in das Handelsregister eingetragen wurde. Im Jahre 1934 beschloß die Gesellschafterversammlung, das Stammkapital wieder herabzusetzen, und zwar nunmehr auf 15 000 *R.M.* Die Anmeldung der Herabsetzung wurde vom Registergericht mit der Begr. zurückgewiesen, daß das Stammkapital nicht unter den Betrag von 20 000 *R.M.* herabgesetzt werden dürfe. Dem trat das LG. auf eine Beschw. der Gesellschaft bei. Die weitere Beschw. hatte ebenfalls keinen Erfolg.

Das Mindestkapital einer GmbH., das nach § 58 Abs. 2 S. 1 GmbHG. auch bei einer nachträglichen Herabsetzung nicht unterschritten werden darf, betrug nach der GoldbilanzVO. bei der Umstellung 500 *R.M.* sowie für später gegründete Gesellschaften 5000 *R.M.* und beträgt nach § 5 GmbHG. i. d. Fassung des Art. I Abs. 2 Ziff. 1 Ges. v. 28. Juni 1926 (RGBl. I, 315) seit dem 1. Juli 1926 nunmehr 20 000 *R.M.* Hiervon macht Art. II Abs. 2 S. 1 des Gesetzes eine Ausnahme: „Auf Gesellschaften, die vor dem Inkrafttreten des Gesetzes eingetragen ... sind, finden die bisherigen Vorschr. Anwendung.“ Rein nach ihrem Wortlaut verstanden besagt diese Best. allerdings, daß die bereits eingetragenen Gesellschaften von dem Erfordernis der neuen Mindesthöhe des Stammkapitals in jeder Beziehung befreit sind, nicht nur hinsichtlich der Notwendigkeit einer Angleichung des bisherigen niedrigeren Stammkapitals an die neuen Vorschr., sondern auch hinsichtlich der Möglichkeit einer Herabsetzung bis auf den bisher zulässigen Mindestbetrag (so Scholz, GmbHG., § 58 Anm. II 2). Diese Auslegung ist aber mit dem Zwecke des Ges. v. 28. Juni 1926 und mit dem Sinne der Ausnahme des Art. II Abs. 2 S. 1 schlechthin unvereinbar.

Das Gesetz geht davon aus, daß GmbH., die über ein allzu geringes Stammkapital verfügen, wirtschaftlich unerwünscht sind. Es hat deshalb die schon vor dem Währungsverfall bestehende Mindestgrenze von 20 000 *M.* in Reichsmark wieder eingeführt. Hierbei sollte lediglich im Hinblick darauf, daß es für die bestehenden kleineren Gesellschaften schwierig oder gar unmöglich sein werde, ihr Stammkapital auf die neue Mindestgrenze zu erhöhen, von einem Zwange in dieser Richtung regelmäßig abgesehen werden. Man begnügte sich damit, für die Zukunft die Entstehung neuer Zwerggesellschaften zu verhindern. Von diesem Gesichtspunkte aus lag aber nicht der mindeste Anlaß vor, den bereits mit einem Stammkapital von 20 000 *R.M.* oder mehr bestehenden Gesellschaften die nachträgliche Herabsetzung auf den früheren Mindestbetrag zu gestatten. Eine solche Herabsetzung kann zwar im Einzelfalle privatwirtschaftlich zweckmäßig sein. Dabei ist es aber ganz gleichgültig, ob die Gesellschaft selbst vor oder nach dem 1. Juli 1926 in das Handelsregister eingetragen ist. Der Gesetzgeber hatte deshalb keinen Grund, hinsichtlich der Zulassung der Herabsetzung zwischen alten und neuen Gesellschaften zu unterscheiden. Zur Erreichung des Zweckes, die Entstehung neuer Zwerggesellschaften nach Möglichkeit zu verhindern, war es vielmehr unbedenklich, den alten Gesellschaften ebenso wie den neuen eine Herabsetzung des Stammkapitals unter den neuen Mindestbetrag schlechthin zu verbieten. Was nun für die bereits mit einem Stammkapital von 20 000 *R.M.* oder mehr ausgestatteten Gesellschaften galt, mußte ebenso für diejenigen Gesellschaften gelten, welche nachträglich ihr Kapital, wenn auch ohne dazu gezwungen zu sein, erhöhen würden. Auch hier fehlt wieder jeder innere Grund für eine

Unterscheidung. Es ist nicht einzusehen, weshalb eine gegenwärtig mit einem höheren Stammkapital bestehende Gesellschaft das Kapital unter den gesetzlichen Mindestbetrag sollte herabsetzen dürfen, wenn sie es erst nach dem 1. Juli 1926 erhöht hat, daselbe nicht tun dürfte, wenn die Höhe des Kapitals schon am 1. Juli 1926 den neuen Vorschr. entsprochen hat. Einen vernünftigen Sinn hat das Gesetz nur dann, wenn man es dahin versteht, daß überhaupt keine Ausnahme von den Vorschr. mehr gemacht werden sollte, wenn oder sobald das Stammkapital einer Gesellschaft den neuen Vorschr. genügt. Jede Sonderbehandlung einer solchen Gesellschaft hätte die Erreichung des Gesetzeszweckes beeinträchtigt, ohne daß sie andererseits durch die Rücksicht auf ein für den Gesetzgeber beachtliches Interesse geboten war. Ist das Gesetz aber so auszulegen, dann kann es auf die besonderen Umstände des einzelnen Falles nicht ankommen. Das Gesetz ordnet die Einhaltung der neuen Mindestgrenze für das Stammkapital ganz allgemein an und nimmt keine Rücksicht darauf, daß ein Interesse daran bestehen kann, ein zu hohes Stammkapital den wirklichen Vermögensverhältnissen durch eine Herabsetzung unter den gesetzlichen Mindestbetrag anzupassen. Es hätte sonst diese Möglichkeit folgerichtig für alle Gesellschaften, auch für die erst nach dem 1. Juli 1926 eingetragenen, eröffnen müssen. Das ist aber zweifellos nicht geschehen. Danach muß angenommen werden, daß im höheren Allgemeininteresse an der grundsätzlichen Verhütung der Entstehung von Zwerggesellschaften ausnahmslos jede Herabsetzung des Stammkapitals unter den gesetzlichen Mindestbetrag verboten sein soll.

Bei dieser Sachlage bedarf es keines Eingehens auf die Frage, ob etwa die beschlossene Herabsetzung des Stammkapitals eine wesentliche Änderung in den Verhältnissen der Gesellschaft darstellt und auch deshalb nach Art. II Abs. 2 S. 2 Ges. vom 28. Juni 1926 „nicht ohne Erfüllung der neuen Vorschr.“, d. h. im gegebenen Falle überhaupt nicht, zulässig ist, wie das Scholz a. a. O. für den Regelfall annehmen will.

(RG., 1. Zivilsen., Beschl. v. 9. Jan. 1936, 1 Wx 586/35.)
[Sch.]

Anmerkung: In seiner Entsch. v. 26. Febr. 1928 (1b X 1169/27) — abgebr. in Schmidt, GmbH.-Nspr., Nr. 6 zu § 5 Nov. v. 28. Juni 1926; RdschGmbH. 1928, 413 und Recht 1928, 325 Nr. 1307 — hat das RG. sich auf den Standpunkt gestellt, daß die Herabsetzung des Stammkapitals allein keine „wesentliche Änderung“ i. S. der GmbHNov. bedeutet. Es hat dort ausgeführt: „Ist der Zweck der Bestimmung . . . im wesentlichen der, dem sogenannten Mantelkauf vorzubeugen, so ist nicht abzusehen, wie eine Kapitalherabsetzung, die sich innerhalb der Grenzen hält, die z. Bt. der Gesellschaftsgründung maßgebend und für sie gültig geblieben waren, für sich allein mit diesem Zweck in Beziehung sollte gebracht werden können. Das Ziel, daß die „Zwerggesellschaften“ allmählich schwinden, mag erstrebenswert sein . . . und es mag von diesem Standpunkt aus die Möglichkeit als unerwünscht erscheinen, daß eine alte Gesellschaft, die ein dem neuen Regelsatz entsprechendes Stammkapital besaß, unter dieses wieder heruntergehen kann. Der Gesetzgeber hat aber dieses Ziel nicht erreichen, vielmehr den alten Gesellschaften . . . den bei ihrer Gründung bestehenden Rechtszustand erhalten wollen.“ Die gleiche Auffassung hat das RG. bereits in den Entsch. 1 X 889/26 und 1 X 940/27 vertreten.

Demgegenüber bedeutet die obige Entsch. einen Bruch mit der bisherigen Nspr. des RG. Den Gründen ist restlos zuzustimmen. Art. I Ges. v. 28. Juni 1926 (RGBl. I, 315) stellt den vor der Inflationszeit bestandenen Rechtszustand hinsichtlich Mindeststammkapital und Einlagen wieder her. Art. II enthält lediglich die Abgangsbestimmung hierzu, kann also — entgegen der amtlichen Begr. — in seinem Kern keine primäre Tendenz gegen Mantelkäufe haben; er schließt in S. 1 lediglich die rückwirkende Kraft der Novelle aus, so daß solche alte Gesellschaften, die weniger als 20 000 RM Stammkapital besitzen, als sogenannte Zwerggesellschaften, so lange sie dies sind, weiterbestehen, und solche alte Gesellschaften mit mehr als 20 000 RM Stammkapital die alten Stammeinlagen nicht zu „erhöhen“ haben, was nach GmbHG. unzulässig wäre (§ 15

Abs. 2 GmbHG.); S. 2 des Art. II will die Zwerggesellschaften aber im Falle der sogenannten Neugründung wieder beseitigen, indem es für sie rückwirkende Kraft der Novelle anordnet. Die Tendenz des Art. II sichert also nicht die Wiederentstehung künftiger Zwerggesellschaften, sondern dämmt sie ein. Die neuen Erwägungen des RG. treffen daher — über den Wortlaut des Art. II S. 1 hinaus — tatsächlich Sinn und Zweck des Gesetzes. Art. II Ges. v. 28. Juni 1926 steht hiernach überhaupt nicht zur Erörterung, sondern lediglich Art. I i. Verb. m. § 58 Abs. 2 GmbHG.

Eine sekundäre Frage, die hier vom RG. nicht zu entscheiden war, ist es, wie im Falle des Art. II S. 2 die Neugründung vorzunehmen ist. Die Praxis hat diese Frage dahin beantwortet, daß nach S. 1 des Art. II i. Verb. m. § 15 Abs. 2 GmbHG. die alten Stammeinlagen unverändert zu bleiben haben und lediglich die Kapitalerhöhung (bis zum Mindestbetrage von 20 000 RM) durch Schaffung neuer Mitgliedschaften nach Maßgabe des Art. I vorzunehmen ist, eine Zusammenlegung der Geschäftsanteile oder deren Erhöhung infolge des Schweigens der Novelle also nicht stattfinden darf.

AGR. Grojchuff, Berlin.

*

BB. §§ 2—5 EinzelhandelschutzG. v. 12. Mai 1933 und 13. Dez. 1934 (RGBl. 1933, I, 262; 1934, I, 1241); § 11 GenG.; § 147 FOG.

1. Die Eintragung einer Genossenschaft in das Genossenschaftsregister ist, falls das Unternehmen einer staatlichen Genehmigung bedarf, von der Vorlegung der Genehmigungsurkunde abhängig zu machen. Jedoch gehört es nicht zu den Aufgaben des Registerrichters, zu prüfen, ob das Unternehmen Aussicht auf Verwirklichung seines Zweckes hat.

2. Als Feilhalten im Sinne des EinzelhandelschutzG. ist auch ein Warenangebot eines Konsumvereins anzusehen, das sich auf dessen Mitglieder beschränkt. Die nicht besonders genehmigte Übernahme einer Verkaufsstelle, in der Waren zum Verkauf feilgehalten werden, ist nach dem ÄnderungsG. v. 13. Dez. 1934 allgemein verboten, und zwar auch die Übernahme durch einen Konsumverein.

Zur Eintragung in das Genossenschaftsregister ist auf Grund einer beschlossenen Satzung von den gewählten Vorstandsmitgliedern die „Kohlen- und Brikettverkaufsvereinigung, eGmbH.“ angemeldet worden. Nachdem diese Anmeldung bereits einmal zurückgewiesen worden war, haben die Antragsteller im März 1935 den Antrag erneuert. Nach § 2 der Satzung bildet den Gegenstand des Unternehmens „der gemeinschaftliche Einkauf von Brennmaterialien aller Art im großen und Abfah im kleinen an die Mitglieder der Genossenschaft“. Die Mitgliedschaft können nach § 3 alle geschäftsfähigen Personen, auch juristische Personen, erwerben; über die Aufnahme entscheidet der Vorstand. Der Geschäftsanteil eines jeden Mitgliedes ist auf 50 Rpf. festgesetzt. Zur Rechtfertigung des Antrages haben die Antragsteller darauf hingewiesen, daß sie nicht beabsichtigten, eine neue Kohlenverkaufsstelle zu errichten, sondern daß die Genossenschaft das bestehende Kohlenlager des H. er Spar- und Darlehnskassenvereins eGmbH. übernehmen werde. Ihre Belieferung werde durch die R. Landwirtschaftliche Hauptgenossenschaft Raiffeisen eGmbH. erfolgen.

Das RegGer. hat auch den neuen Antrag, nachdem die Industrie- und Handelskammer ihm widersprochen hatte, zurückgewiesen, und zwar im wesentlichen aus denselben Gründen wie früher. Diese Gründe sind folgende:

1. Nach dem EinzelhandelschutzG. v. 12. Mai 1933 könne die Errichtung der Kohlenverkaufsstelle durch einen Konsumverein nur mit Genehmigung des Landrats erfolgen; auch im Falle der Übernahme einer bestehenden Verkaufsstelle finde das Gesetz Anwendung, da mit dieser Übernahme eine

Änderung der Betriebsart der früheren Verkaufsstelle verbunden sein würde (§ 3 Ziff. 3 des Ges.); die hiernach erforderliche Genehmigung sei aber nicht nachgewiesen.

2. Der beabsichtigte Geschäftsbetrieb widerspreche der zentralen Vereinbarung zwischen dem Präsidenten des Reichsverbandes der Deutschen Landwirtschaftlichen Genossenschaften Raiffeisen und dem Zentralverbande der Kohlenhändler Deutschlands e. V. v. 2. Aug. 1933; die Eintragung sei deshalb auch die Einverständniserklärung dieser Zentralverbände voraus.

3. Die Höhe des Geschäftsanteils von 0,50 R.M. lasse darauf schließen, daß es sich kaum um eine ernsthafte Gründung handele, daß vielmehr mit der Neugründung lediglich eine formelle Trennung von der Spar- und Darlehnskasse herbeigeführt werden solle, um auch nichtlandwirtschaftliche Mitglieder aufnehmen zu können und den Kohlenhandel des Spar- und Darlehnskassenvereins unter Umgehung der zentralen Vereinbarungen auszudehnen; es liege aber im Interesse der Allgemeinheit, daß das Genossenschaftsregister nicht mit solchen Zwerggenossenschaften belastet werde.

4. Es fehle die Bescheinigung über die Zulassung zu einem Revisionsverbande gem. Art. II des Ges. v. 30. Okt. 1934 (RGBl. I, 1077, 1227).

Die von den Antragstellern hiergegen eingelegte Beschwerde ist vom LG. zurückgewiesen worden. Auch die weitere Beschwerde hatte keinen Erfolg.

Das LG. prüft lediglich die Frage, ob die Anmeldung der Genossenschaft nach dem EinzelhandelschutzG. v. 12. Mai 1933 (RGBl. I, 262) den Nachweis der Genehmigung des Landrats voraussetzt, und gelangt hierbei, unter Berücksichtigung der durch das Ges. v. 13. Dez. 1934 (RGBl. I, 1241) veränderten Fassung des Gesetzes, zu dem gleichen Ergebnis wie das RegGer. Dem ist beizustimmen.

Falls das Unternehmen einer staatlichen Genehmigung bedarf, gehört es in der Tat zu den Aufgaben des Registrars, die Eintragung der Genossenschaft von der Vorlegung der Genehmigungsurkunde abhängig zu machen. Zwar enthält weder das GenG. (§ 11) noch die VO. über das Genossenschaftsregister i. d. Fassung v. 23. Nov. 1923 (RGBl. I, 1123) eine ausdrückliche Vorschrift, auf Grund deren die Genehmigungsurkunde der Anmeldung beizufügen ist, wie dies für AktG. im § 195 Abs. 2 Ziff. 6 HGB., für GmbHG. in § 8 Abs. 1 Ziff. 4 GmbHG. und für Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit in § 31 Abs. 1 Ziff. 1 des Ges. über die Aufsicht über die privaten Versicherungsunternehmungen und Waisenkassen v. 6. Juni 1931 (RGBl. I, 315) vorgesehen ist. Jedoch geben diese Gesetze hiermit nur einem aus der Natur der Sache folgenden Grundsatz besonderen Ausdruck; und es ist kein Grund ersichtlich, aus dem für Genossenschaften nicht das gleiche gelten sollte (vgl. RGZ. 24 A, 205; Schlegelberger, FGG., 4. Aufl., § 147 Anm. 5 S. 800). Der Senat hält daher an seiner bisherigen Auffassung, daß in solchen Fällen dem RegGer. die behördliche Genehmigung vor Eintragung der Genossenschaft nachzuweisen sei, fest.

Gemäß § 2 EinzelhandelschutzG. v. 12. Mai 1933 (RGBl. I, 262) i. d. Fassung des Ges. v. 13. Dezember 1934 (RGBl. I, 1241) dürfen Verkaufsstellen, in denen Waren zum Verkauf feilgehalten werden, nicht errichtet oder übernommen werden. Während nach der ursprünglichen Fassung des § 2 nur die Errichtung solcher Verkaufsstellen verboten und in § 3 Ziff. 3 der Errichtung der Verkaufsstelle deren Übernahme durch eine andere Person nur dann gleichgestellt war, wenn mit dieser Übernahme eine Änderung der Betriebsart verbunden war, ist in dem Ges. v. 13. Dez. 1934 die Ziff. 3 des § 3 nur deshalb gestrichen worden, weil nach der neuen Fassung des § 2 die Übernahme von Verkaufsstellen unbedingt verboten ist; die Neufassung im Ges. v. 13. Dez. 1934 hat demzufolge nicht etwa, wie die Antragsteller in der Begründung der weiteren Beschwerde annehmen, die Bedeutung, daß die Übernahme von Verkaufsstellen überhaupt nicht mehr unter das Gesetz falle; sondern sie bezweckt im Gegenteil eine Verschärfung der bisherigen Vorschriften (vgl. auch

RdErl. des RM. und Preuß. Min. f. Wirtschaft und Arbeit v. 10. Jan. 1935, V 6/35, abgedruckt bei Steffens, Ges. z. Schutze des Einzelhandels, S. 56). Die genannte Vorschrift findet gemäß § 4 auch auf die Errichtung von Verkaufsstellen der Konsumvereine Anwendung; wenn in § 4 auch die Übernahme von Verkaufsstellen nicht noch einmal ausdrücklich hervorgehoben ist, so ergibt doch der Zweck der Verschärfung der Vorschrift im Ges. v. 13. Dez. 1934, daß auch die Übernahme der Verkaufsstellen durch Konsumvereine hiervon betroffen werden sollte. Gemäß § 5 können jedoch von diesen Verbotsvorschriften nach Maßgabe der von der Reichsregierung aufzustellenden Richtlinien Ausnahmen zugelassen werden; über die Ausnahme entscheidet die von der Obersten Landesbehörde bestimmte Verwaltungsbehörde; als solche ist für Preußen gemäß der Anweisung des Min. f. Wirtschaft und Arbeit v. 27. Dez. 1933 — II 26781/III D — (abgedr. bei Steffens a. a. O. S. 34) in Landkreisen der Landrat, in Stadtkreisen der Oberbürgermeister, in dessen Bezirk die Verkaufsstelle errichtet werden soll oder sich befindet, zuständig. Das Gesetz ist nach seinem Vorpruch „zur Abwehr der dem Einzelhandel aus der gegenwärtigen wirtschaftlichen Not drohenden Gefahren und zur Sicherung des Bestandes der mittelständischen Betriebe des Einzelhandels“ erlassen worden.

Mit Recht nehmen die Vorinstanzen an, daß der Gegenstand des Unternehmens den Betrieb einer „Verkaufsstelle“ i. S. des Gesetzes voraussetzt, in welcher Waren, und zwar Brennmaterialien, zum Verkauf „feilgehalten“ werden. Das Feilhalten setzt allerdings grundsätzlich ein Angebot an die Allgemeinheit des Publikums voraus, und zwar, wie sich aus dem Zweck des Gesetzes und dem Wortlaut seines Wortspruches ergibt, im Einzelhandel, also ein Angebot unmittelbar an die Verbraucher und nicht etwa nur an Wiederverkäufer oder im Wege des Hilfsbetriebs eines anderen Unternehmens, z. B. eines handwerklichen oder landwirtschaftlichen Betriebes (vgl. Anweisung des RM. v. 16. Dez. 1933, III A Nr. 18008/33, abgedr. bei Steffens a. a. O. S. 35 ff., zu B I, 1). Jedoch ist gerade daraus, daß nach § 4 des Ges., dessen Vorschriften auch auf „Konsumvereine“ Anwendung finden, zu entnehmen, daß als Feilhalten i. S. des Gesetzes auch ein Warenangebot anzusehen ist, das sich auf die Mitglieder des Konsumvereins beschränkt. Denn das Wesen des Konsumvereins besteht gerade darin, daß er Lebens- und Wirtschaftsbedürfnisse im großen einkauft und im kleinen an seine Mitglieder abläßt (vgl. § 1 Ziff. 1 GenG.). Nach der eigenen Darstellung der Antragsteller beabsichtigt die zu gründende Genossenschaft das bereits bestehende Kohlenlager des Spar- und Darlehnskassenvereins eGmbH. zu übernehmen; hierin liegt die Übernahme einer Verkaufsstelle. Diese kann, wie die Szogung der Genossenschaft ergibt, auch nicht etwa als Hilfsbetrieb eines anderen Unternehmens angesehen werden, sondern bildet dessen Hauptgegenstand. Demzufolge fällt sie unter das gesetzliche Verbot, von dem nur durch den zuständigen Landrat eine Ausnahme zugelassen werden könnte. Die Vorinstanzen haben also die Eintragung mit Recht von der Beibringung der Genehmigung des Landrats abhängig gemacht. Auch des Erlasses einer besonderen Zwischenverfügung vor Zurückweisung des Antrages bedurfte es im vorliegenden Falle nicht, da die Antragsteller schon im früheren Antragsverfahren vergeblich zur Beibringung dieser Genehmigung aufgefordert waren, und ihr Verhalten ergab, daß sie diese Genehmigung nicht beibringen wollten oder konnten. Hiermit rechtfertigt sich die Zurückweisung der weiteren Beschwerde.

Für den Fall, daß mit einem neuen Antrage die Genehmigung des Landrats nachträglich noch beigebracht werden sollte, sei wegweisend kurz auf die übrigen Beanstandungen des RegGer. eingegangen. Das RegGer. hat neben den allgemeinen Erfordernissen nur die Vollständigkeit und Ordnungsmäßigkeit der Anmeldung, einschließlich der Gesegemäßigkeit der beigebrachten Urkunden sowie auf Grund dieses Materials die Zulässigkeit des Errichtungsakts zu prüfen (vgl. Schlegelberger § 147 FGG. Anm. 5; RGZ. 140,

181); hierzu gehört auch die Prüfung der Frage, ob der Gegenstand des beabsichtigten Unternehmens nicht gegen das Gesetz oder gegen die guten Sitten verstößt. Jedoch gehört es nicht zu den Aufgaben des Registerrichters, zu untersuchen, ob das Unternehmen Aussicht auf Verwirklichung seines Zweckes hat (vgl. RZM. 9, 241; JW. 1924, 1178). Demzufolge war die Ablehnung der Eintragung aus dem Grunde, weil die zu gründende Genossenschaft in Folge privater Vereinbarungen von Zentralverbänden möglicherweise nicht beliefert werden wird, oder weil die fassungsmäßige Höhe des Geschäftsanteils voraussichtlich keinen umfangreicheren Geschäftsbetrieb ermöglicht, nicht gerechtfertigt. Ebenjowenig ist in dem Gesetze die Zulassung einer Genossenschaft von einer Mindesthöhe der Geschäftsanteile abhängig gemacht. Mit Recht hat das RegGer. jedoch die Bescheinigung über die Zulassung zu einem Revisionsverbande vermisst (vgl. § 11 Abs. 2 Ziff. 4 GenG., i. d. Fass. des Art. II des Ges. v. 30. Okt. 1934, RGBl. I, 1077).

(RG., 1. Zivilsen., Beschl. v. 12. Dez. 1935, 1 Wx 497/35.)
[Sch.]

*

34. §§ 147 Satz 2, 150 HGB. Streiten die beiden Liquidatoren einer OHG. i. Ligu. darüber, ob der eine von ihnen zu einer Leistung an die Gesellschaft verpflichtet ist, so rechtfertigt die Absicht des anderen, diesen Anspruch durch die Gesellschaft einklagen zu lassen, noch nicht die Abberufung des ersteren; es bedarf vielmehr einer näheren Prüfung der Umstände.

Gesellschafter der im Jahre 1889 gegründeten OHG. waren ursprünglich der Fabrikbesitzer Robert Kr. und der Fabrikbesitzer Wilhelm Kl. An die Stelle des letzteren ist der Kaufmann Johannes Kl. als alleiniger Vorerbe getreten. Nachdem infolge der Auflösung der Gesellschaft die beiden Gesellschafter gemeinsam Liquidatoren geworden waren, beantragte Robert Kr. bei dem UG., den Johannes Kl. aus dem Amte des Liquidators zu entlassen und an seiner Stelle einen anderen Liquidator zu ernennen. Er begründete dies u. a. damit, daß er selbst als Liquidator der Gesellschaft genötigt gewesen sei, gegen Kl. als Gesellschafter eine EinstwVg. zu erwirken und eine Klage zu erheben. Unter den Gesellschaftern war nämlich streitig geworden, ob die Fabrikgrundstücke, in denen der Betrieb geführt wurde und als deren Eigentümer im Grundbuche Robert Kr. und Wilhelm Kl. zu gleichen Bruchteilen eingetragen sind, an die Gesellschaft zu Gesellschaftseigentum übertragen werden müßten, was Robert Kr. entgegen der Meinung des Johannes Kl. aus dem Gesellschaftsvertrage folgern zu können glaubt und auch jetzt noch durchsetzen will. Das UG. sprach die Abberufung des Johannes Kl. aus und bestellte an seiner Stelle den Fabrikdirektor Carl M. zum Mitliquidator. Mit einer sofortigen Beschwerde beantragte Johannes Kl. seine Abberufung aufzuheben und anzuordnen, daß der Liquidator M. die Gesellschaft in den anhängigen Rechtsstreitigkeiten allein und nicht mit dem Liquidator Robert Kr. zusammen vertreten könne.

Das Rechtsmittel wurde vom UG. zurückgewiesen. Die sofortige weitere Beschw. des Johannes Kl. hatte Erfolg.

Das UG. sieht den wichtigen Grund für die Abberufung des Liquidators Kl. i. S. des § 147 Satz 2 HGB. allein schon in der Tatsache, daß Robert Kr. vermeintliche Ansprüche der Gesellschaft im Prozeßwege gegen ihn verfolgt. Das ist rechtsirrig. Dem UG. könnte nicht einmal dann ohne weiteres beigestimmt werden, wenn es rechtlich unmöglich wäre, einen Prozeß für die Gesellschaft gegen einen Liquidator ohne dessen Abberufung zu führen. Denn von diesem Rechtsstandpunkte aus müßte vor der Abberufung immer noch geprüft werden, ob begründeter Anlaß für die Gesellschaft besteht, den Prozeß zu führen. Es liegt selbstverständlich nicht im Sinne des Gesetzes, daß einer von zwei Liquidatoren die Abberufung des anderen durch gerichtliche Geltendmachung völlig unbegründeter Ansprüche erzwingen kann. Auf die Unbegründetheit der Ansprüche kann es aber nicht einmal ankommen, und zwar deshalb nicht, weil ein Liquidator in einem von der Gesellschaft gegen ihn selbst geführten Prozesse schon kraft Gesetzes

von der Vertretung der Gesellschaft ausgeschlossen ist. Das letztere folgt daraus, daß niemand zugleich Kl. und Besl. sein kann (ebenso RGZ. 47, 18). Das UG. nimmt in dieser Entsch. allerdings weiter an, daß gleichwohl die verbleibenden Liquidatoren zur Vertretung der Gesellschaft in dem Prozesse nicht ausreichen, sondern durch einen Ersatzliquidator ergänzt werden müßten. Ob das richtig ist, mag im Anwendungsgebiete des § 150 HGB., wonach nur die „vorhandenen“, also doch wohl die im Hinblick auf das gerade vorzunehmende Geschäft vorhandenen, mehreren Liquidatoren nur gemeinsam handeln können, zu bezweifeln sein. Die Frage bedarf aber hier keiner Entsch. Denn wenn man sich auf den Standpunkt stellt, daß ein Liquidator, der in einer einzelnen Angelegenheit an der Ausübung seines Amtes kraft Gesetzes verhindert ist, durch eine andere Person als Liquidator ersetzt werden müsse, so darf dies folgerichtig nicht in weiterem Umfange geschehen, als das Bedürfnis reicht, also nur zur Erledigung der bestimmten Angelegenheiten (vgl. auch RG.: Recht 1910 Nr. 2898). Andernfalls würde die Zahl der Liquidatoren im übrigen ganz zwecklosweise vermehrt werden. Soweit aber hier der Direktor M. zur ergänzenden Vertretung der Gesellschaft für die Prozesse zum Liquidator bestellt ist, wird die Verfügung des UG. von keiner Seite angegriffen, und muß sie schon aus diesem rein verfahrensrechtlichen Grunde aufrechterhalten bleiben.

Zur Abberufung des BeschwF. aus seinem Amte und demnach zur Vertreterbestellung des Direktors M. auch über den Rahmen der Prozesse hinaus reicht aber der Interessengegensatz, der in der Frage der Zugehörigkeit der Fabrikgrundstücke zum Gesellschaftsvermögen zwischen dem BeschwF. und der Gesellschaft besteht, noch nicht ohne weiteres aus, weil der BeschwF., wie vorher dargelegt ist, im Rahmen dieses Interessengegensatzes von der Ausübung seines Amtes als Liquidator ohnehin ausgeschlossen ist. Ebenjowenig vermögen die vom UG. angestellten besonderen Erwägungen die Entsch. zu rechtfertigen. Der angefochtene Beschluß meint, es entspreche der Lebenserfahrung, daß ein Rechtsstreit, in dem notwendig eine Partei unterliegen und die andere gewinnen müsse, auch noch nachträglich auf längere Zeit Spannungen zwischen den Parteien erzeuge, die nicht geeignet seien, ein reibungsloses geschäftliches Zusammenarbeiten, wie es zwischen zwei Liquidatoren im vermögensrechtlichen Interesse einer Handelsgesellschaft notwendig sei, zu gewährleisten. Da hier der BeschwF. den der Gesellschaft abträglichen Standpunkt einnehme, sei es gerechtfertigt, ihn abzurufen und nicht den anderen Liquidator. Davan ist zunächst zu bemängeln, daß der aufgestellte Erfahrungssatz nicht allgemein, d. h. ohne Rücksicht auf die besonderen Umstände des einzelnen Falles, gelten kann. Ein Rechtsstreit zwischen zwei Gesellschaftern über eine rein sachliche Meinungsverschiedenheit braucht durchaus noch nicht ein weiteres Zusammenarbeiten der beiden unmöglich zu machen. Aber auch die weitere Erwägung, daß hier infolge des Streites gerade der BeschwF. als derjenige, welcher den der Gesellschaft abträglichen Standpunkt einnehme, weichen müsse, ist nicht zu billigen. Es handelt sich hier wirtschaftlich allein um einen Meinungsstreit zwischen den beiden Gesellschaftern. Die Auffassung, daß Robert Kr. mit der Geltendmachung der Gesellschaftsansprüche mehr als lediglich seine eigenen Interessen verfolge, ließe sich nur dann vertreten, wenn von der erfolgreichen Durchsührung der Ansprüche auch die Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger abhängig wäre. In dieser Beziehung hat das UG. keine Feststellung getroffen. Liegt aber ausschließlich ein Streit zwischen den beiden Gesellschaftern über den Umfang ihrer Gesellschafterpflichten vor, so kann der Umstand, daß der Standpunkt des einen für die „Gesellschaft“, d. h. doch auch nur für beide Streitende in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter gleichmäßig, günstig und der des anderen ungünstig ist, bei Beurteilung der Frage, wer von beiden — bei Unmöglichkeit eines weiteren Zusammenwirkens — den Platz räumen muß, nicht den Ausschlag geben. Von größerer Bedeutung wäre vielmehr wiederum, ob der eine oder der andere unbegründeten Anlaß zu dem Streite gegeben hat, was ebenjowohl für den Berfechter unbegründeter Gesellschaftsansprüche wie für denjenigen gelten kann, der berechtigte Ansprüche bestreitet. Liegt aber, womit hier den Umständen nach zu rechnen

ist, kein besonderer Grund vor, gerade einen der beiden Gesellschaftler für den entstandenen Streit verantwortlich zu machen, so kommt — immer unter der Voraussetzung, daß beide nebeneinander nicht im Amte verbleiben können — endlich in Frage, daß beide abberufen werden, damit keiner vor dem anderen bevorzugt wird. Übrigens ist es für die Entsch. über den Antrag des Beschw. auf Abberufung des Liquidators Rr. entgegen der Ansicht des LG. durchaus nicht gleichgültig, ob der letztere die Absicht hat, im Liquidationsverfahren das Gesellschaftsvermögen an sich zu bringen, wenn damit zu rechnen ist, daß er, um diesen Zweck zu erreichen, die Interessen seines Mitgesellschafters verletzen werde.

Die Vorentscheidungen unterliegen aus diesen Gründen — abgesehen von der Bestellung des Direktors M. zum Liquidator in dem unangefochten gebliebenen Umfange — der Aufhebung.

(RG., 1. ZivSen., Beschl. v. 30. Jan. 1936, 1 Wx 696/35.) [Sch.]

*

35. § 22 HGB.; § 138 BGB. Der Verkauf eines Handelsgeschäfts mit einem arischen Firmennamen an einen Volljuden verstößt gegen die guten Sitten und ist daher nichtig. Es kommt nicht darauf an, ob dem arischen Verkäufer die Jüden-eigenschaft des Käufers bekannt war.

Der arische Antragsgegner betrieb seit dem Jahre 1931 unter der Firma E. K. Kaffeeverband ein Kaffeeverbandgeschäft. Er hat es durch den Vertrag v. 27. Mai 1933 an den Antragsteller verkauft. Dieser ist Volljude i. S. der B. v. 14. Nov. 1935; er gehört auch der jüdischen Religionsgemeinschaft an. In den Kaufpreis von 4000 RM waren vereinbarungsgemäß sämtliche Rechte an der Firma und die Übernahme des gesamten Kundenstammes eingeschlossen.

Die Vereinbarung über die Fortführung der Firma ist nichtig.

Die Frage, ob ein Jude, der ein Handelsgeschäft von einem Arier kauft, das Geschäft unter dessen offensichtlich arischem Namen weiterführen darf, ist allerdings bisher durch keine besondere gesetzliche Bestimmung geregelt. Eine Vereinbarung, die dazu führt, daß ein Volljude künftig unter einem arischen Namen Handel betreibt, muß jedoch schon jetzt nach der allgemeinen Best. des § 138 Abs. 1 BGB. als nichtig bezeichnet werden, weil sie gegen die guten Sitten verstößt.

Dabei kommt es im Gegensatz zu der Meinung des LG. nicht darauf an, ob der Vertrag allein zu dem Zwecke geschlossen ist, einem Juden einen arischen Firmennamen zu verschaffen, oder ob das auch nur einer der Zwecke gewesen ist. Entscheidend ist folgendes:

Die nationalsozialistische Weltanschauung, welche für die Rechtsfindung maßgebend ist, steht dem Judentum ablehnend gegenüber. Die Mehrzahl der Volksgenossen vermeidet es deshalb grundsätzlich, bei Juden, jedenfalls bei Volljuden zu kaufen; das gilt insbes. bei Käufen für den täglichen Bedarf, die sich zu etwa demselben Preise leicht bei arischen Einzelhändlern decken lassen. Hinzukommt, daß den Parteigenossen und Angehörigen vieler Gliederungen und Verbände das Einkauf bei Juden von der Partei und den Organisationen untersagt ist. Für den vorl. Fall ist danach ohne weiteres glaubhaft, daß daher viele Kunden des Antragstellers nicht von ihm kaufen würden, wenn sie wüßten, daß er ein Jude ist. Wenn sie es trotzdem tun, so geschieht es deshalb, weil sie ihn infolge des arischen Firmennamens für einen Arier halten oder — wenn sie alte Kunden sind — nichts davon wissen, daß die Firma den Inhaber gewechselt hat.

Die Vereinbarung der Parteien, die zwangsläufig zu einem solchen Ergebnisse führt, muß nach § 138 Abs. 1 BGB. als nichtig erachtet werden; sie ist nach ihrem Wesen und Inhalte nach der heutigen deutschen Rechtsanschauung objektiv unsittlich, weil sie geeignet ist, eine Täuschung über die Rassezugehörigkeit des Firmeninhabers herbeizuführen. Unter diesen Umständen kommt es nicht darauf an, ob der Antragsgegner gewußt hat, daß der Antragsteller Jude ist, und ob er deshalb an jenes Ergebnis gedacht hat. Der Antragsteller kann auch

nicht geltend machen, daß der Antragsgegner arglistig handle, wenn er sich trotz Kenntnis der Sachlage auf die Nichtigkeit berufe. Die Nichtigkeit, auf die es im vorl. Rechtsstreit allein ankommt, ergreift den Bestand der Vereinbarung schlechthin und kann mit solchen Einwendungen nicht bekämpft werden. Ob der Antragsgegner sich durch unerlaubte Handlungen schadensersatzpflichtig gemacht hat, steht hier nicht zur Entsch.

Mit der Vereinbarung über die Fortführung der Firma fällt aber der gesamte Kaufvertrag, da der Antragsteller ihn annehmbar ohne die Vereinbarung nicht geschlossen haben würde (§ 139 BGB.).

(OLG. Hamburg, Ur. v. 27. Nov. 1935, 1 U 225/35.)

*

36. § 18 Abs. 2 HGB. Firmenzusatz „Hamburger Kaffeelager“ bei einem Kaufmann, der in seinem Kolonialwarengeschäft Kaffee einer Hamburger Firma führt. †)

Eine Beschw. gegen den Beschluß des LG., der die Eintragung der Firma „Hamburger Kaffeelager Erich R.“ anordnete, war unzulässig. Denn Beschw. gegen die Anordnung von Eintragungen im Handelsregister sind unstatthaft. Das LG. hätte daher als Beschw. die Beschw. als unzulässig verwerfen müssen.

Freilich hätte es in der als Beschw. bezeichneten Eingabe der Industrie- und Handelskammer ohne Zwang die Anregung zur Einleitung eines Lösungsverfahrens nach §§ 142 ff. FGG. finden und gem. § 143 FGG. als Gericht erster Instanz entscheiden können.

Entscheidet das LG. nunmehr sachlich nach § 143 FGG., so wird es bei der Entsch. folgendes zu beachten haben:

Ob der Firmenzusatz „Hamburger Kaffeelager“ geeignet ist, eine Täuschung i. S. des § 18 Abs. 2 HGB. herbeizuführen, kann nicht nach den Anschauungen der beteiligten Handelskreise oder einzelner besonderer Verbraucher beurteilt werden. Maßgebend ist vielmehr nur die Anschauung der breiten Masse des Publikums. Davon ausgehend haben zahlreiche Entsch. der höheren Gerichte (so auch Beschl. des 3. ZivSen. des OLG. Jena vom 28. Sept. 1933, 3 Y 37/33) den Zusatz nicht für irreführend gehalten. An dem Ausgangspunkt dieser Entsch. (Anschauung des breiten Publikums ist maßgebend) wird zwar festzuhalten sein, das LG. wird aber prüfen müssen, ob sich nicht in der Anschauung des Publikums ein Wandel vollzogen hat, nachdem sich nach dem Umbruch eine geläuterte Rechtsauffassung durchgesetzt und nun schon fast drei Jahre ausgewirkt hat. Die nationalsozialistische Auffassung von Wahrheit und Redlichkeit im Handelsverkehr kann nicht ohne Einfluß auf die Anschauungen der breiten Masse der Volksgenossen geblieben sein, und das LG. wird prüfen müssen, ob dieser Einfluß schon zu einem Wandel der Anschauungen über Firmenzusätze der hier in Betracht kommenden Art geführt hat. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, daß der 5. ZivSen. des OLG. Karlsruhe in einem Beschl. v. 22. Juni 1935 bei einem Lebensmittelgeschäft den Firmenzusatz „Hamburger Kaffeelager“ als irreführend bezeichnet hat.

(OLG. Jena, 2. ZivSen., Beschl. v. 21. Jan. 1936, 2 W 430/35.)

Anmerkung: Die formelle Frage, ob eine Beschw. gegen Registereintragungen zulässig ist, läuft im praktischen Ergebnis lediglich darauf hinaus, ob das LG. zuständig wird oder das Registergericht erneut sich als erste Instanz mit der Nachprüfung der Eintragung und ihrer Unterlagen nach der rechtlichen und tatsächlichen Seite zu befassen hat. Die in letzterem Sinne ausgesprochene Ansicht des OLG. entspricht der ständigen Praxis, die — wie man annehmen sollte — Allgemeingut geworden ist (vgl. Groschuff = Nebelung, HGB., Bd. I, Stichwort: „Beschwerde“, zu 2).

Die materielle Frage, ob und wann ein Firmenzusatz i. S. des § 18 Abs. 2 HGB. täuschungsgerecht ist, ist im Dritten Reich in ein neues Stadium getreten. Bereits in FGG. 13, 59 = JW. 1935, 3164¹¹ hat das RG. anlässlich des Zusatzes „Zentrale“ ausgesprochen, daß jetzt ein strengerer Maßstab anzulegen ist, zumal seit der staatlichen Umrüstung 1933 in erhöhtem Maße auf die Redlichkeit im Geschäftsverkehr Wert gelegt wird und das allgemeine Bestreben dahin geht, hochtönende Firmenzusätze auf das richtige Maß zurückzuführen (vgl. Groschuff = Ne-

belung a. a. O., Bd. I, Stichwort „Firmenzusätze“). Dies gilt auch für den jetzt beliebten Zusatz „Kaffeelager“. Mit Recht hat das OLG. Karlsruhe in ZfO. 13, 55 betont, daß nach der Verkehrsanschauung ein „Lager“ noch nicht vorhanden ist, wenn nur die bei einem kleinstädtischen Kaufmann übliche Menge im Geschäft i. S. des Sprachgebrauchs „lagert“. „Kaffeelager“ ist zwar nur ein auf die Ware „Kaffee“ beschränktes „Warenlager“; es macht aber einen Unterschied aus, ob man ein Warenlager hat oder in der Firma dies besonders hervorhebt. Niemandem wird einfallen, eine Firma „Warenlager Paul Müller“ zu bilden. Wenn daher eine Firma „Kaffeelager Paul Müller“ gebildet ist, so will der Inhaber damit eine bestimmte Vorstellung erwecken. In diesem Sinne ist die in ZfO. 13, 55 entwickelte Ansicht zu verstehen, daß der Kaffeevorrat nach Menge und Auswahl eine Rolle spielt, so daß besondere Vorstellungen über Leistungsfähigkeit und Preisgestaltung lebendig werden. Verstärkt wird dieser Eindruck durch den Hinweis auf Hamburg, einen Mittelpunkt des Überseehandels. Dementsprechend ist auch eine Bezeichnung wie „Holländische Kaffeelagererei“ zu beurteilen. Im Zuge der Neuorientierung der Rspr. liegt auch obige Entsch. des OLG. Jena.

Nur hinsichtlich des Personenkreises, der der Täuschungsgegnung unterliegt, kann der Entsch. nicht zugestimmt werden. „Breite Masse des Publikums“ deutet offenbar hin auf „überwiegende Mehrheit der Verbraucher“. Indes auch Lieferanten können durch einen Firmenzusatz falsche Vorstellungen über Leistungsfähigkeit und damit Kreditwürdigkeit erhalten. Es ist lediglich die Streitfrage, ob bei Feststellung der Verkehrsanschauung im Handel Publikum und Handelskreise kumulativ berücksichtigt werden müssen (RG.: JW. 1934, 491) oder alternative Berücksichtigung genügt (DfZ. 1934, 325 Nr. 5). Dafür, daß letzterenfalls nur die Anschauung des „Publikums“ beachtlich ist, fehlt jeder Rechtsgrund: Eine im Verkehr gebildete Anschauung kann nicht durch Rspr. eingeengt werden, sonst ist sie keine Verkehrsanschauung. Crisolli (JW. 1934, 492) hält sogar die Gefahr der Täuschung einer Minorität für ausreichend.

OLG. Groschuff, Berlin.

Kostenrecht

Rechtsanwaltsgebührenordnung

37. § 13 Ziff. 4 RAGebO. Nach Anordnung einer Beweisaufnahme entwickelte Tätigkeit des Anwalts, die der Vermeidung der Durchführung der Beweisaufnahme gilt, stellt keine Vertretung im Beweisaufnahmeverfahren dar und läßt die Anwaltsbeweisgebühr selbst dann nicht entstehen, wenn der Anwalt den Beweisbeschuß an die Partei weitergeleitet hatte. †)

Im Verhandlungstermin vom 1. April 1935 haben die beiderseitigen Anwälte zur Sache verhandelt. Es heißt dann im Protokoll: „Es wurde ein Beweisbeschuß seinem wesentlichen Inhalte nach verkündet, der jedoch erst in 10 Tagen abgesetzt werden soll. Bis dahin eingehende Schriftsätze sollen berücksichtigt werden.“ Nachträglich hat dann der Angekl. die ihm zur Last gelegten Verfehlungen zugegeben. Es ist dann erneut verhandelt und ohne Beweisaufnahme Urteil verkündet worden.

Die Kl. meint, daß damit für ihren Prozeßbevollmächtigten Beweis- und weitere Verhandlungsgebühren erwachsen seien, da nach herrschender Rechtsprechung der Erlaß des Beweisbeschlusses bereits genüge, die Ausführung des Beschlusses dagegen bedeutungslos sei. Im übrigen liege eine besondere Tätigkeit ihres Prozeßbevollmächtigten darin, daß nach der Verkündung des Beweisbeschlusses die Parteien auf dem Gerichtskorridor gemeinsam die Aussichten einer Beweisaufnahme besprochen hätten und der Befl. zu dem Ergebnis gelangt sei, es sei für ihn besser, seine Verfehlungen zuzugeben. Demgemäß sei dann verfahren worden.

Die Ausführungen der Beschwerde lassen aber nicht erkennen, inwiefern eine Vertretung der Kl. durch ihren Prozeßbevollmächtigten im Beweisaufnahmeverfahren, durch welche die anwaltliche Beweisgebühr gemäß § 13 Ziff. 4 RAGebO. erwachsen wäre, erfolgt sein soll. Die Entziehung der Anwaltsbeweisgebühr setzt eine Tätigkeit des Anwalts voraus, die die Wahrnehmung der Interessen seiner Partei bei der Durchführung der angeordneten Beweisaufnahme zum Gegenstand hat. Nach überwiegender, auch vom Senat gebilligter Ansicht liegt der Beginn dieser Tätigkeit bereits in der Empfangnahme und Weiterleitung des schriftlich abgesetzten, mithin die Einzelheiten der Beweisanordnung enthaltenden Beweisbeschlusses an die Partei, weil gleichsam eine Vernunft dafür spricht, daß nunmehr zugleich der Anwalt bereits in Erörterungen mit seiner Partei über eine zweckmäßige Durchführung der Beweisaufnahme eintritt. Eine nur erst mündlich ihrem wesentlichen Inhalte nach verkündete Beweisanordnung, die vielfach ohnehin sich auf die Mitteilung beschränkt, daß das Gericht Beweisaufnahme beschlossen habe und das nähere aus dem schriftlichen Beschuß ersichtlich sein werde, bildet dagegen noch keine ausreichende Grundlage für eine solche Tätigkeit des Anwalts. Deshalb hat der Senat in derartigen Fällen eine Tätigkeit im Beweisaufnahmeverfahren noch nicht anerkennen können (grunds. Entsch. vom 7. Dez. 1932 bei Gaedeker, Kostenrechtpr. 1934 Nr. 73).

Erst recht hat der Senat eine solche Tätigkeit stets dann verneint, wenn die nunmehr einsetzende Tätigkeit des Anwalts sich in der Richtung bewegt, daß die angeordnete Beweiserhebung — gleichgültig aus welchen Gründen — nicht zur Ausführung kommen solle. Es müßte fast widersinnig erscheinen, von einer Vertretung durch den Anwalt in einem Beweisaufnahmeverfahren zu sprechen, wenn nach Anordnung der Beweisaufnahme das Ziel der Tätigkeit des Anwalts gerade auf Vermeidung ihrer Durchführung gerichtet ist. In solchem Falle würde selbst die Empfangnahme und Weiterleitung des schriftlichen Beweisbeschlusses, die nur wegen der vermuteten weiteren Tätigkeit zur Durchführung der Beweisanordnung bereits als Beginn der Tätigkeit im Beweisaufnahmeverfahren gilt, die Anwaltsbeweisgebühr nicht begründen.

Eine derartige auf Vermeidung der Durchführung des Beweisbeschlusses gerichtete Tätigkeit des Anwalts liegt vielmehr im Rahmen der allgemeinen Prozeßdurchführung und fällt deshalb unter die den allgemeinen Geschäftsbetrieb abgeltende Prozeßgebühr. Die Richtigkeit dieser Auffassung erhellt besonders deutlich durch die zur Begründung der Beschwerde gemachten Ausführungen. Danach haben die Parteien die Aussichten einer eventuellen Beweisaufnahme erörtert, und sind danach zu der Entschließung gelangt, es zu einer solchen nicht erst kommen zu lassen. Der Sachverhalt ist also nicht anders zu beurteilen, als wenn vor Erlaß einer Beweisanordnung die Parteien die gleichen Erwägungen angestellt und demgemäß verfahren hätten.

(RG., 20. ZivSen., Beschl. v. 21. Dez. 1935, 20 W 7457/35.)

Anmerkung: Ich möchte dieser Entsch. im wesentlichen beitreten.

Ich hatte bereits in einer Besprechung in JW. 1935, 2297, Anm. zu Nr. 43, den Standpunkt einer Entsch. des RG. gebilligt, daß der Parteivertreter es nicht in der Hand hat, das einmal vom Gericht angeordnete Beweisaufnahmeverfahren seinem Umfange nach bis zu einem gewissen Grade selber zu bestimmen, nämlich in der Richtung einer Erweiterung dieses Umfanges, die sich dann natürlich im Sinne einer Erweiterung des Gebührenanspruchs auswirken könnte.

Der jetzt vom RG. entschiedene Fall wirft die Frage in gegenteiliger Richtung auf: Ob es für den Gebührenanspruch des Anwalts nachteilig sein kann, je nachdem, wie er sich nach einmal ergangener Beweisanordnung dazu stellt.

Da kann m. E. im Prinzip an der Richtigkeit der vorstehenden Entsch. vertretenen Auffassung nicht gezwweifelt werden. Die Anwaltsbeweisgebühr erwächst für die Tätigkeit des Anwalts zur Durchführung der angeordneten Beweisaufnahme. Eine Tätigkeit, die das Gegenteil zum Ziel hat, näm-

lich die Durchführung zu verhindern — wobei es gleichgültig sein muß, aus welchen Gründen das geschieht — kann nach Sinn und Zweck der RAGebD. und der eigentlichen ratio gerade der Beweisgebühr ausgerechnet diese Gebühr nicht wohl auslösen.

Ich halte auch ohne Frage für richtig, daß eine Erörterung des Anwalts mit seiner Partei darüber, ob die angeordnete Beweisaufnahme im Interesse der Partei liegt und von ihrem Standpunkt aus eine Durchführung erwünscht ist, die allgemeine Prozeßdurchführung betrifft. Sie wird deshalb durch die Prozeßgebühr abgegolten. Der Sachverhalt ist hier ja schließlich nicht anders, als wenn bei irgendwelchen Besprechungen mit dem Mandanten die Frage erörtert wird, ob man überhaupt einen Beweisanspruch für notwendig oder zweckmäßig hält.

Schwierigkeiten erwachsen m. E. aus dieser Stellungnahme nur dann, wenn bereits ein äußerer Tatbestand vorliegt, der im allgemeinen als ausreichend angesehen wird, um die anwaltliche Beweisgebühr entstehen zu lassen. Das ist der Fall der Empfangnahme und Weiterleitung des schriftlichen Beweisbeschlusses an die Partei. Diese Schwierigkeiten hat das RG. auch durchaus anerkannt. Es meint deshalb, daß nur wegen der vermuteten weiteren Tätigkeit des Anwalts in der nun sich abspielenden Beweisaufnahme bereits die Übersendung des Beweisbeschlusses als Tätigkeit im Beweisnahmeverfahren angesehen und honoriert wird. Ich glaube allerdings nicht, daß diese Auffassung richtig ist. Vielmehr ist die Übersendung bereits der Beginn der Tätigkeit im Beweisnahmeverfahren. Auf den Umfang der Tätigkeit kommt es bekanntlich nicht an. Auch wenn die Beweisaufnahme aus irgendwelchen Gründen nicht zur Durchführung gelangt, ist die Beweisgebühr verdient.

Trotzdem muß ich dem RG. darin Recht geben, daß die Übersendung des Beweisbeschlusses die soeben genannte Bedeutung dann nicht hat, wenn zugleich der Anwalt der Partei rät, diese Beweisaufnahme nicht zur Durchführung gelangen zu lassen.

Damit gibt er seinen Standpunkt dahin zu erkennen, daß er in der Beweisaufnahme noch nicht tätig sein wolle. Da die subjektive Voraussetzung der Anwaltsbeweisgebühr — eben die entsprechende Tätigkeit des Anwalts — logischerweise ohne entsprechenden Willen des Anwalts zu solcher Tätigkeit nicht denkbar ist, muß also notwendig die Kundgabe des gegenseitigen Willens die Entstehung der Beweisgebühr hindern.

Damit ist aber, ich möchte fast sagen, rein theoretisch, nur erst das Prinzip festgestellt, von welchem aus man an die Beurteilung dieser Frage herangehen kann. Denn in der Praxis taucht naturgemäß sofort die Frage auf, ob der Begriff „zugleich“ nicht die ganze Unterscheidung in Wirklichkeit illusorisch macht. Soll „zugleich“ bedeuten: nur gleichzeitig mit der Übersendung des Beweisbeschlusses? oder soll dieser Begriff auch dann noch erfüllt sein, wenn die erste sachliche Äußerung des Anwalts zur Partei nach der Beweisordnung dahin geht, ihr von der Beweisaufnahme abzuraten? Man denke an den sicherlich häufigen Fall, daß das Büro formularmäßig den Beschluß dem Mandanten zur Kenntnisnahme übersendet. Dieser sucht daraufhin den Anwalt zur Rücksprache auf. Hierbei kommen sie zu dem Ergebnis, es sei zweckmäßig, Schritte zur Vermeidung der Beweisaufnahme zu unternehmen. Es scheint mir nicht ganz billigenwert zu sein, diese Fälle anders zu entscheiden, als wenn der Anwalt in einem Begleitschreiben an die Partei bereits seinen abratenden Standpunkt zu erkennen gibt. Folglich darf der obige Begriff des „zugleich“ nicht zu eng ausgelegt werden. Ein gewisser beweglicher Rahmen muß, um unbillige Ergebnisse zu vermeiden, zur Verfügung stehen.

Damit würde dann auch der vielleicht mitunter bestehende Anreiz für den Anwalt, sich zunächst einmal die Beweisgebühr zu sichern, entfallen, obwohl ein solches Vorgehen der Einstellung des Anwalts, der seiner Pflichten und seiner Verantwortung dem Mandanten gegenüber sich bewußt ist, nicht entspricht und im allgemeinen wohl nicht zu befürchten sein wird.

Lassen sich also die praktischen Schwierigkeiten einer

Unterscheidung zwischen Tätigkeit zur Durchführung und zur Vermeidung einer Beweisaufnahme im Verhältnis zu dem Zeitpunkt des Entstehens der Beweisgebühr nicht durch völlig klare Abgrenzung der verschiedenen Fälle gegeneinander besetzigen, so wird man doch eins nicht übersehen dürfen: Es wird sich doch wohl mehr um Ausnahmefälle handeln, in denen solche Fragen zur Entscheidung kommen. Denn allzuhäufig ist es ja nicht, daß eine Partei eine angeordnete Beweisaufnahme zu inhibieren suchen wird. Um so verantwortungsbewusster eine Partei ihren Prozeß führt, um so weniger wird sie aus einer vom Gericht für notwendig erklärten Beweiserteilung für sich Nachteile zu befürchten haben.

RA. u. Notar Kurt Kubisch, Lübben (Spreew.)

*

38. § 13 Ziff. 4 RAGebD.; § 617 ZPO. Beweisaufnahme in Ehesachen bei Vorhandensein beweisedürftiger Tatsachen und geeigneten Beweismaterials ist in der Regel anzunehmen.

Auf die vom RL. eingereichte Scheidungsklage hin, die sich auf den Tatbestand der böswilligen Verlassung gemäß § 1567 BGB. stützt, sind im Armenrechtsverfahren die Vorprozessakten beigezogen worden. Daß sie auch in der Verhandlung vorgelegen haben und benutzt worden sind, ergibt sich weder aus dem Sitzungsprotokoll noch aus dem Tatbestand des Urteils, durch welches gegen die Besl. antragsgemäß auf Scheidung gem. § 1567 Abs. 2 Ziff. 1 BGB. erkannt worden ist.

UrKB. und LG. haben die Festsetzung einer Beweis- und weiteren Verhandlungsgebühr für den Armenanwalt abgelehnt. Die Beschwerde ist begründet.

Der Standpunkt des LG., daß auch in Ehesachen die Notwendigkeit einer Beweiserhebung nur für solches Vorbringen bestehe, daß einigermaßen glaubhaft bestritten werden könne, nicht also für „so einfache und offensbare Tatsachen“ wie die rechtskräftige Beurteilung zur Herstellung der häuslichen Gemeinschaft vor mehr als Jahresfrist, ist jedenfalls in dieser Allgemeinheit nicht zutreffend. Allerdings ist richtig, daß das Gericht darüber zu entscheiden hat, welche Tatsachen es für beweisedürftig hält, und daß nur, soweit es demgemäß zu Beweiszwecken Material herangezogen hat, von einer Beweisaufnahme gesprochen werden kann. Andererseits gilt für Ehesachen infolge der besonderen Struktur dieser Prozesse gem. §§ 617, 619 ZPO. die Verpflichtung, mitunter auch unstrittige Parteibehauptungen, nämlich solche, die der Scheidung der Ehe dienen könnten, nachzuprüfen oder über ehefreundliche Tatsachen von Amts wegen Beweis zu erheben. Es besteht also in Ehesachen eine erweiterte Beweisbedürftigkeit. Deshalb hat der Senat in seiner grundf. Entsch. v. 24. März 1934 (bei Gaedek, KostNpr. 1934 Nr. 24) anerkannt, daß die Nachprüfung unstrittiger, aber beweisedürftiger Parteibehauptungen im Eheprozeß, z. B. durch Verwertung von Beifakten, eine Beweisaufnahme darstelle.

Wenn auch dieser Grundsatz nicht bedeutet, daß allein schon aus dem Vorhandensein solcher beweisedürftigen Tatsachen der Schluß auf eine stattgehabte Beweisaufnahme zu ziehen ist, so muß doch andererseits davon ausgegangen werden, daß mindestens grundlegende beweisedürftige Behauptungen, auf welche die Entsch. sich stützt, in obigem Sinne tatsächlich nachgeprüft worden sind. Wenn daher in derartigen Fällen dem Gericht das zur Beweisführung geeignete Material vorgelegen hat, das Gericht die beweisedürftige Tatsache für seine Entsch. auch verwertet hat, dann wird in der Regel die Annahme gerechtfertigt sein, daß es das Beweismaterial auch tatsächlich zur Nachprüfung selbst an sich bestrittener Behauptungen, soweit nach obigem die Parteierklärungen allein nicht maßgebend sein können (§§ 617, 619 ZPO.), benutzt, d. h. also von Amts wegen Beweis erhoben hat.

Bei einer Scheidung aus § 1567 BGB., deren Grundlage die rechtskräftige Beurteilung zur Herstellung der ehelichen Gemeinschaft gem. § 1353 BGB. ist, wird daher im allgemeinen, sofern die Vorakten dem Gericht vorgelegen haben, von ihrer Benutzung nicht nur zur Information des Gerichts, sondern zur Nachprüfung der Grundlage, d. h. also von einer

Beweisaufnahme als dem der Regel entsprechenden Verlauf auszugehen sein.

Der vom LG. aufgestellte Begriff „einfache und offene Tatsachen“, als welche es ersichtlich die rechtskräftige Verurteilung zur Herstellung ansieht, ist wohl am Platze. Auch einfache Tatsachen können beweisbedürftig sein. Offenbar kann eine Verurteilung in einem Vorprozeß überhaupt nur durch ihre Feststellung aus den beigezogenen Vorprozeßakten werden, also gerade durch denjenigen Vorgang, der sich als Beweisaufnahme darstellt.

Davon ist auch hier auszugehen, so daß die Beweis- und weitere Verhandlungsgebühr für die beteiligten Anwälte verbleibt.

(RG., 20. ZivSen., Beschl. v. 11. Jan. 1936, 20 W 106/36.)

*

39. § 13 Ziff. 4 RA GebD. Die Beweisgebühr entsteht auch dann, wenn der RA. in den Gerichtsakten befindliche, aber der Verfügungsgewalt der Partei nicht unterliegende Urkunden zum Zwecke des Beweises inhaltlich vorträgt. Eines förmlichen Beweisbeschlusses bedarf es dabei nicht. Zur Entstehung der Beweisgebühr genügt es, wenn das Gericht eine angebotene und vor ihm durchgeführte Beweisaufnahme entgegennimmt.

Durch Beschl. v. 27. April 1935 war der Kl. RA. A. für die Ehescheidungsklage als Armenanwalt beigeordnet worden. Der Beschl. war unbekanntes Aufenthalts, und die Klage war sowohl auf § 1567 Ziff. 2 wie auf § 1568 BGB. gestützt. Mit der Klage hat die Kl. eine Bescheinigung des Gemeindefschulzen von A. v. 26. Jan. 1935 und eine Bescheinigung des Kreis Ausschusses in B. v. 2. Febr. 1935 überreicht, wonach der Beschl. nicht zu ermitteln sei. Das Gericht hat alsdann von Amts wegen noch vor Bewilligung des Armenrechts einen Strafregisterauszug des Beschl. erfordert. Nachdem auch dieser keinen Anhaltspunkt über den Aufenthalt des Beschl. ergeben hatte, hat das LG. die öffentliche Zustellung der Klage bewilligt. Im Termin v. 25. Juli 1935 hat die Kl. zur Sache verhandelt. Das Protokoll lautet weiter: „Der Anwalt der Kl. trug zum Beweise die Bescheinigungen Bl. 5/6 vor, desgleichen Bl. 9 d. A. den Strafregisterauszug. Erkennt und verkündet: Die Ehe der Parteien wird geschieden.“

Dem RA. A. sind aus der Staatskasse u. a. die Beweis- und weitere Verhandlungsgebühr mit je 12,50 RM erstattet worden (vgl. Beschl. v. 23. Aug. 1935).

Die hiergegen eingelegte Erinnerung der Staatskasse ist durch Beschl. des LG. in C. zurückgewiesen worden.

Die Beschw. blieb aus folgenden Erwägungen ohne Erfolg:

Gem. § 13 Abs. 2 Ziff. 4 steht dem Anwalt die Beweisgebühr für die Vertretung in einem Beweisaufnahmeverfahren zu, wenn die Beweisaufnahme nicht bloß in der Vorlegung der in den Händen des Beweisführers oder des Gegners befindlichen Urkunden besteht. Nur wird allerdings mit Recht angenommen (vgl. Gelinck-Meyer, 2. Aufl., S. 67 unter VII), daß der Vortrag einer vorl. Urkunde, wenn sie Eigentum des Beweisführers ist und jederzeit von ihm zurückgefordert werden kann, gebührenrechtlich nicht anders gewertet werden kann, als wenn der Beweisführer die Urkunde noch im Besitz hätte und sie erst im Termin überreicht. Dann entsteht nach der klaren Vorschrift des Gesetzes keine Beweisgebühr. Der bloße Vortrag der im Eigentum der Kl. gebliebenen Bescheinigungen des Gemeindevorstehers von A. und des Kreis Ausschusses in B. würde also die Entstehung der Beweisgebühr nicht begründet haben. Anders liegt dagegen der Fall bei dem Strafregisterauszug. Diesen Auszug hatte das Gericht eingefordert, um zu prüfen, ob die Voraussetzungen der öffentlichen Zustellung der eingereichten Klage vorlägen und ob sich außerdem Anhaltspunkte über die Personalkosten des Beschl. ergäben. Wenn die Kl. nunmehr im Prozeß diese Urkunde, über die ihr kein Verfügungsrecht bestand, inhaltlich vortrug, und zwar, wie das Protokoll ergibt, zum

Beweise der sachlichen Voraussetzungen des § 1567 Ziff. 2 BGB., so ging dabei eine Beweisaufnahme vor sich, in der RA. A. tätig wurde. Eines besonderen Beweisbeschlusses bedarf es nicht. Zur Entstehung der Beweisgebühr genügt das Tätigwerden in jedem eine Beweiserhebung bezweckenden Verfahren. Indem das Gericht eine von der Partei angetretene und von ihr durchgeführte Beweisaufnahme entgegennimmt, erläßt es stillschweigend den Beweisbeschl. dessen Fehlen die Beschw. bemängelt. So ist ausweislich des Protokolls hier verfahren worden. Es liegt aber auch auf der Hand, daß, wie das LG. zutreffend ausführt, der Anwalt nach Vortrag der Urkunde zur Sache verhandelt hat, indem er aus dem Strafregisterauszug in Verbindung mit den Bescheinigungen die sachlich-rechtliche Schlussfolgerung für seine auf § 1567 Ziff. 2 BGB. gestützte Klage zog und Urtr. nach seinem Antrag erbat. Danach ist sowohl die Beweisgebühr wie die weitere Verhandlungsgebühr mit Recht in Ansatz gebracht worden.

Die Beschw. der Staatskasse war daher zurückzuweisen.

(OLG. Naumburg, 6. (Kosten-) ZivSen., Beschl. vom 24. Jan. 1936, 6 W 291/35.)

*

40. § 14 Abs. 1 RA GebD. Die Berufungszurücknahme läßt die volle Gebühr nach § 14 RA GebD. entstehen.

(OLG. Stettin, Beschl. v. 23. Jan. 1936, 1 U 186/35, V 1/36.)

*

41. § 17 RA GebD. Zur Frage der Fälligkeit der weiteren Verhandlungsgebühr. Die weitere Verhandlungsgebühr gem. § 17 RA GebD. entsteht nur dann, wenn weiterhin streitig verhandelt worden ist, d. h. wenn einander widersprechende Anträge gestellt worden sind, mag die Antragstellung auch lediglich unter stillschweigender Bezugnahme auf früher gestellte Anträge erfolgen. Der Erlaß eines Beweisbeschlusses setzt notwendigerweise eine Verhandlung, der Erlaß eines Urteils nach Beweisaufnahme eine weitere Verhandlung voraus. Hierbon ist bei der Kostenfestsetzung auch dann auszugehen, wenn das Protokoll dies nicht zum Ausdruck bringt.

(OLG. Darmstadt, 3. ZivSen., Beschl. v. 12. Febr. 1936, 3 W 4/36.)

*

42. §§ 29, 13, 94 RA GebD. Im Verhältnis zum erstattungspflichtigen Gegner ist eine Vereinbarung der erstattungsberechtigten Partei mit ihrem Prozeßbevollmächtigten, daß dieser für die Wahrnehmung auswärtiger Beweistermine die Gebühren erhalten solle, die einem für die Beweisaufnahme besonders ausgewählten Anwalt am Ort der Beweisaufnahme zustehen würden, unbeachtlich. Dem unterlegenen Gegner können nur die gesetzlichen Beweisgebühr und die Reisekosten des Prozeßbevollmächtigten zum Termin zur Erstattung in Ansatz gebracht werden.

Die mit ihrer Klage abgewiesene Kl. ist in dem Landgerichtlichen Urtr. v. 17. Mai 1935 in die Kosten des Rechtsstreits verurteilt worden.

Der Streit der Parteien im Kostenfestsetzungsverfahren dreht sich darum, in welcher Höhe der Beschl. Erstattung derjenigen Kostenbeträge von der Kl. fordern kann, welche er seinen Prozeßbevollmächtigten für die Wahrnehmung zweier auswärtiger Beweistermine schuldig geworden ist. RA. Dr. A. als damaliger Sozjus der RA. Dr. Y. und Dr. Z. in C. hat nämlich in Prozeßvollmacht des Beschl. für diesen den Termin am 18. Febr. 1935 vor dem LG. in A. und den Termin am 25. März 1935 vor dem LG. in B. wahrgenommen. Den Beweisaufnahmen hat auch der Beschl. selbst beigezogen. Er hatte mit seinen Sach-

waltern vereinbart, daß diesen für die Wahrnehmung der beiden vorbezeichneten Termine die Gebühren bezahlt werden sollten, die einem Anwalt in A., bzw. B. sonst zugestanden haben würden. Demgemäß vertritt der Bekl. den Standpunkt, daß ihm diese aus der Sonderabrede erwachsenen Kosten von der Kl. erstattet werden müßten, weil in gleicher Höhe Kosten auch dann entstanden wären, wenn er mit der Wahrnehmung der beiden auswärtigen Beweistermine am Sitz der ersuchten AG. zugelassene RA. betraut hätte.

Das VG. hat diese Ansicht gebilligt. Im angefocht. Beschluß führt es aus, dadurch, daß der Prozeßbevollmächtigte des Bekl. die Termine in A. und B. wahrgenommen habe, seien erstattbare Kosten auswärtiger Anwälte erspart worden, denn dem RA. Dr. K. hätte mit Rücksicht auf dessen sonstige Berufsgeschäfte nicht zugemutet werden können, lediglich für die gesetzlichen Gebühren die beiden Termine wahrzunehmen.

Der Senat vermag diesen Erwägungen nicht beizutreten. Aus gleichem Gedankengang wie dem vorstehend angeführten des VG. in C., ist zwar bereits auch das OLG. in Breslau in zwei Beschlüssen (JB. 1930, 3343; Naumb.R. 1932, 107) dazu gelangt, vereinbarte Gebühren für die Wahrnehmung eines auswärtigen Beweistermins in Höhe derjenigen Gebührenbeträge, die ein am Sitz des ersuchten Gerichts zugelassener Anwalt zu verlangen hätte, für erstattbar zu erklären. Solche Nrpr. ist aber mit der ausdrücklichen gesetzlichen Best. des § 94 RAGebD., daß für das Verhältnis des Auftraggebers oder des RA. zu dem Erstattungspflichtigen die vertragsmäßige Festsetzung der Vergütung nicht in Betracht komme, unvereinbar. Im Anwendungsbereich dieser gesetzlichen Vorschr. ist daher die Fiktion, daß Mehrkosten als erspart gelten müssen, weil sie im Falle der Zuziehung eines auswärtigen Anwalts auch erwachsen wären, unzulässig. Nach § 29 RAGebD. umfassen die im § 13 benannten Gebühren die gesamte Tätigkeit des zum Prozeßbevollmächtigten der Partei bestellten RA.; dieser darf nach § 25 jede der in § 13 benannten Gebühren in jeder Instanz rückständig eines jeden Teiles des Streitgegenstandes nur einmal beanspruchen. Neben der vollen Prozeßgebühr (§ 13 Nr. 1) von 125 RM (Posten 1 der Kostenrechnung) und der Beweisgebühr (§ 13 Nr. 4) in Höhe von $\frac{1}{10}$ des vorbezeichneten Betrags (62,50 RM, Posten 3 der Kostenrechnung) können deshalb dem unterlegenen Gegner nicht noch weitere Beträge als Prozeßgebühr und Beweisgebühr in Rechnung gestellt werden. Im Verhältnis zu den Erstattungspflichten gelten vielmehr nach § 94 RAGebD., da ein zum Prozeßbevollmächtigten des Erstattungsberechtigten bestellter RA. die in Rede stehenden zwei auswärtigen Beweistermine wahrgenommen hat, nur die gesetzlichen Gebühren und die Reisekosten des Prozeßbevollmächtigten diesem als vom Auftraggeber geschuldet. Deshalb bildet der vorl. Tatbestand auch keineswegs eine Parallele zu dem Fall, der dann gegeben ist, wenn bei Vertretung einer Partei durch einen auswärtigen Anwalt die dadurch entstehenden Kosten in voller Höhe als zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nötig anzusehen sind, weil dem Prozeßbevollmächtigten der betreffenden Partei wegen seiner übrigen Berufsgeschäfte die Wahrnehmung des auswärtigen Beweistermins nicht zuzumuten ist (vgl. Naumb.R. 1934, 14, 30).

Die Kl. braucht daher hier dem Bekl. nur die gesetzlichen Gebühren und die Auslagen der RA. der obsiegenden Partei zu erstatten einschließlich der Reisekosten des RA. Dr. K.

(OLG. Naumburg, 8. ZivSen., Beschl. v. 19. Dez. 1935, 8 W 294/35.)

Armenanwaltsgesetz

43. § 1 ArmAnwG. Erstattungsfähigkeit von Auslagen des ArmAnw. an Stelle der Partei aus der Reichskasse, insbes. der Kosten für Photokopien. †)

Dem Bekl. ist in einem Patentprozeß für die von ihm einzuliegende Ver. RA. M. als ArmAnw. beigeordnet worden. In der VerBegr. ist zur Erläuterung der Ausführungen u. a. auch auf eine Reihe von Zeichnungen, Beschreibungen und ausländische Patentschriften, die in Form von Photokopien

der VerBegr. als Anlage beigelegt waren, Bezug genommen. RA. M. hat nunmehr als Auslagen für die Photokopien einen Betrag von 15,52 RM in Ansatz gebracht, der vom UrV. auch festgestellt worden ist. Auf Erinnerung der Oberrechnungskammer hin hat er indes diese Kosten als aus der Reichskasse nicht zu erstatten wieder abgesetzt. Der Erinnerung des ArmAnw. war stattzugeben.

Daß Aufwendungen für die Herstellung von Photokopien irgendwelcher Schriftstücke oder Zeichnungen unter den Begriff der Auslagen, wie ihn § 1 ArmAnwG. kennt, fallen, kann nicht zweifelhaft sein. Der Senat hat bereits in seiner grunds. Entsch. v. 24. Febr. 1934 bei Gaedele, Kostenrechtsprechung 1934, Nr. 382 = JB. 1934, 913³, ausgeführt, daß dieser Begriff ebenso wie in der RA. dem § 670 BGB. zu entnehmen ist.

Soweit der Prozeßbevollmächtigte einer Partei Aufwendungen, die er zum Zwecke der Durchführung des ihm erteilten Auftrages den Umständen nach für notwendig halten durfte, gemacht hat, steht ihm mithin seiner Partei gegenüber Anspruch auf Ersatz dieser Aufwendungen zu. Soweit solche Aufwendungen für die Durchführung des Prozesses notwendig waren, sind sie auch von der erstattungspflichtigen unterlegenen Partei der obsiegenden Partei zu ersetzen. Diese Regel gilt auch im Verhältnis zwischen dem der Partei gestellten ArmAnw. und der Reichskasse. Diese hat im Gegensatz zu den Gebühren des ArmAnw. ihm erwachsene Auslagen nur im Rahmen der Erstattungsfähigkeit durch die obsiegende Partei zu ersetzen, d. h. nur soweit sie zur zweckentsprechenden Wahrnehmung der Rechte der armen Partei erforderlich waren.

Voraussetzung dafür ist jedoch in jedem Falle, daß es sich um Auslagen gerade des ArmAnw. selbst, nicht aber um solche Auslagen handelt, die er nur an Stelle der Partei aufwendet, die sich also in Wahrheit als Aufwendungen der armen Partei selbst darstellen. Diese Unterscheidung hat der Senat bereits in der oben schon genannten Entsch. v. 24. Febr. 1934 betont und deshalb damals Auslagen für Abschriften, die der Anwalt aus vom Gericht herbeigezogenen Theaterkonzeptionsakten hatte fertigen lassen, als Aufwendungen angesehen, die die Partei selbst zum Zwecke der Beschaffung des für ihren Anwalt zur Durchführung des Rechtsstreits erforderlichen Materials hätte machen müssen, für deren Erstattung der Partei aus der Reichskasse mithin eine Rechtsgrundlage fehle und die deshalb auch nicht auf dem Umwege über den ArmAnw. als von ihm getätigte Auslagen aus der Reichskasse erstattet verlangt werden könnten.

Inmerhin bedarf dieser Grundsatz einer gewissen Einschränkung. Der Senat hat in der erwähnten Entsch. schon darauf hingewiesen, daß gerade für die Beschaffung von Beweismitteln, Anschriften von Zeugen, Einholung polizeilicher Auskünfte u. dgl. von der Praxis vielfach weitgehend dem ArmAnw. ein Ersatzanspruch an die Reichskasse zugestanden werde, und hat auch dabei bereits die Möglichkeit einer ausnahmsweisen Erstattungspflicht der Reichskasse für derartige Fälle ins Auge gefaßt.

Darüber hinaus wird aber eine Erstattungsfähigkeit von Auslagen dann anerkannt werden müssen, wenn für die Zwecke einer sachgemäßen Durchführung des dem ArmAnw. erteilten Auftrages nach den Umständen des Falles das Tätigwerden gerade des ArmAnw. selbst und demzufolge auch die Aufwendungen von Auslagen aus seinem Vermögen gerechtfertigt und notwendig erscheint. Es würde dem eigentlichen Sinn und Zweck der Einrichtung des Armenrechts gem. §§ 114 ff. ZPO., nachdem es vom Gericht der Partei zugestanden worden ist, widersprechen, wenn eine ausreichende Wahrnehmung der Rechte der armen Partei daran scheitern müßte, daß sie Aufwendungen für bestimmte zur Durchführung des Prozesses notwendige Handlungen zu machen nicht in der Lage ist, während die Vornahme dieser Handlungen durch den ArmAnw. der Partei mindestens ebenso sachgemäß ist und aus dem Rahmen seines Auftrages an sich nicht herausfällt. Jedenfalls gibt es Fälle, in denen sogar zweifelhaft sein kann, ob eine zu entwickelnde Tätigkeit zu den Aufgaben der Partei selbst oder ihres Anwalts gehört. Auf dieser Erwägung beruht die grunds. Entsch. des Sen. v. 11. März 1933 (Gaedele, Kostenrecht-

sprechung 1934, Nr. 385 = JW. 1933, 1604^o), daß der Arm-Anw. für die Wahrnehmung auswärtiger Termine auch im eigenen Namen einen Substituten bestellen und diese Kosten als eigene Auslagen — mit gewisser Beschränkung — der Reichskasse in Rechnung stellen darf.

Zimmerlin muß dabei verblieben werden, daß es sich doch um eine ausnahmsweise Gestaltung handelt. Hierher müssen einmal diejenigen Fälle gerechnet werden, in denen entweder die arme Partei selbst außerstande ist, das zur sachgemäßen Vorbereitung des Prozesses durch ihren beigeordneten Anwalt erforderliche Material zu beschaffen, ferner diejenigen Fälle, in denen billigerweise aus sonstigen Gründen der Partei nicht zuzumuten ist, selbst tätig zu werden und selbst Aufwendungen zu machen, vielmehr das Vorgehen durch den Arm-Anw. zweckentsprechend ist. Hierunter gehören häufig aber gerade diejenigen Fälle, in denen im Wege der Photokopie Schriftstücke, deren abschriftliche Reproduktion nicht ausreichen würde oder auch nach der Art des wiederzugebenden Schriftstücks nicht ausführbar wäre, zum Zwecke der Vorlegung bei Gericht und zur Veranschaulichung des von der Partei zur Benutzung bereitgestellten Materials reproduziert werden. Die Beurteilung, ob, wann, in welchem Umfang die Heranziehung solcher Photokopien angebracht erscheint, liegt zweckmäßig ohnehin in der Hand des A. und nicht der Partei selbst. Folglich bleibt aber auch die Überwachung der Durchführung solcher Maßnahmen zweckmäßig in der Hand des Anwalts, so daß dann aber auch vom rechtlichen Standpunkt um so weniger zu beanstanden ist, wenn der Anwalt selbst diese Maßnahmen veranlaßt und die Kosten dafür aufwendet.

In Prozessen, in denen — wie im vorliegenden — für die Begr. der Ver. die Fertigung einer Reihe von Photokopien notwendig wird, müssen also Aufwendungen des Arm-Anw. selbst, die er für diese Zwecke macht, als seine eigenen Auslagen behandelt werden und demgemäß, soweit sie als wirklich notwendig sich herausstellen, ihm aus der Reichskasse erstattet werden.

Doch bedarf keiner Ausführung, daß der Rahmen, innerhalb dessen hier der Arm-Anw. gleichsam an Stelle der armen Partei mit eigenen Aufwendungen hervortreten darf und dadurch einen Ersatzanspruch an die Reichskasse erwirbt, nur auf diejenigen Fälle beschränkt bleiben muß, in denen anderenfalls eine ausreichende Wahrnehmung der Rechte der armen Partei nicht mehr gewährleistet wäre. Grundsätzlich kann es sonst weder in das Belieben des Arm-Anw. noch der Partei gestellt werden, ob auf dem Wege über einen Kostenaufwand des Arm-Anw. selbst eine erweiterte Haftung der Reichskasse herbeigeführt werden soll. Es wird daher der Arm-Anw. in jedem Falle mit besonderer Sorgfalt zu prüfen haben, ob ein solcher Ausnahmefall, in welchem er aus eigenen Mitteln Aufwendungen für die arme Partei mit der Aussicht auf Erstattung aus der Reichskasse machen darf, gegeben ist, da er andernfalls Gefahr läuft, Aufwendungen zu machen, die ihm tatsächlich von keiner Seite, jedenfalls von der Reichskasse schon aus Rechtsgründen nicht, erstattet werden können.

(RG., 20. ZivSen., Beschl. v. 25. Jan. 1936, 20 Wa 10/36.)

Anmerkung: Die Entsch. ist von einer nicht zu verkennenden Tragweite für die Anwaltschaft einerseits, andererseits für die Staatskasse. Sie legt eine Bresche in den bisherigen starren Grundjah des Kosten. des RG., daß scharf zu unterscheiden sei zwischen Auslagen des Arm-Anw. selbst und solchen, die äußerlich zwar gleichfalls vom Arm-Anw. aufgewendet werden, begrifflich sich aber trotzdem als Auslagen, die er nur an Stelle der Partei aufwendet, darstellen.

Diese Unterscheidung scheint ohnehin weniger rechtlichen als fiskalischen Erwägungen entsprungen zu sein, um die Staatskasse vor einer allzugroßen Belastung auf dem Wege über bare Aufwendungen zu schützen. Denn rechtlich wird sich eine solche Grenze kaum, bestimmt nicht mit der Klarheit ziehen lassen, wie das RG. in seiner grundlegenden Entsch. v. 24. Febr. 1934 angenommen hat. Maßgebend ist allein § 670 BGB.: „Macht der Beauftragte zum Zwecke der Ausführung des Auftrags Aufwendungen, die er den Umständen nach für erforderlich halten darf.“ Das Gesetz selbst stellt es also für die Ab-

grenzung des Begriffes Aufwendungen durchaus nicht allein auf einen objektiven Maßstab ab, sondern läßt im Gegensatz zu § 669 BGB. („erforderlichen Aufwendungen“) den subjektiven Maßstab entscheiden. Dieser gewährt aber naturgemäß einen viel weiteren Spielraum und stellt es hauptsächlich auf die dem Beauftragten obliegende Sorgfaltspflicht ab. Es genügt, daß der Anwalt sie bei sorgsamter vernünftiger Überlegung für notwendig halten durfte (Baumbach, Reichskostengesetz, 1933, Vorbem. 1 vor § 76 RAGebO.). Somit darf auch der Anwalt zur Ausführung seines Mandats diejenigen Aufwendungen machen, die er den Umständen nach für erforderlich halten darf. Dazu gehören aber sehr wohl auch solche, die an sich ebenfugot die Partei selbst machen könnte, um ihm die Durchführung seines Auftrags zu erleichtern. Wenn also beispielsweise ein Anwalt zu schließigem Beweisanztritt noch die Anschrift eines Zeugen benötigt, die auch seinem Mandanten nicht bekannt ist, dann gehört der Versuch, die Anschrift zu ermitteln, genau so gut in die Tätigkeit des Anwalts zur Ausführung seines Prozeßauftrags wie sie als solche des Mandanten sich darstellen kann, um dem Anwalt den Auftrag zu erleichtern. Derartige Beispiele lassen sich nach Belieben vervielfachen. Man würde, wenn man diese Frage im Rahmen eines Streits zwischen Anwalt und Auftraggeber zu entscheiden hätte, nicht auf den Gedanken kommen, eine erstattungsfähige Aufwendung des Anwalts gem. § 670 BGB. zu verneinen.

Was für den Anwalt allgemein gilt, ist aber auch beim Arm-Anw. rechtens. Denn § 1 Arm-Anw.G. spricht ausdrücklich von Gebühren und Auslagen nach Maßgabe der GebO., die ihrerseits stillschweigend wiederum auf § 670 BGB. fußt. Folglich ist eine grundsätzlich andere Behandlung der Auslagen des Arm-Anw. im Verhältnis zur Staatskasse nicht gerechtfertigt.

Es ist also richtig, daß, wenn sie gleichwohl von den Gerichten angewandt wird, eigentlich nur fiskalische Interessen dafür ausschlaggebend sind. Das bedeutet aber nichts anderes, als daß die obengenannte „sorgsam vernünftige Überlegung“ des Anwalts, wieweit er zur Durchführung seines Mandats eigene Aufwendungen machen dürfe, durch außerhalb der ihm obliegenden Pflichten liegende Erwägungen eingeschränkt wird. Es ist selbstverständlich, daß damit der Anwalt in erhebliche Konflikte gedrängt werden kann. Auf der einen Seite die Überzeugung der Notwendigkeit eigener Aufwendungen im Interesse des Mandats. Auf der anderen Seite das Bewußtsein, wahrscheinlich — oder gar mit Sicherheit — diese Auslagen aus eigener Tasche zahlen zu müssen, nur deswegen, weil er eben Arm-Anw. ist und sich der Staatskasse als Schuldnerin gegenüber sieht.

Daraus entspringt naturgemäß ein weiterer Nachteil, nämlich für die arme Partei. Es unterbleiben nunmehr mit Notwendigkeit gewisse Schritte, die im Interesse ihrer Prozeßführung notwendig wären, von ihr selbst nicht finanziert werden können, die der Arm-Anw. aber zu finanzieren sehr wohl in der Lage und an sich auch bereit wäre, die er aber mit Rücksicht auf die Handhabung der Auslagenerstattung durch die Gerichte unterläßt.

Es ist erfreulich, daß das RG. in offener Erkenntnis dieser Nachteile beginnt, seine bisher dem Anwalt und der Partei ungünstige Rspr. abzuschwächen, und zunächst wenigstens in Ausnahmefällen die oben gerügte Unterscheidung zwischen Auslagen des Arm-Anw. selbst und solchen nur an Stelle der Partei nicht mehr als entscheidend anzusehen.

Dabei verdient besonders unterstrichen zu werden, daß offensichtlich das RG. eine ganze Kategorie von Fällen unter diese Ausnahmefälle einreihen will. Denn es sagt, daß darunter alle diejenigen Fälle gerechnet werden müssen, in denen:

- a) die arme Partei außerstande ist, dem Anwalt das erforderliche Material zu beschaffen,
- b) ihr billigerweise nicht zuzumuten ist, selbst tätig zu werden und Aufwendungen zu machen, das Vorgehen durch den Anwalt selbst vielmehr zweckentsprechend ist.

Unter a gehören demnach diejenigen Fälle, in denen die an sich zahlungsfähige Partei z. B. aus körperlichen oder geistigen Gründen nicht selbst sachgemäß zu handeln in der Lage ist, unter b diejenigen Fälle, in denen diese Schwierigkeit zwar nicht besteht, die arme Partei aber wirtschaftlich völlig außer-

stande ist, selbst in dringend notwendigen Fällen die erforderlichen Mittel für Prozeßführungsmittel aufzubringen.

Der Grundsatz des RG., daß, wenn nur die sonstigen Voraussetzungen erfüllt sind, die ausreichende Wahrnehmung der Rechte der armen Partei nicht an dem Mangel der erforderlichen Mittel scheitern kann, ist ohne Zweifel richtig und verdient weitgehende Beachtung. Andernfalls ist das gewährte Armenrecht und die Anwaltsbeordnung eine halbe Maßnahme, während sie dem Sinne dieser Einrichtung entsprechend dazu ausreichen soll, der armen Partei die volle Wahrnehmung ihrer Rechte zu ermöglichen.

Bei richtiger Handhabung der jetzt vom RG. aufgestellten Grundsätze reichen diese also für die Behandlung des Auslagenanspruchs des ArmAnw. aus. Andernfalls ist es Sache der Rspr., den richtigerweise eingeschlagenen Weg weiter auszubauen.

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

*

44. § 3 ArmAnwG. Diese Vorschrift gilt nur für solche Beträge, die der Armenanwalt auf seine Gebührenforderung erhält. Empfängt er von seiner Partei oder einem Dritten Gelder mit dem Auftrag, sie als Gebühren an den Verkehrsanwalt weiterzuleiten, so braucht er sich diese Beträge nicht auf den aus der Staatskasse erstatteten Teil anrechnen zu lassen, wenn er den Auftrag ausführt.)

Der Beschw. war Armenanwalt der Kl. im ersten Rechtszug und hat, nachdem durch Urt. des LG. in R. der Anspruch der Kl. dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt worden ist, gem. Kostenfestsetzungsbeschluß v. 29. März 1935 141,82 RM Armenanwaltsgebühren aus der Staatskasse erhalten. Seine nach der RAGebD. berechneten Gebühren hätten 298,54 RM betragen. Im zweiten Rechtszug schlossen die Parteien am 15. Mai 1935 einen Vergleich, in dem bezüglich der Kosten folgendes bestimmt ist:

„pp. Die Kosten der BerJust. werden von den Bekl. übernommen. Die Kosten des ersten Rechtszuges werden gegeneinander aufgehoben, jedoch mit der Maßgabe, daß die Bekl. zu Händen des Beschwerdeführers zu den außergerichtlichen Kosten 300 RM beitragen.“

Am 21. Mai 1935 erhielt der Beschw. von dem Prozeßbevollmächtigten der Beklagten 1. Instanz unter Hinweis auf den beim DLG. geschlossenen, dem Beschw. noch unbekanntem Vergleich, einen Scheck über 300 RM. Auf seine Bitte um Mitteilung des Vergleichsinhalts, die der Beschw. darauf an den Prozeßbevollmächtigten der Kl. im zweiten Rechtszuge richtete, erhielt er von diesem die Abschrift des Vergleichs mit folgender Weisung:

„Haben Sie die Güte, unter Berücksichtigung der Ihnen aus der Staatskasse zugeflossenen Gebühren, den Rest der 300 RM an die früheren Verkehrsanwälte Kollegen Y. in Z. zu überweisen.“

Daraufhin hat der Beschw. von dem inzwischen eingelösten Scheck einen Teilbetrag von 156,72 RM — den Unterschied zwischen den Armenanwaltskosten und den nach der RAGebD. zu berechnenden Gebühren — für sich vereinnahmt und den Restbetrag mit 143,28 RM an die Kl. Y. überwiesen, die ihrerseits noch erhebliche Kostenforderungen gegen die Kl. hatten.

Auf Erinnerung der Staatskasse hat daraufhin das LG. durch den angef. Beschl. angeordnet, daß der Beschw. die erhaltenen Armenanwaltskosten in Höhe von 141,82 RM an die Staatskasse zurückzahlen habe. Dabei ist ausgeführt, daß nach § 3 ArmAnwG. Vorschüsse und Zahlungen, die der RA. von seinem Auftraggeber oder einem Dritten vor oder nach der Beordnung erhalten habe, zunächst auf diejenige Vergütung anzurechnen seien, für die ein Erstattungsanspruch gegen die Staatskasse nicht bestehe, darüber hinaus aber auf die Armenanwaltsgebühren, die der Armenanwalt aus der Staatskasse noch zu fordern oder bereits erhalten habe. Das LG. steht weiter auf dem Standpunkt, daß nach dem zwischen den

Parteien geschlossenen Vergleich die 300 RM auf die außergerichtlichen Kosten des ersten Rechtszugs zu verrechnen gewesen seien, und daß sich schon daraus die Pflicht des Beschw. zur Anrechnung der in Erfüllung des Vergleichs gezahlten Summe auf seine gesamten Kosten ergebe.

Die Beschw. ist aus folgenden Erwägungen als begründet anerkannt worden:

Nach § 3 ArmAnwG. sind nur solche Vorschüsse und Zahlungen des Auftraggebers oder Dritter auf die Vergütung des Anwalts anzurechnen, die der Anwalt als solcher für seine Tätigkeit erhalten hat. Auf Grund der Anweisung des Prozeßbevollmächtigten zweiter Instanz der Kl. flossen dem Beschw. von den 300 RM als Gebühr lediglich die 156,72 RM zu, mit denen er den Unterschied der nach der RAGebD. berechneten Gebühren zu den aus der Staatskasse erstatteten Armenanwaltsgebühren bedeckte. Sie zu behalten, ist der Beschw. gem. § 3 ArmAnwG. berechtigt. Den Mehrbetrag von 143,28 RM erhielt der Beschw. überhaupt nicht für sich, sondern nur als Vertreter der Kl. mit dem Auftrage, sie an einen Dritten weiterzuleiten. Infolgedessen hat er auf den Teil seiner Gesamtgebührenforderung, bezüglich dessen er bereits durch die Zahlung der Staatskasse in Höhe von 141,82 RM gedeckt, nichts erhalten. Er ist daher auch nicht zur Rückzahlung dieses Betrages von 141,82 RM verpflichtet.

Danach war der angef. Beschl., der die Rückzahlung anordnet, aufzuheben.

(DLG. Naumburg, 6. (Kosten-) ZivSen., Beschl. vom 24. Jan. 1936, 6 W 282/35.)

Anmerkung: Die Entsch. ist in zweifacher Hinsicht von Interesse.

1. Zur gebührenrechtlichen Frage der Anwendung des § 3 ArmAnwG. Man wird der Entsch. im Ergebnis betreten müssen. In der Begr. an sich gleichfalls, doch fehlt in ihr ein Moment, das im Zweifelsfalle das ausschlaggebende sein muß. Ohne Frage können für eine etwaige Anrechnung auf die aus der Reichskasse geschuldeten Armenanwaltsgebühren nur solche Zahlungen in Betracht, die der Armenanwalt als solcher für seine Tätigkeit von der Partei oder einem Dritten (z. B. auch vom erstattungspflichtigen Gegner) erhalten hat. Doch kann eine Weisung des Zahlenden über die Verwendung seiner Zahlung nur dann von Bedeutung und gegenüber der Reichskasse wirksam sein, wenn sie nicht im Widerspruch zu bereits vorliegenden bindenden Vereinbarungen des Armenanwalt gegenüber, insbes. also in einem gerichtlichen Vergleich, der die Kostentragungspflicht regelt, steht. Hier ist nämlich auf dem Wege über § 124 für den Armenanwalt bereits ein Anspruch auf Zahlung in bestimmter Art begründet worden. Würde nun zwar auch der Anwalt selbst nicht benachteiligt sein, wenn nur die noch nicht gedeckte Differenz von ihm auf seine Kosten zu verrechnen wäre, im übrigen es bei der Zahlung aus der Reichskasse bewenden würde, so würde doch ersichtlich damit die Reichskasse benachteiligt werden. Denn auf deren Rücken würde sich ein solches Verfahren abspielen.

Es liegt aber auf der Hand, daß diesen Sinn § 3 nicht hat und daß ein solches Ergebnis unannehmbar wäre. Andernfalls wäre der Willkür der Parteien zum Nachteil der Reichskasse Tür und Tor geöffnet. Das Belieben der Parteien hat seinen Spielraum in der Regelung der Kostenerstattungspflicht (hinsichtlich der außergerichtlichen Kosten) nur, solange noch keine rechtskräftige Kostenentsch. vorliegt. Das Belieben des Zahlenden hat seinen Spielraum nur, solange für ihn der Weg nicht schon durch besondere Vereinbarungen vorgezeichnet ist. Auf jeden Fall muß das gelten, wenn es sich bei dem Zahlenden um eine der Parteien selbst, vor allem also um die erstattungspflichtige Partei handelt. Zahlt diese, so zahlt sie eben als solche, d. h. zur Tilgung ihrer Erstattungsschuld. Die Wirkung dieser Zahlung regelt sich automatisch nach der durch Art. oder Vereinbarung bereits festgelegten Erstattungspflicht.

Wenn also z. B. im vorl. Falle der Bekl. 300 RM auf die Kosten des erstinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten zu zahlen verpflichtet gewesen wäre, dann würde im Verhältnis zur Reichskasse eine anderweite Verrechnung selbst dann nicht zulässig gewesen sein, wenn eine solche bei der Zahlung ausdrücklich bestimmt worden wäre.

Da aber die Fassung des Vergleichs hier der Bestimmung der Parteien einen gewissen Spielraum läßt, ist eine innerhalb dieses sich haltende Verrechnungsanordnung auch von der Reichskasse zu respektieren, die getroffene Entsch. somit richtig.

2. Der zweite Gesichtspunkt ist ein prozessualer und betrifft die Regelung der Kostentragung. Dieser Fall führt wieder einmal vor Augen, wie notwendig es ist, bei Anordnung eines von einer der Parteien zu leistenden Kostenbeitrages genau festzulegen, auf welchen Teil der Kosten der Beitrag zu leisten ist, ob auf die gerichtlichen oder die außergerichtlichen, auf welchen Teil der außergerichtlichen, ob allgemein auf die gesamte Kostensumme oder auf eine bestimmte Instanz. Fast regelmäßig ergeben sich nämlich in derartigen Fällen dann bei der Kostenerstattung oder auch bei der Heranziehung zur Haftung für die Gerichtskosten Schwierigkeiten, die ihre Ursache nur in der mangelnden Bestimmtheit darüber haben, worauf im einzelnen denn eigentlich der Beitrag zu verrechnen ist. Das gilt natürlich in gleicher Weise auch für eine vergleichsweise derartige Regelung. Obiger Fall ist ein Beispiel dafür, daß auch noch in anderer Beziehung es von Bedeutung sein kann, ob eine genau abgegrenzte Kostenbeitragspflicht festgelegt ist oder ob ein mehr oder weniger weiter Spielraum gelassen wird.

RGK. Dr. Gaedeke, Berlin.

Zivilprozeßordnung

45. § 91 ZPO. Anwaltswechsel. Die Mehrkosten sind nur dann zu erstatten, wenn der Wechsel weder von der Partei noch vom Anwalt verschuldet worden ist.

Der Urkundsbeamte hat sowohl die erstinstanzlichen Kosten des RM. M. als auch die des RM. S. als erstattungsfähig festgelegt. Das Rheinschiffahrtsgericht hat die Erinnerung der Kl. zurückgewiesen und zur Begr. ausgeführt, daß RM. M. zwar erst am 4. Dez. 1933 in der Liste der RM. gestrichen, aber schon am 4. Nov. 1933 in Haft genommen worden sei, daß er somit die Bekl. in dem Termin vom 24. Nov. 1933 nicht mehr habe vertreten können, und daß die Bestellung des RM. S. in dieser sachlich und rechtlich nicht einfach gelagerten Streitfache und bei der Höhe des Streitwertes notwendig gewesen sei.

Der Senat vermag dieser Auffassung nicht beizupflichten. Für die Beurteilung der Frage, ob die Kosten eines Anwaltswechsels zu erstatten sind, kommt es darauf an, ob dieser notwendig gewesen ist. Notwendig i. S. des § 91 Abs. 2 Satz 2 ZPO. ist der Anwaltswechsel aber nur, wenn er weder von der Partei noch vom Anwalt verschuldet worden ist. Diese Auffassung wird in Rspr. und Schrifttum vertreten. So vom RG. in wiederholten Entsch. (z. B. JW. 1935, 1703; 1934, 914), vom OLG. Hamm in JW. 1935, 3399 und Naumburg in JW. 1935, 1803. Stein-Jonas (§ 91 Bem. IX 5) legt dar, daß in den Fällen, wo der Anwalt die Fähigkeit zur Führung der Vertretung durch Ausscheiden aus der Anwaltschaft verliert, grundsätzlich zu untersuchen sei, ob die Veränderung auf dem Entschluß des Anwalts beruhe oder gegen seinen Willen erfolge sei, und daß in den ersteren Fällen die obliegende Partei das Risiko des Wechsels zu tragen habe.

Unter Anwendung dieser Grundsätze sieht der Senat nicht den Beweis für erbracht an, daß der Anwaltswechsel bei der Bekl. ein unverschuldeter gewesen ist. Denn es ist — mangels Gegenbehauptungen und da RM. M. alsbald nach seiner Verhaftung in den Listen der RM. gelöscht worden ist — ohne weiteres anzunehmen, daß seine Verhaftung und seine dadurch herbeigeführte Verhinderung, in dem Schlufstermin vom 24. Nov. 1933 für die Bekl. aufzutreten, durch sein Verschulden herbeige-

führt worden sind. Die Bekl. ist auch ihm gegenüber nicht gehalten, diejenigen an sich verdienten Gebühren zu bezahlen, die sie auch an den zweiten Anwalt hat entrichten müssen (vgl. § 50 RAGebD.).

Dieses Ergebnis widerspricht allerdings einer Entsch. des OLG. Naumburg: JW. 1935, 1727, in deren Gründen ausgeführt ist, daß die Partei nach der Verhaftung ihres ersten Anwalts ohne ihr Verschulden gezwungen worden sei, einen anderen Anwalt zu beauftragen, weil dieser Wechsel habe eintreten müssen. Der Senat kann dem nicht beipflichten. Denn es fragt sich ja i. S. des § 91 Abs. 2 Satz 2 nicht bloß, ob der Anwaltswechsel notwendig gewesen ist, sondern auch, ob diese Notwendigkeit weder von der Partei noch vom Anwalt verschuldet worden ist. Die Kosten für den zweiten Anwalt sind daher nicht erstattungsfähig.

(OLG. Köln, 3. ZivSen., Beschl. v. 29. Nov. 1935, 3 W 205/35.)

*

46. § 99 Abs. 2, 3 ZPO. Anfechtung eines gemischten Kostenurteils.

In § 99 ZPO. ist in Abs. 1 bestimmt, daß die Kostenentscheidung nur angefochten werden darf, wenn auch gegen die Entsch. in der Hauptsache ein Rechtsmittel eingelegt wird. Davon gibt es nach den beiden letzten Absätzen dieser Best. Ausnahmen, indem bei Erledigung der Hauptsache durch Anerkenntnisurteil das sonst für die Hauptsache gegebene Rechtsmittel, also hier die Ver., auch gegen die Kostenentscheidung zugelassen wird (Abs. 2) und indem in Abs. 3 in den Fällen die sofortige Beschw. zugelassen wird, in denen eine Entsch. in der Hauptsache nicht ergangen ist. Die Prozeßordnung hat somit den anderen Fall nicht mit ausdrücklichen Worten geregelt, in dem ein Teil des Anspruchs sich in der Hauptsache erledigt hat und ein anderer Teil durch ein Teilanerkenniturteil seine Erledigung gefunden hat und nun über die gesamten Kosten einheitlich in streitigem Endurteil entschieden worden ist. Die Rspr. darüber, welches Rechtsmittel in einem solchen Falle zulässig ist, ist nicht einheitlich. Das RG. hat früher angenommen, daß ein Fall des § 99 Abs. 1 ZPO. vorliege, wenn sich die Kostenentscheidung nicht dahin trennen ließe, welcher Teil auf das Anerkenntnis und welcher auf die Erledigung in der Hauptsache entfällt, und hat daher die Kostenentscheidung überhaupt für nicht anfechtbar angesehen (Rspr. 15, 258). Jetzt läßt das RG. allgemein die Ver. zu, und zwar für das gesamte Kostenurteil, auch soweit dieses über die Kosten entschieden hat, die den in der Hauptsache ohne Anerkenntnis erledigten Teil des Anspruchs betreffen (Rspr. 27, 47; 39, 45). Diese Rspr. (in etwas eingeschränkter Form auch das RG.: Bruch. 50, 1052—1059) geht davon aus, daß, wenn nebeneinander Ver. gem. § 99 Abs. 2 und sofortige Beschw. gem. Abs. 3 zulässig sind, dann die Ver. als das zur umfassenderen Prüfung zwingende das gegebene Rechtsmittel sei.

Der Senat teilt die Ansicht, daß es allein den praktischen Bedürfnissen des Verfahrensrechts und dem, auch mit dem Wortlaut der Best. des § 99 ZPO. zu vereinbarenden, Willen des Gesetzgebers entspricht, wenn bei einem solchen gemischten Kostenurteil die Anfechtung durch ein einziges Rechtsmittel, nämlich die Ver., in vollem Umfange erfolgen kann. Es wird dadurch erreicht, daß einheitlich über die Anfechtung der Kostenentscheidung verhandelt und entschieden wird, und daß die Teilung einer einheitlichen Kostenentscheidung in zwei selbständige Verfahren mit der Gefahr abweichender Entscheidungen vermieden wird. Da aber der auf die Erledigung in der Hauptsache entfallende Teil der Entsch. nur dann mit der Ver. angefochten werden kann, wenn gleichzeitig eine Ver. gegen den das Anerkenntnis erledigenden Teil möglich ist, folgt daraus, daß die Ver. hinsichtlich des in der Hauptsache erledigten Teils nur in einem solchen Zusammenhang entgegen der sonst anzuwendenden Vorschr. des § 99 Abs. 2 ZPO. angeht und in vollem Umfange von der Möglichkeit einer Ver. gegen den das Anerkenntnis betreffenden Teil abhängig ist. Es kommt daher darauf an, ob auch die Berufungssumme hinsichtlich der Anfechtung des anerkannten Teils erreicht ist. Stein-Jonas (§ 99 VI 2 c) macht die Zulässigkeit der gemeinsamen Ver. ausdrücklich davon abhängig,

daß die Berufungssumme für die Anfechtung des Teils der Kostenentscheidung erreicht ist, der über den anerkannten Teil des Klageanspruchs entschieden hat. Der Senat hat zwar durch Urteil v. 20. Mai und 17. Juni 1935 (1 U 63/35) den Standpunkt eingenommen, daß bei gemischtem Kostenurteil die Erreichung der Berufungssumme für einen Teil des Streitgegenstandes in der Berufung nicht maßgebend zu sein habe. Diese Ansicht vermag aber der jetzt in anderer Besetzung erk. Sen. nicht zu teilen. Die Notwendigkeit, die Zulässigkeit der Ber. von der Erreichung der Berufungssumme für den auf das Anerkenntnis entfallenden Teil der Kostenentscheidung abhängig zu machen, ergibt sich vielmehr dadurch, daß für den übrigen Teil, bei dem eine Erledigung in der Hauptsache vorliegt, grundsätzlich die sofortige Beschw. das gebotene Rechtsmittel darstellt, und daß dieser Teil nur dann mit in die Berufung gelangen kann, wenn überhaupt — nämlich für den anerkannten Teil — eine Ber. zulässig ist. Das ist aber nur dann der Fall, wenn der das Anerkenntnis betreffende Teil einen berufungsfähigen Streitwert hat.

Da sich die Kostenentscheidung hinsichtlich des anerkannten Teils nur auf einen Streitgegenstand von 192,20 *R.M.*, nämlich die Tage- und Übernachtungsgelder — bezieht, bleiben die auf die erste Instanz entfallenden Kosten für diesen Teil des Anspruchs unter der Berufungssumme.

Die Ber. ist somit in vollem Umfang unzulässig und mußte verworfen werden.

(OLG. Naumburg, 1. ZivSen., Art. v. 11. Nov. 1935, 1 U 118/35.)

*

47. § 99 Abs. 2, 3 ZPO. Anfechtung eines gemischten Kostenurteils.

In welcher Weise die Kostenentscheidung angefochten werden kann, wenn sie einen durch Anerkenntnis und einen anderweit erledigten Teil betrifft, ist in der Rspr. streitig. Nach der Rspr. des RG. ist eine Ber. gegen eine Kostenentscheidung gemäß § 99 Abs. 2 ZPO. nur zulässig, soweit in der Hauptsache ein Anerkenntnisurteil vorliegt. Eine selbständige Ber. gegen eine einheitliche Kostenentscheidung, die nicht den auf das Anerkenntnis entfallenden Teil der Kosten zweifelsfrei erkennen läßt, hält es für unzulässig (RGZ. 144, 230).

Der erk. Sen. vermag sich dieser Ansicht nicht anzuschließen. Er hält vielmehr an seiner Auffassung, die er bereits in dem Art. v. 11. Nov. 1935, 1 U 118/35 vertreten hat, in Übereinstimmung mit der ständigen Rspr. des RG. (Rspr. 27, 47; 39, 45) und zahlreicher OLG. (Breslau: Rspr. 19, 78; Hamburg: Rspr. 15, 92; Braunschweig: Rspr. 17, 114; Königsberg: Rspr. 27, 47) fest. Danach ist eine derartige einheitliche Kostenentscheidung nur mit der Ber., und zwar in vollem Umfang anfechtbar, sofern die Berufungssumme hinsichtlich der Anfechtung des erkennenden Teils erreicht ist.

Diese Ansicht entspricht auch allein dem praktischen Bedürfnis.

Ein Rechtsmittel muß zulässig sein.

Die einheitliche Kostenentscheidung gem. § 99 Abs. 1 ZPO. überhaupt für selbständig unanfechtbar zu halten, widerspricht den praktischen Bedürfnissen des Verfahrensrechts und dem aus § 99 ZPO. sich deutlich ergebenden Willen des Gesetzgebers. Da das Gesetz in § 99 Abs. 2 und 3 ZPO. bestimmt, daß in den beiden von ihm geregelten Fällen der Kostenpunkt selbständig anfechtbar sein solle, so geht es dabei offensichtlich von dem Grundsatz aus, daß auch selbständige Kostenentscheidungen einer Anfechtung unterliegen sollen.

Beide Rechtsmittel nebeneinander zuzulassen, geht nicht an. Dadurch würde die Möglichkeit widersprechender Entsch. gegeben sein, was vermieden werden muß.

Von den beiden Rechtsmitteln ist dann aber der Ber. der Vorzug zu geben. Sie ist infolge der Ausgestaltung des Berufungsverfahrens mit dem Zwang zur mündlichen Verhandlung das gründlichere zur umfassenderen Prüfung zwingende und damit bessere Rechtsmittel.

(OLG. Naumburg, 1. ZivSen., Beschl. v. 4. Dez. 1935, 1 W 464/35.)

*

48. § 115 ZPO. Der Urkundsbeamte ist an den Beschluß des Gerichts, der einer Armenrechtsbewilligung oder Armenanwaltsbeordnung rückwirkende Kraft beilegt, gebunden. Ein solcher Beschluß steht mit dem Gesetz jedenfalls insoweit nicht in Widerspruch, als er die Rückwirkung auf den Zeitpunkt des Einganges eines ordnungsmäßig gestellten Antrages erstreckt. †)

Der beim OLG. X. zugelassene Beschw. hat im Ehefreit der Parteien für die Kl. die Beweisstermine vom 23. und 30. Juli 1935 vor dem OLG. X. wahrgenommen, in der eine umfangreiche Beweisaufnahme über angebliche ehewidrige Beziehungen der Kl. zu einem anderen Manne durchgeführt wurde. Ein von der Kl. zunächst schriftlich rechtzeitig gestellter, später im Beweisstermin wiederholter Antrag auf Beordnung des Beschw. als ArmAnw. ist vom OLG. X. aus Zweifeln an seiner Zuständigkeit hierfür zunächst abgelehnt worden. Erst nachdem der Prozeßbevollmächtigte der Kl. mit Schriftsatz vom 31. Juli 1935 dem OLG. X. Abschrift des Schreibens des R.- u. Pr.JustMin. v. 26. Jan. 1935 (Df. 1935, 202) übersandt und um nachträgliche Beordnung des Beschw. gebeten hatte, ordnete das ersuchte Gericht durch Beschl. v. 2. Aug. 1935 der Kl. den Beschw. „zur Wahrnehmung ihrer Rechte in der am 23. und 30. Juli 1935 erfolgten Beweisaufnahme“ als ArmAnw. bei. Der Urkundsbeamte der Geschäftsstelle des Prozeßgerichts lehnte den darauf vom Beschw. eingereichten Antrag auf Erstattung seiner Gebühren aus der Staatskasse mit der Begr. ab, daß der Beordnungsbeschluß ebenso wie die Armenrechtsbewilligung selbst nach herrschender Ansicht keine rückwirkende Kraft habe. Durch den angefochtenen Beschluß hat das Prozeßgericht die hiergegen eingelegte Erinnerung unter Ber. auf die bisherige Rspr. des Senats abgelehnt. Gegen diesen Beschluß richtet sich die zulässige Beschw.

Sie mußte Erfolg haben. Allerdings hat der Senat in seiner bisherigen Rspr. den Grundsatz aufgestellt, daß die Bewilligung des Armenrechts und Beordnung eines ArmAnw. weder von sich aus rückwirkende Kraft habe, noch auch das Prozeßgericht derartigen Beschlüssen solche Kraft beilegen könne, so daß der Urkundsbeamte mit Recht nur solche Gebühren gegen die Staatskasse festsetzen dürfe, die nach Zustellung oder — gegebenenfalls — nach Verkündung entstanden seien. Bei erneuter Nachprüfung konnte dieser Standpunkt in wesentlichen Richtungen nicht aufrechterhalten werden.

Der Beschluß des OLG. X. v. 2. Aug. 1935 ordnete der Kl. den Beschw. ausdrücklich zur Wahrnehmung ihrer Rechte in der bereits „erfolgten“ Beweisaufnahme nachträglich bei. Damit legte das zuständige Gericht seinem Beschluß rückwirkende Kraft bei. Es brauchte daher nicht untersucht zu werden, ob nicht eine solche Beordnung, ebenso wie die Armenrechtsbewilligung, in ihrer Wirkung ohne weiteres auf den Zeitpunkt des ordnungsmäßig gestellten Antrages zurückzubeziehen ist, wie vielfach in der Wissenschaft mit beachtlichen Gründen verfochten wird (Schmidt: JW. 1931, 1058, 1782; JW. 1931, 1782). Entscheidend ist vielmehr lediglich die Frage, welche rechtliche Wirkung ein Beschluß hat, der selbst den Beginn seiner Wirksamkeit in einen vor seiner Zustellung oder Verkündung liegenden Zeitpunkt zurückverlegt. In Anlehnung an die bei *Gelinsky-Meyer*, 2. Aufl., S. 153 abgedruckte und durch die neuesten Entsch. des RG. (JW. 1935, 797¹⁴, 1701²⁴, 1704³²) sowie des OLG. Düsseldorf (JW. 1935, 550⁷) ergänzte Rspr. muß angenommen werden, daß jedenfalls dem Urkundsbeamten und den ihm übergeordneten gerichtlichen Instanzen im Kostenfestsetzungsverfahren die Nachprüfung einer solchen gerichtlichen Entsch. auf ihre Zulässigkeit und Gesetzmäßigkeit entzogen ist, daß sie vielmehr schlechthin an den Beschluß des Gerichts in seinem eindeutig erklärten sachlichen und zeitlichen Umfang gebunden sind. Die Kostenfestsetzung gegen die Staatskasse ist nur die rechnerische Auswertung der vom Gericht ausgesprochenen Armenrechtsbewilligung. Die Wirkungen dieser Bewilligung liegen allerdings im Regelfall gesetzlich fest; sie können aber eben unter sinngemäßer und zweckentsprechender Auslegung des Gesetzes im Sonderfall auch

einmal vom Gericht anders geregelt werden, wie unten noch darzulegen sein wird. Wie die Kostenfestsetzung nach § 103 ff. ZPO. niemals zu einer Änderung der Kostenentscheidung des Urteils führen darf, so kann auch die Kostenfestsetzung nach dem ArmAnwG. niemals von dem durch das Gericht sachlich und zeitlich festgelegten Umfang der Armenrechtsbewilligung abweichen. Mit Recht weist das RG. in seiner erwähnten Rspr. darauf hin, daß ein solcher Beschluß des Gerichts Amtsakt bleibt und nicht einem Fall gleichgestellt werden kann, in dem eine Behörde sich über jede Rechtschranke hinwegsetzt und ihr Verhalten deshalb überhaupt nicht mehr als obrigkeitliches Handeln angesehen werden kann. Ein Gericht, das in anderem Instanzenzug mit der Angelegenheit befaßt wird, kann den Beschluß nicht einfach als nicht vorhanden behandeln. Nach § 127 ZPO. ist zudem der das Armenrecht bewilligende Beschluß schlechthin unanfechtbar; das muß auch für einen solchen Beschluß gelten, der sich in sinnvoller Auslegung des Gesetzes nach Prüfung aller Umstände rückwirkende Kraft beimißt. Dann kann aber auch nicht auf dem Umweg über das Kostenfestsetzungsverfahren die gesetzliche Unanfechtbarkeit derartiger Beschlüsse wieder beseitigt werden. Schon aus diesem Grunde der Bindung des Urteilsbeamten an den Gerichtsbeschluß ist daher gegenüber dem Beschl. des OLG. K. v. 2. Aug. 1935, der sich selbst rückwirkende Kraft beilegt, der Antrag des Beschwerd. auf Festsetzung seiner Armenrechtsgebühren zu Unrecht abgelehnt worden.

Wollte man aber selbst den Instanzen des Kostenfestsetzungsverfahrens ein Recht zur Nachprüfung der Zulässigkeit und Gesetzmäßigkeit gerichtlicher Entsch. über den zeitlichen Umfang des Armenrechts einräumen, so könnte diese Nachprüfung nur dazu führen, es nicht als dem Gesetz widerstrebend, sondern als zulässig anzusehen, wenn sich ein Beschluß für Fälle der vorliegenden Art Rückwirkung mindestens auf den Zeitpunkt der Stellung eines ordnungsmäßigen Antrags beilegt. Daß auch das RG. das grundsätzlich für zulässig erachtet, ergibt seine unter Bezugnahme auf die Entsch. des OLG. Kassel v. 5. Sept. 1929 (JW. 1929, 3188²⁰) und des LG. Berlin (JW. 1929, 3190²¹) ergangene Entsch. v. 9. Dez. 1929, VI 210/27 (RGZ. 126, 300 = JW. 1930, 1488²²). Auch der 2. ZivSen. des hiesigen OLG. hat in seinem Beschl. v. 28. Okt. 1935 denselben Standpunkt eingenommen (2 U 56/35). Zum gleichen Ergebnis kommt schließlich J o n a s in JW. 1931, 3519 ff. unter II 10, indem er auf das dringende praktische Bedürfnis für die Fälle hinweist, in denen sich die Entsch. des Gerichts über einen rechtzeitig gestellten Antrag auf Armenrechtsbewilligung aus irgendwelchen Gründen verzögert hat. Gerade ein solcher Fall liegt aber hier vor. Denn der Antrag auf Beordnung des Beschwerd. war rechtzeitig gestellt und ist nur deshalb nicht rechtzeitig beschieden worden, weil das Gericht zu Unrecht seine Zuständigkeit hierfür zunächst verneint hat. In dieser Erkenntnis hat es nachträglich seinem Beschluß rückwirkende Kraft gegeben. Aus § 115 ZPO. ergibt sich nichts Zwingendes gegen die Zulässigkeit einer solchen gerichtlichen Anordnung. Für Gerichtsgebühren, die vor der Armenrechtsbewilligung entstanden sind, ist dort bereits eine gewisse „Rückwirkung“ des Bewilligungsentsprechenden Beschlusses angeordnet, indem bestimmt ist, daß sie nach der Bewilligung nicht mehr erhoben werden dürfen. Daraus kann aber nicht der Schluß gezogen werden, daß die im Gesetz nicht ausgesprochene Rückwirkung des Armenrechts bzgl. der bereits entstandenen Anwaltsgebühren schlechthin unzulässig sein soll. Ihre Nichterwähnung wird vielmehr darin seinen Grund haben, daß der Staatsakt der Bewilligung des Armenrechts den vorher als Vertrauensanwalt tätig gewesenen Parteivertreter nicht seiner in diesem Abschnitt des Verfahrens bereits entstandenen privatrechtlichen Ansprüche gegen die Partei berauben soll. Davon kann aber in einem Fall der vorl. Art, wo der RA. gerade erst im Hinblick auf die beantragte und erwartete Beordnung als ArmAnw. tätig wird und außerdem die Beordnung selbst betreibt, nicht die Rede sein. Sollte die Kl. in dem schwierigen und wichtigen Beweisstermin nicht ohne anwaltlichen Beistand bleiben, so blieb für den Beschwerd. tatsächlich keine andere Möglichkeit, als zunächst ohne Beordnung für sie aufzutreten und die nachträgliche Beordnung mit rückwirkender Kraft zu erbitten. Dem

hat das Gericht zu Recht entprochen. Unter Abänderung des angefochtenen Beschlusses war daher der Urteilsbeamte anzuweisen, von seinen Bedenken Abstand zu nehmen und die Gebühren des Beschwerd. für die Wahrnehmung der Beweisstermine vom 23. und 30. Juli 1935 gegen die Staatskasse festzusetzen.

(OLG. Raumburg, 6. (Kosten-) ZivSen., Beschl. v. 13. Dez. 1935, 6 W 239/35.)

Anmerkung: Mit vorl. Beschluß tritt der Kostenrat des OLG. Raumburg hinsichtlich der Frage der Bindung des Kostenverfahrens an den Inhalt der zugrunde liegenden Armenrechtsbewilligung sowie hinsichtlich der Frage der Rückwirkung des Armenrechts kraft Anordnung der vor allem durch die Rspr. des RG. zur Geltung gelangten herrschenden Auffassung bei.

Der Beschluß über die Bewilligung des Armenrechts bildet, so wie er vorliegt, die maßgebende (§ 127 ZPO!) Grundlage für die Rechtsbeziehungen der armen Partei zur Staatskasse. Gleiches gilt auch für das Verhältnis zwischen ArmAnw. und Staatskasse aus der Beordnung. Denn das ArmAnwG. schließt seine Regelung bewußt an die Regelung an, die das Armenrecht prozessual durch die ZPO. erhalten hat. Das ArmAnwG. „verweist“ auf die Bewilligung des Armenrechts (§ 1 ArmAnwG.). Daher kann im Kostenverfahren ein Armenrechtsbeschluß mit seinem Inhalt, so wie er vorliegt, weder ignoriert noch korrigiert werden. Vielmehr ist er für jenes bindend (vgl. außer den im Text des Beschl. Genannten noch G a e d e k e: JW. 1935, 441 und meine Anm.: JW. 1935, 1043).

Gezetzlicher Sinn der Einrichtung des Armenrechts ist es, der armen Partei durch die in der Armenrechtsbewilligung liegende gesetzliche Kostenbindung die Rechtsschutzgewährung im Prozeß zu ermöglichen. Daher entspricht es auch dem Willen des Gesetzes, daß die Wirkungen des Armenrechts, vorausgesetzt, daß ein dahingehender Antrag ordnungsgemäß und rechtzeitig gestellt ist (vgl. RG.: JW. 1936, 200), im gehörigen Zeitpunkt eintreten. Damit deckt sich das praktische Bedürfnis, auf das auch der obige Beschluß hinweist. Alles dies sind zureichende Gründe dafür, die von der ZPO. keineswegs ausgeschlossene Rückziehung der Wirkungen der Armenrechtsbewilligung im Bewilligungsbeschluß oder in einem Ergänzungsbeschluß auszusprechen (vgl. RG.: JW. 1934, 2632²³). Die Beordnung mit rückwirkender Kraft ist eine der im Anwaltsprozeß notwendigen Folgen der Armenrechtsbewilligung (RG.: JW. 1935, 1701²⁴).

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

*

49. § 125 ZPO. Nachzahlung der infolge Armenrechts einstweilen erlassenen Gerichts- und Parteikosten.†)

Gegen die Besl. ist durch Ur. festgestellt, daß sie dem Kl. den Schaden, den er aus einem Unfall gehabt hat und haben wird, zu einem Drittel zu ersetzen hat. Im übrigen ist die Klage wegen mitwirkenden Selbstverschuldens abgewiesen. Die Parteien haben sich dann außergerichtlich auf eine Kapitalabfindung von 15 460 RM an Stelle einer Monatsrente von 65 RM verglichen; 13 814,22 RM (infolge von Abzügen) sind dem Kl. auch ausbezahlt. Das Prozeßgericht hat ihn darauf zur Nachzahlung von etwa 1200 RM Kosten gem. § 125 ZPO. verpflichtet erklärt.

Auf Beschw. wurde dieser Beschl. aufgehoben.

Ob der Kl. von der Abfindungssumme von 15 460 RM noch weitere etwa 1200 RM an zu erstattenden Kosten bezahlen kann, ohne daß der Zweck der Abfindung vereitelt wird, kann nicht untersucht werden und ist auch nicht für die Entsch. maßgebend. Ausschlaggebend ist vielmehr die Erwägung, daß die dem Kl. im Vergleichswege anstatt einer Rente bewilligte Geldsumme nicht als ein ihm zugewandter Gewinn angesehen werden darf, durch den seine wirtschaftliche Lage soweit gebessert worden wäre, daß er nunmehr ohne Beeinträchtigung seines notwendigen Unterhalts die hohen Prozeßkosten bezahlen könnte. Vielmehr ist der Kl. für einen Vermögensschaden, den er erlitten hat, höchstens zu einem Drittel

entschädigt worden und ist also immer noch wesentlich ärmer als vor dem Unfall. So muß die Sache wenigstens zur Zeit angesehen werden. Im übrigen aber wird eine solche rein rechnungsmäßige, materielle Betrachtungsweise auch der Sachlage nicht gerecht. Der Kl. ist durch den Unfall zum Krüppel geworden. Die Folgen sind für ihn viel weitergehend, als daß sie sich in einem Rechengemüß erschöpfen ließen. Die Abfindung durch ein Kapital an Stelle einer dauernden Rente hat für den Verunglückten den Zweck, unter Ausnutzung der ihm verbliebenen geistigen und körperlichen Kräfte ein neues Dasein zu beginnen, das ihn und seinen Volksgenossen das Unwürdige erspart, als bloßer Rentenempfänger ein untätiges Leben zu verbringen. Es würde der sozialen Bedeutung der Armenrechtseinrichtung widersprechen, wollten Staatskasse und Prozeßbevollmächtigte aus dem Umstand Nutzen ziehen, daß die arme Partei zu ihrer Selbsterhaltung und zum Aufbau einer neuen Existenz eine größere Geldsumme in die Hand bekommen hat, während von der kleinen Rente, an deren Stelle die Summe getreten, nichts wegzunehmen gewesen wäre.

Daher war die Anordnung der Kostennachzahlung aufzuheben. Die vom LG. noch ausgesprochene nachträgliche Armenrechtentziehung ist neben der Anordnung der Nachzahlung gegenstandslos und bei einer erledigten Sache nicht möglich.

(OLG. Hamm, Beschl. v. 5. Dez. 1935, 7 W 153/35.)

Anmerkung: Die Entsch. zeigt ein recht schwieriges Problem auf: Abgrenzung der Interessen des Einzelnen gegen die der Allgemeinheit. Denn der Reichsfiiskus ist im Grunde nichts anderes als der Verwalter der von der Gesamtheit der Volksgenossen aufgebracht und im Interesse dieser Gesamtheit zu verwertenden Mittel. Im Interesse dieser Gesamtheit liegt aber wiederum, daß ein Teil der Mittel auch für soziale Zwecke Verwendung findet. Dazu gehört auch das Armenrecht. Diese Institution kann aber wieder nur wirksam aufrechterhalten werden, wenn es nur denen zugute kommt, die nach ihren wirtschaftlichen Verhältnissen dieser Hilfe zur Durchführung ihrer Rechte auch wirklich bedürfen.

Ist diese — zunächst bestehende — Bedürftigkeit durch die erfolgreiche Prozeßführung ganz oder zum Teil behoben, so ist es nicht mehr als recht und billig, daß die Partei nachträglich ihre Prozeßführung bezahlt. In den gegebenen Fällen den notwendigen Ausgleich zu schaffen, ist somit die durchaus nicht immer leicht zu erfüllende Aufgabe der Nachzahlungsanordnung aus § 125 ZPO., eine Aufgabe, die leider nur allzuoft recht oberflächlich erfüllt wird — nach der einen wie nach der anderen Seite.

Die Entsch. aus § 125 ZPO. kann — wie obige Entsch. mit Recht betont — nicht Sache schematischer Handhabung sein, und es ist wohl richtig, daß eine rein rechnungsmäßige materielle Betrachtungsweise, die den Vermögensstand der Partei bisher und jetzt vergleicht und bei Hervortreten eines genügend hohen Saldos die Armenrechtsvergünstigung durch Anordnung der Nachzahlung aufhebt, nicht ohne weiteres das richtige Ergebnis gewährleistet.

Andererseits kann niemals entscheidend sein, ob eine Partei durch den Prozeß denjenigen Vermögensstand wieder erreicht hat, den sie vordem aufwies. Solch Vergleichen ist überflüssig und verleitet nur zu schiefer Betrachtungsweise.

Aber das Wesen der Nachzahlungsanordnung herrschen in der Praxis ohnehin manchmal recht unklare oder vielmehr — richtiger — gar keine Vorstellungen. Sonst könnten nicht die vielen Nachzahlungsanordnungen ergehen, bei denen man sich vergeblich fragt, welche Gründe — außer dem einen, daß der Urkundsbeamte die Akten unter Hinweis auf § 125 vorgelegt hat — das Gericht bewegt haben könnten, die bisher unbeanspruchte Partei nun plötzlich nicht mehr als arm betrachtete Partei nun plötzlich nicht mehr als arm, sondern zur Bezahlung der Prozeßkosten ohne Beeinträchtigung ihres notwendigen Lebensunterhalts als fähig zu betrachten.

Bei richtiger Handhabung des Armenrechts — und von einer solchen muß man ausgehen — darf regelmäßig ein Nach-

zahlungsbeschluß nur dann ergehen, wenn sich seit der Armenrechtsbewilligung die wirtschaftlichen Verhältnisse der Partei wesentlich gebessert haben. Es muß eine Veränderung eingetreten sein. Das hat jedenfalls das RG. in einer Entsch. v. 9. Jan. 1935: JW. 1935, 794⁷ als die Regel verlangt. Eine nur anderweite Beurteilung derselben Vermögens- und Einkommensverhältnisse genügt dagegen im allgemeinen nicht. Woher die Veränderung kommt, ob unabhängig vom Prozeß oder ob sie gerade erst eine Folge der — siegreichen — Durchführung desselben ist, ist gleichgültig. Gleichgültig muß aber auch der Anlaß bleiben, der zum Prozeß geführt hat. Es geht nicht an, die Frage so zu stellen, wie OLG. Hamm es tut, ob die Partei trotzdem noch ärmer ist als vorher.

Dagegen wirft OLG. Hamm mit Recht die Frage auf, ob eine Abfindungssumme an Stelle der an sich geforderten und geschuldeten Rente eine andere Beurteilung der Vermögensverhältnisse rechtfertigt, als wenn die verlangte Rente bewilligt worden wäre. Doch kann diese Frage m. E. nicht in dieser Allgemeinheit entschieden werden, wie OLG. Hamm es tut. Bei einer Rente besteht die Möglichkeit, die Nachzahlung in entsprechenden Raten — was zulässig ist (RG. vom 6. April 1935: JW. 1935, 1704²¹) — anzuordnen. Eine Kapitalauszahlung ermöglicht dagegen vielleicht Zahlung sämtlicher Kosten in einer Summe. Hat nun aber eine Partei außer der erkämpften Rente sonst nichts und reicht auch diese nur gerade zum Unterhalt aus, dann ist für eine Nachzahlung kein Raum. Ist die Rente gerade mit Rücksicht auf eine Existenzgründung kapitalisiert worden, dann wird zu prüfen sein, ob das Kapital für diese Gründung in vollem Umfang unentbehrlich ist. In dem Maße, in dem das verneint werden muß, kann dann die Nachzahlung angeordnet werden. Andernfalls muß die Frage nach erfolgter Existenzgründung erneut geprüft werden.

In dieser Richtung hat jedoch OLG. Hamm keine Erwägungen und demgemäß auch keine Prüfung und Untersuchung angestellt, angeblich deshalb nicht, weil diese Frage für die Entsch. nicht maßgebend sei, während sie in Wahrheit — hier sind die Gründe von Hamm in sich widerspruchsvoll — dann doch als ausschlaggebend zugrunde gelegt wird, und zwar, wie oben erörtert, mit Recht.

So kann trotz ihres an sich beachtlichen und zutreffenden Ausgangspunkts die Entsch. einfach deshalb nicht als richtig anerkannt werden, weil zur Zeit in tatsächlicher Hinsicht es an einer Entscheidungsgrundlage fehlt. Auf sie haben aber Reichskasse wie auch Armenanwalt einen Anspruch. Denn das Gericht ist hier, wie nicht übersehen werden darf, Sachwalter dreier verschiedener Interessenten, der Partei, der Reichskasse, des Anwalts. Gerade für letzteren, der eigene Anträge zur Nachzahlungsfrage nicht stellen kann und demnach auch im eigenen Namen, d. h. zu eigenen Gunsten, hierzu keine Rechtsmittel ergreifen kann, hängt von der Entsch. des Gerichts viel ab, vor allem dann, wenn der Weg des § 124 ZPO. für ihn nicht eröffnet oder doch praktisch nutzlos ist.

Die obige Entsch. bietet demnach in verschiedener Hinsicht einen lehrreichen Beitrag zur Frage der Nachzahlungsanordnung.

RGK. Dr. Gaedeker, Berlin.

*

50. §§ 619, 445, 450 ZPO.; § 13 Ziff. 4 RA GebD. Anordnung der Parteibernehmung in Ehesachen durch besonderen Beschluß wird in der Regel als Beweis anordnung sich darstellen.

Die Beschw. wendet sich zu Recht gegen die Absetzung der Beweis- und weiteren Verhandlungsgebühr für den ArmAnw. der Besl. Das LG. hat die Absetzung unter Hinweis darauf begründet, daß es sich um eine Parteibernehmung nach § 619 ZPO. gehandelt habe. Es ist richtig, daß für diesen Fall nach der ständigen Rspr. des Senats (vgl. Entsch. v. 3. März 1934 und 24. März 1934 bei Gaedeker, Kostenrechtsprechung 1934 Nr. 2930 = JW. 1934, 700¹ und 915⁹) eine Beweisaufnahme nicht anzuerkennen wäre. Der Senat hat jedoch in der letztgenannten Entsch. ausgesprochen, daß nur im Zweifel eine Vernehmung der Parteien eine solche nach § 619 ZPO. dar-

stelle, etwas anderes aber dann anzunehmen sei, wenn durch besonderen Beweisbeschluss die Vernehmung der Parteien zur Klärung streitiger Parteibehauptungen angeordnet worden ist. Ein solcher Beschluss ist aber ausweislich des Sitzungsprotokolls hier ergangen, wobei ganz allgemein bemerkt werden mag, daß, sofern überhaupt ein ausdrücklicher besonderer Beschluss des Gerichts über Anordnung der persönlichen Vernehmung der Parteien ergangen ist, damit in der Regel der Wille des Gerichts, Beweis durch Parteivernehmung gem. §§ 445 ff. ZPO. zu erheben, zum Ausdruck kommt. Dafür sprechen auch die Entscheidungsgründe des Urteils, die auf Grund der Vernehmung der beiden Parteien ehewidrige Beziehungen der Parteien als „erwiesen“ ansehen.

Nur wenn trotz solchen besonderen Beschlusses, der nicht schon äußerlich als Beweisbeschluss sich darstellt, nach den Umständen des Falles eine Vernehmung nach § 619 ZPO. gewollt war, betwendet es bei der Regel, daß eine Beweisaufnahme nicht beabsichtigt war und nicht stattgefunden hat.

(RG., 20. Zivilsen., Beschl. v. 25. Jan. 1936, 20 W 436/36.)

*

51. §§ 619, 445 ZPO.; § 13 Ziff. 4 RA GebO.; § 20 Ziff. 2 DGRG. Parteivernehmung in Ehesachen nach § 619 ZPO. keine Beweisaufnahme.

Die Entsch. des LG. verstößt gegen die ständige Rspr. des Kostenrats des RG., welche in einer ganzen Reihe veröffentlichter und daher auch dem LG. zugänglicher Entsch. niedergelegt ist. Der Senat hat in eingehender Begr. dargelegt, daß eine Vernehmung der Parteien in Ehesachen gem. § 619 ZPO. weder prozessual noch kostenrechtlich einen Akt der Beweisaufnahme darstellt und deshalb weder die gerichtliche noch die anwaltliche Beweisgebühr entstehen läßt. Der Senat hat betont, daß insbes. auch seit der Einführung der Parteivernehmung (§ 445 ff. ZPO.) durch die Nov. v. 27. Okt. 1933 die rechtliche Beurteilung sich nicht geändert hat, und daß § 619 ZPO. nunmehr nicht etwa nur eine Unterart der Parteivernehmung gem. § 445 ZPO., die als Beweisaufnahme sich darstellt, bildet. Der Senat hat weiter dahin entschieden, daß in Ehesachen im Zweifel die Anhörung der Parteien auf Grund des § 619 ZPO. geschieht, und daß von einer Beweisaufnahme nur dann gesprochen werden kann, wenn ein förmlicher Beweisbeschluss gem. § 450 ZPO. erlassen worden ist oder sonst der Wille des Gerichts, eine Beweisaufnahme auf Grund der §§ 445 ff. ZPO. zu veranstalten, klar und eindeutig zum Ausdruck kommt (grundsl. Entsch. 20 Wa 59/34 v. 3. März 1934: JW. 1934, 700¹; 20 W 234/34 v. 24. März 1934: JW. 1934, 915²; 20 W 8763/34 v. 25. Dez. 1934: JW. 1935, 223³). Dieser Auffassung des RG. ist, soweit Entsch. dazu bekanntgeworden sind, die Rspr. der übrigen OLG. weitaus überwiegend gefolgt (OLG. Hanau v. 7. Sept. 1934: JW. 1934, 2637¹²; OLG. Hamburg v. 26. Okt. 1934: JW. 1934, 3014²⁰; OLG. Frankfurt a. M. v. 20. Dez. 1934: JW. 1935, 807⁴⁷; ferner OLG. Stuttgart v. 1. Juni 1934: JW. 1934, 2351¹¹, das die Entsch. auf die Tatfrage im Einzelfall abstellt, und OLG. Breslau v. 9. April 1935: JW. 1935, 2298⁴⁸, das an sich den Standpunkt teilt, die Vernehmung nach § 619 ZPO. aber dann als Beweisverfahren werten will, wenn sie zum Beweise streitiger Tatsachen erfolgt, weil dann in Wahrheit ein Fall des § 445 ZPO. vorliegt).

Eine gegenteilige Auffassung vertreten nur Stein-Jonas, III 2 zu § 619 ZPO., ferner in der Rspr. der OLG. nur Düsseldorf in seiner Entsch. v. 9. März 1934: JW. 1934, 1057³ = DR. 1934, 1409 = JW. 1934, 1188¹⁰. Der Senat hat indes zu dieser Entsch. in seiner Entsch. v. 1. Juni 1935: JW. 1935, 2653⁴⁴ eingehend Stellung genommen und die Gründe des OLG. Düsseldorf dortselbst widerlegt.

Das LG. dagegen, das sich nur auf Stein-Jonas stützt, hat nicht einmal den Versuch unternommen, sich mit dieser ständigen Rspr. des Senats und der ihm folgenden OLG., die überhaupt nicht erwähnt ist, auseinanderzusetzen, offenbar deshalb nicht, weil ihm diese bisher nicht bekanntgeworden ist. Anderenfalls hätte es nicht davon sprechen können, daß die bisherige Rspr., die dem Anwalt die Beweisgebühr im Falle des § 619 ZPO. zumeist verjagt habe, jetzt überholt sei.

Der vorl. Fall läßt aber keinen Zweifel darüber, daß es sich um eine persönliche Vernehmung des klagenden Themanns gem. § 619 ZPO. gehandelt hat, was das Sitzungsprotokoll vom 10. Juli 1935 ergibt und die Entscheidungsgründe, die sich auf das glaubhafte Zugeständnis des Bekl. stützen, bestätigen. Urkundsbeamter hat daher mit Recht die Anwaltsbeweisgebühr abgelehnt.

(RG., 20. Zivilsen., Beschl. v. 16. Nov. 1935, 20 W 6839/35.)

Gerihtskostengesetz

52. § 25 DGRG. Gerichtsgebühren bei Fortsetzung eines durch Vergleich beendeten Prozesses zwecks Anfechtung des Vergleichs.

Der Rechtsstreit war durch gerichtlichen Vergleich vom 15. Jan. 1932 beendet worden. Im Ladungsschriftsatz vom 30. Aug. 1935 kündigte der Bekl. den Antrag auf Klageabweisung an. Er begründete den Antrag unter Hinweis auf die Rechtsunwirksamkeit des Vergleichs nach § 138 BGB. und das Fehlen der Erfordernisse eines Vergleichs nach § 779 BGB., insbes. des Merkmals gegenseitigen Nachgebens. Nach mündlicher Verhandlung erkannte das LG. durch Urteil dahin: Der Antrag des Bekl. auf Fortsetzung des Rechtsstreits wird auf Kosten des Bekl. als unzulässig zurückgewiesen. Auf Grund dieses Urteils erging gegen den Bekl. der angegriffene Kostenansatz, in den für das fortgesetzte Verfahren Prozeß- und Urteilsgebühr — erneut — aufgenommen sind. Der Bekl. verweist demgegenüber auf § 25 DGRG.

Seine Beschw. mußte Erfolg haben.

Ob in der Urteilsentscheidung selbst das LG. mit Recht die Grundsätze, die RG. 142, 1 ff. = JW. 1933, 2763 für den Fall eines außergerichtlichen Vergleichs aufgestellt hat, auf den hier vorl. Fall eines gerichtlichen Vergleichs übertragen hat, kann dahingestellt bleiben, denn der Schriftsatz des Bekl. vom 3. Aug. 1935 enthält nicht eine neue, selbständige Klage. Der Bekl. selbst bezeichnet ihn als Ladungsschriftsatz und will mit ihm das — an sich abgeschlossene — Verfahren fortsetzen. Das LG. hat seinerseits diesen vom Bekl. eingeschlagenen Weg beschritten; auf den Ladungsschriftsatz ist Verhandlungstermin angesetzt und dann nach mündlicher Verhandlung durch Urteil entschieden worden. In dem Urteil hat das LG. ausgeführt: Die Anfechtung des Vergleichs müsse in einem neuen selbständigen Prozeß durchgeführt werden; die Frage dagegen, ob die Vereinbarungen einen Vergleich darstellen, sei in dem Nachverfahren zu entscheiden. Das LG. macht also selbst einen Unterschied zwischen einem neuen Prozeß und dem „Nachverfahren“ zu dem alten Prozeß. In dem Urteilstenor wird die „Fortsetzung“ des Rechtsstreits für unzulässig erklärt. Das aber kann begrifflich nur eben in diesem — alten — Prozeß geschehen, ein Versuch des Bekl., den das LG. aber in diesem selben Prozeß vereitelt hat.

Hiernach handelt es sich bei dem „Nachverfahren“ um dieselbe Instanz wie bei dem ursprünglichen Prozeß. Deshalb greift der Grundsatz des § 25 DGRG. Platz. Dies würde um so mehr gelten, wenn die Fortsetzung des Prozesses zugelassen und in dem fortgesetzten Verfahren alsdann sachlich entschieden wird.

Der Beschw. gegen eine nochmalige Berechnung der Prozeß- und Urteilsgebühr war daher stattzugeben.

(RG., 20. Zivilsen., Beschl. v. 4. Jan. 1936, 20 W 7758/35.)

53. § 46 Abs. 1, 2 PrGRG. Der Wert von Wertpapieren, die bereits vor Beurkundung des Herganges der Vernichtung durch Stempelaufdruck oder Lochung entwertet und dadurch ihrer Umlauffähigkeit beraubt sind, ist innerhalb der Wertgrenzen des § 46 Abs. 2 PrGRG. zu schätzen.

Zwei Bankdirektoren als Vertreter der D. Bank haben 556 Stück aufgewertete Teilschuldverschreibungen der Gewerk-

schaft B., die zur Einlösung aufgerufen und von der Gesellschaft eingelöst waren, vor einem Notar durch Zerreißen vernichtet. Den Vernichtungsvorgang hat der Notar beurkundet. In der Urk. ist festgestellt, daß die vernichteten Wertpapiere bereits durch Stempelaufdruck oder durch Löschung entwertet gewesen sind. Der Notar hat hierfür eine $\frac{20}{100}$ -Gebühr aus § 46 PrGG. nach dem in der Urkunde angegebenen Wert von 130 000 *R.M.* in Höhe von 392 *R.M.* in Ansatz gebracht. Auf Antrag der D. Bank hat aber der LGPräs. unter Zugrundelegung eines Gegenstandswerts von 20 000 *R.M.* die zu erhebende Gebühr auf 104 *R.M.* festgesetzt. Die sofortige Beschw. des Notars hatte keinen Erfolg.

Nach § 46 Abs. 2 PrGG. ist für die Beurkundung des Vorganges bei Vernichtung von Wertpapieren der Wert des Gegenstandes, soweit ein bestimmter Geldwert es erhellt, auf diesen, soweit aber ein bestimmter Geldwert nicht erhellt, auf 20 000 *R.M.*, ausnahmsweise niedriger oder höher, jedoch nicht unter 500 *R.M.* anzunehmen. Im allgemeinen entscheidet der Wert, welchen die Wertpapiere vor ihrer Vernichtung hatten. Waren die Papiere dagegen bereits vor der Beurkundung durch Stempelaufdruck oder durch Löschung entwertet und dadurch ihre Umlauffähigkeit beseitigt, so muß der Wert innerhalb der Wertgrenzen des § 46 Abs. 2 PrGG. geschätzt werden, wobei der frühere Verkehrswert lediglich einen Anhaltspunkt für die Wertermessung abgeben kann (RG.: Recht 1911, 813; *Beuschhausen*, 4. Aufl., Anm. II 3 a zu § 46 PrGG. S. 315; *Mügel-Ehm*, PrGG., 7. Aufl., Anm. 13 zu § 48 a. F.). Wenn der LGPräs. in Anbetracht der Tatsache, daß die umlaufsfähigen und unversehrten Teilschuldverschreibungen einen Wert von 130 000 *R.M.* hatten, die Annahme eines den Normalwert von 20 000 *R.M.* übersteigenden Wertes nicht für erforderlich gehalten hat, so ist dieser Ansicht beizutreten. Die hiernach entstandene Gebühr ist auf Grund der §§ 46 Abs. 1, 32 PrGG. richtig auf 104 *R.M.* berechnet.

Der Notar macht demgegenüber geltend, daß der LGPräs. zu Unrecht die Erklärung der Kostenschuldnerin außer acht gelassen habe, die in Übereinstimmung mit seiner Kostenrechnung den Wert der Beurkundung auf 130 000 *R.M.* angegeben habe. Die Wertangabe der Kostenschuldnerin ist aber für die Gebührenberechnung nicht maßgebend, vielmehr hat der beurkundende Notar selbst den Wert der von ihm beurkundeten Erklärung nach Maßgabe der gesetzlichen Vorschr. zu ermitteln. Erweist sich die Wertangabe nicht als richtig, so hat er den nach dem Gesetz in Frage kommenden Gegenstandswert seiner Gebührenberechnung zugrunde zu legen, mag er nun die Wertangabe übersteigen oder hinter ihr zurückbleiben (RG. in 1 a X 1124/30; 1 a X 378/32; 1 a W x 1040/35).

Auch der Hinweis des BeschwF., daß Schuldverschreibungen unter gewissen Voraussetzungen (§§ 33, 35 AufwG., Art. 45 Abs. 2 DurchV.) der Aufwertung selbst dann unterlegen hätten, wenn sie bereits an den Schuldner herausgegeben und von diesem entwertet waren, gibt zu einer anderen Beurteilung keinen Anlaß, weil die rein wirtschaftlichen Erwägungen, die zu dieser Regelung im AufwG. geführt haben, für die Wertberechnung nach dem PrGG. nicht maßgebend sind.

(RG., ZivSen. 1 a, Beschl. v. 17. Jan. 1936, 1 a W x 1996/35.)

Oberlandesgerichte: Strafsachen

Berlin

54. § 1 zu a Teil I (Zugabewesen) RPräs. B.D. zum Schutze der Wirtschaft v. 9. März 1932 (RGBl. I, 121). Tüten mit 120 g Bonbons im Werte von über 0,10 *R.M.* als verbotene Zugabe. Begriff der geringwertigen Kleinigkeiten.

Es kann hier auf sich beruhen bleiben, welcher Maßstab bei der Prüfung des geringen Wertes der Reklamegegenstände und der Geringwertigkeit von Kleinigkeiten anzulegen sei (vgl. JW. 1934, 2171⁴ und 3309⁶ nebst Nachw. und Gottschick:

WBlB. 1934, 354). Mag man die Zugabe von etwa 120 g Bonbons im Werte von über 0,10 *R.M.* bei Wareneinkäufen zum Preise von 1,98—3 *R.M.* ihrem Werte nach absolut oder relativ zum Werte der Hauptware beurteilen, keinesfalls läßt sie sich in die Klasse der „geringwertigen Kleinigkeiten“ einreihen. Darunter fallen, wie die Begr. der B.D. als Beispiel u. a. anführt, einzelne Zuckerkuchentücher für Kinder, nicht aber Tüten voll Bonbons im Gewichte von etwa 120 g und im Werte von über 0,10 *R.M.* Eine solche Zumutung geht über die seit jeher geübte harmlose Geschäftsgepflogenheit der Gewährung geringwertiger Kleinigkeiten, die richtig gesehen mit der „Zugabe“ außer dem Namen nichts mehr gemein hat, weit hinaus. Der Gesetzgeber hat mit dem grundsätzlichen Zugabeverbot zu den Grundsätzen von Preiswahrheit und Klarheit zurückkehren und die Beunruhigung und Gefährdung des Fachhandels durch das Zugabewesen beseitigen wollen. Die grundsätzliche Ablehnung des Zugabewesens entspricht auch nationalsozialistischer Wirtschaftsauffassung. Es geht daher nicht an, durch eine weitherzige Best. der Wertgrenze die verpönte Zugabehandhabung unter dem Deckmantel der Ausnahmen vom Zugabeverbot im zweiten Abs. des § 1 fortzusetzen. Das Geschäftsgewahren des Angekl. unter die §§ 1, 3 B.D. zu bringen, erscheint um so mehr als gerechtfertigt, als er die Bonbonszugabe noch neben der Gewährung des durch § 2 RabattG. v. 25. Nov. 1933 (RGBl. I, 1011) zugelassenen Preisnachlasses von 3% des Preises der Ware seinen Kunden hat zukommen lassen.

(RG., 1. StrSen., Ur. v. 4. Febr. 1936, 1 Ss 10/36.)

55. § 4 UnlWG. Chiffreanzeigen als wesentlich unwahre Reklame.

Die Werbung des Angekl., der in Tageszeitungen Kraftwagen unter Chiffre mit dem Anschein privaten Angebots — ohne den Zusatz „gewerblich“ — angezeigt hatte, erfüllt den Straftatbestand des § 4 UnlWG. (vgl. Ur. v. 13. Aug. 1935, 1 Ss 302/35 und OLG. München: DStrR. 1936, 59). Unrichtig ist die Auffassung der Rev. über das Verhältnis zwischen §§ 3 und 4 UnlWG. § 3 behandelt den Zivilrechtsschutz, § 4 enthält den selbständigen Straftatbestand der wesentlich unwahren Reklame. Vollendet ist die Tat mit der im § 4 bezeichneten Ankündigung. Die Freführung selbst braucht nicht verwickelt zu werden. Darauf, ob es dem Kunden unbenommen war, einen Zweifel über die Eigenschaft des Verkäufers — ob Händler oder Privatmann — durch ein Ferngespräch aufzuklären, kommt es nicht an. Die Wirkung der unwahren und zur Freführung geeigneten Angaben in der Chiffreanzeige auf den ins Auge gefaßten Personenkreis durch den Anschein, als ob es sich um ein Verkaufsangebot von privater Seite, nicht von Seiten eines Eigenhändlers oder eines gewerbmäßigen Vermittlers handele, nämlich die Erweckung des Anscheins eines besonders günstigen Angebots (Gelegenheitskauf) bei dem Publikum nach dessen vernünftiger Auffassung läßt sich durch eine spätere Aufklärung nicht ungeschehen machen. Ebenfowenig kommt es darauf an, ob derartige Zeitungsanzeigen ohne Andeutung ihres gewerblichen Charakters unter den kleinen Automobilhändlern Berlins üblich waren oder nicht und ob der Angekl. schließlich als Eigenhändler oder als offener oder verdeckter Stellvertreter auftrat, nachdem er mit der — mit der Forderung nach Wahrheit und Klarheit in der Werbung unvereinbaren — Chiffreanzeige einen Kaufliebhaber angelockt hatte. Darüber, daß das bei der getätigten Reklame in Betracht kommende Publikum bei derartigen Angeboten der Annahme ist, von einer Privatperson — unter Ausschaltung eines Händlers und Vertreters — besonders vorteilhaft kaufen zu können, bedurfte nach den allgemeinen Erfahrungen des täglichen Lebens keiner weiteren Erörterung, zumal da der Angekl. in der Rev. selbst zugibt, bei solchen Geschäften durchschnittlich je 50 *R.M.* verdient zu haben.

(RG., 1. StrSen., Ur. v. 28. Jan. 1936, 1 Ss 581/35.)

Landgerichte: Zivilsachen

Nachen

56. § 807 ZPO.; V.D. v. 27. Dez. 1933. Zur Frage, ob die Ableistung des Offenbarungseides von einem im landwirtschaftlichen Schuldenregelungsverfahren befindlichen Schuldner verlangt werden kann.†)

Nach Art. 2 Ziff. 2 V.D. über den Vollstreckungsschutz im landwirtschaftl. Entschuldungsverfahren sind Zwangsvollstreckungen gegen den Betriebsinhaber wegen einer Geldforderung in Gegenstände des beweglichen Vermögens einstweilen einzustellen. Schon nach dem Wortlaut dieser V.D. sind unter Zwangsvollstreckungen nur unmittelbare, der Verwirklichung des festgestellten Anspruchs dienende Zwangsmaßnahmen zu verstehen. Das Offenbarungseidsverfahren i. S. des § 807 ZPO. dient dagegen nicht der unmittelbaren Befriedigung des Gläubigers, sondern nur der Vorbereitung weiterer Vollstreckungsmaßnahmen. Es soll den Schuldner veranlassen, sein Vermögen zu offenbaren, um hierdurch dem Gläubiger die Möglichkeit zu geben, auf Grund der erlangten Kenntnis demnächst die Zwangsvollstreckung zu betreiben. Aber auch dem Sinne und Zwecke nach widerspricht die Abnahme des Offenbarungseides nicht der V.D. v. 27. Dez. 1933; denn es ist nicht einzusehen, daß hierdurch eine besondere Schädigung für den doch als verschuldet bekannten Betrieb eintritt.

Sinzu kommt noch, daß durch die V.D. des RPräs. vom 14. Febr. 1933 schon ein gewisser zeitlicher Vollstreckungsschutz zugunsten landwirtschaftlicher Grundstücke stattgefunden hat. In § 11 AusfV.D. zu dieser V.D. ist die Offenbarungspflicht besonders beschränkt worden. War es daher Absicht des Gesetzgebers, auch durch die V.D. v. 27. Dez. 1933 die Offenbarungspflicht zu beschränken, hätte er dieses auch besonders zum Ausdruck gebracht.

Andererseits kann es keinem Zweifel unterliegen, daß der Schuldnerin die Befugnis zuzubilligen ist, gem. § 19 V.D. v. 26. Mai 1935 die Eidesleistung durch die dort vorgesehene Versicherung abzuwenden. Diese Vergünstigung hat jedoch die Schuldnerin durch ihr Ausbleiben in dem Termine verwirkt. Nach § 901 ZPO. war daher die Haft gegen sie anzuordnen.

(LG. Aachen, 4. Zk., Beschl. v. 17. Dez. 1935, 4 T 966/35.)

Anmerkung: Der vorstehende Beschluß des LG. Aachen muß in zweifacher Hinsicht Erstaunen erwecken. Einmal darüber, daß trotz der eingehenden Erörterungen im Schrifttum und trotz zahlreicher gegenteiliger Gerichtsentscheidungen über die Frage der Leistung des Offenbarungseides während der Dauer des landwirtschaftlichen Schuldenregelungsverfahrens ein Beschluß wie der vorstehende ergehen konnte, der der allgemeinen Meinung in Rspr. und Schrifttum über diese Frage völlig widerspricht; ferner aber auch darüber, daß das erkennende Gericht es nicht für notwendig gehalten hat, in dem Beschluß auch nur mit einem Wort auf die herrschende entgegengesetzte Auffassung hinzuweisen und sich zum mindesten mit ihren Gründen auseinanderzusetzen. Im Interesse der Rechtsicherheit ist es außerordentlich zu bedauern, daß ein solcher Beschluß bei dem oben gekennzeichneten Stande dieser Frage, die angesichts der weitläufigen überwiegenden Auffassung von Schrifttum und Rspr. schon seit längerer Zeit nicht mehr als Streitfrage bezeichnet werden kann, heute noch ergehen konnte.

In der Frage selbst, die nach dem Sinn und Wortlaut der Vollstreckungsschutzvorschriften zweifelsfrei dahin zu beantworten ist, daß die Ableistung des Offenbarungseides von einem im landwirtschaftlichen Schuldenregelungsverfahren befindlichen Betriebsinhaber nicht verlangt werden kann, sei auf meine Ausführungen in der JW. 1934, 2520 und 1935, 106, sowie die dort angeführte Rspr. und Literatur verwiesen. Es sei nur kurz bemerkt, daß sich auch mehrere OLG. ausdrücklich der herrschenden und von den zuständigen Reichsministerien vertretenen Auf-

fassung angeschlossen haben (vgl. OLG. Naumburg: DJ. 1934, 1651; OLG. Stuttgart: DJ. 1935, 1012).

MinR. Dr. Heinrich, Berlin.

*

Berlin

57. §§ 11, 38 DevG. Der Generalversammlungsbeschluß einer AktG., durch den diese ihr Vermögen auf einen Ausländer (den alleinigen Aktionär) überträgt, bedarf der Genehmigung der Devisenstelle.†)

Die Gesellschaft hat in der GenVerf. v. 30. Aug. 1935 die Übertragung ihres Vermögens auf den alleinigen Aktionär C. zu R. (Ausland) ohne Liquidation beschlossen. Die Anmeldung dieses Beschlusses hat das Registergericht in den Vfg. v. 14. und 26. Sept. 1935 beanstandet und die Eintragung von der Genehmigung der Devisenstelle abhängig gemacht. Die hiergegen von dem beurkundeten Notar namens der AktG. eingelegten Beschw., die als Beschw. des anmeldenden Vorstandes anzusehen ist, ist ohne Erfolg.

Nach § 11 DevG. v. 4. Febr. 1935 dürfen inländische Zahlungsmittel und Forderungen, die auf Reichsmark oder Goldmark lauten, nur mit Genehmigung der Devisenstelle auf einen Ausländer übertragen werden.

Geschäfte, die dagegen verstoßen, sind bis zur Erteilung der Genehmigung nichtig (§ 38 a. a. O.). Geht das gesamte, aus Geld und Forderungen bestehende Vermögen einer AktG. auf einen Ausländer über, so ist der dahingehende Gesellschaftsbeschuß ein Geschäft i. S. des § 38 DevG., das der Genehmigung der Devisenstelle zu seiner Rechtswirksamkeit bedarf. Der Beschw. beruft sich für die von ihm vertretene gegenteilige Rechtsauffassung auf II 21 der Richtlinien i. d. Fass. v. 12. Sept. 1935. Diese Richtlinien betreffen jedoch nur den Fall, daß Forderungen oder Verbindlichkeiten in ausländischer Währung oder gegenüber Ausländern oder sonstige Werte, die nur mit Genehmigung übertragen werden dürfen, nach den Best. des UmwandlG. v. 5. Juli 1934 auf die Beteiligten übergehen. Dabei kann nur daran gedacht sein, daß die betreffenden Werte der inländischen Kapitalgesellschaft auf einen Inländer übergehen, der an die Stelle der Gesellschaft tritt. Hier liegt aber der besondere Fall vor, daß der Übergang von einer inländischen Gesellschaft auf einen Ausländer erfolgt.

Diesen Fall umfaßt II 31 der Richtlinien nicht. Das ist auch die Ansicht des ZFinRPräs. Berlin, den das BeschwG. um gutachtliche Äußerung ersucht hatte.

(LG. Berlin, 8. R. f. S., Beschl. v. 28. Jan. 1936, 408 T 16/36.)

Anmerkung: Die Entscheidungsgründe entsprechen der Auffassung der Reichsstelle für Devisenbewirtschaftung. Die angezogene Best. II 21 der Richtl. hatte den Fall, daß bei Umwandlung der Kapitalgesellschaft auf eine Person oder Personengesellschaft diese Ausländereigenschaft haben, nicht ins Auge gefaßt. Man hatte lediglich den Fall regeln wollen, daß Forderungen oder Verbindlichkeiten in ausländischer Währung oder gegenüber Ausländern oder — jetzt ergänzt — sonstige Werte, die nur mit Genehmigung erworben werden dürfen oder über die nur mit Genehmigung verfügt werden darf, im Wege der Kapitalumwandlung auf eine inländische Person oder Personengesellschaft übergehen. Es kann daher auch nicht aus der Fassung von II 21 der Richtlinien: eine Genehmigung ist nicht erforderlich, wenn AktG. usw. . . ., die Forderungen oder Verbindlichkeiten der genannten Art haben, . . . geschlossen werden, daß genehmigungsfrei die Übertragung des unter das Devisenrecht fallenden Vermögens ohne Rücksicht darauf ist, ob es in die Hände einer Inlandsperson oder eines Ausländers kommt. Vielmehr muß II 21 der Richtlinien als Sonderbestimmung einschränkend ausgelegt werden und kann nur für den Fall gelten, daß der Vermögensübernehmer im Inlande domiziliert. Bei der demnächst vorgegebenen Ergänzung der Richtlinien wird auch eine dahingehende Klarstellung von II 21 der Richtlinien vorgenommen werden.

Die Folge ist also, daß, wenn die Kapitalumwandlung auf einen Ausländer erfolgt, eine Devisengenehmigung erforderlich

ist, die im Zweifel erteilt werden dürfte, wenn der ausländische Vermögensübernehmer einen mit ausreichenden Vollmachten versehenen inländischen Vertreter bestellt. Als dann ist gewährleistet, daß mit verbindlicher Wirkung für den ausländischen Vermögensübernehmer den devisenrechtlichen Verpflichtungen Genüge getan wird.

RA. Dr. jur. et rer. pol. Hugo Dietrich, Berlin.

*

58. § 3 des Ges. über die Umwandlung von Kapitalgesellschaften v. 5. Juli 1934 (RGBl. I, 569). Bei Umwandlung einer GmbH. ist Genehmigung der Bilanz durch die Gesellschafterversammlung nicht vorgeschrieben. Bei Umwandlung einer AktG. bedarf die der Umwandlung zugrunde liegende Bilanz der Genehmigung durch die Generalversammlung nach allgemeinen Grundsätzen.

I.

In der notariellen Verhandlung hat der Kaufmann J. als Inhaber aller Geschäftsanteile der Gesellschaft die Umwandlung derselben in die zu errichtende Einzelfirma Ernst J. & Co. beschlossen. Die Anmeldung der Umwandlung v. 11. Sept. 1935 ist vom Registergericht 1935 beanstandet worden, weil die Umwandlung nicht unter Zugrundelegung der Umwandlungsbilanz ausdrücklich beschlossen worden sei. Die Beschw. hatte Erfolg.

In dem Ges. für die Umwandlung von Kapitalgesellschaften v. 5. Juli 1934 ist nichts darüber gesagt worden, daß der Umwandlungsbeschluß ausdrücklich unter Zugrundelegung einer Umwandlungsbilanz erfolgen müsse. § 3 dieses Gesetzes bestimmt lediglich, daß der Anmeldung eine Ausfertigung des Protokolls und die der Umwandlung zugrunde gelegte Bilanz beizufügen sei. Dieser Verpflichtung ist der Beschw. nachgekommen. Er hat damit, was ja an sich erforderlich ist, gezeigt, auf Grund welcher Bilanz die Umwandlung in der Gesellschafterversammlung beschlossen worden ist. Einer besonderen Feststellung und Genehmigung dieser Bilanz in der Gesellschafterversammlung bedurfte es im vorl. Falle nicht. Denn für die GmbH. besteht nur der Zwang, eine Bilanz aufzustellen. Die Genehmigung der Bilanz durch die Gesellschafterversammlung ist im Gegensatz zur AktG. bei der GmbH. überhaupt nicht vorgeschrieben. So ist dann auch in den gesetzlichen Best. über die Umwandlung einer AktG. in eine GmbH. (§ 80 GmbHG.) und einer KommGes. a. A. in eine AktG. (§ 333 HGB.) ausdrücklich vorgeschrieben, daß von der die Umwandlung beschließenden GenVers. auch die abschließende Bilanz genehmigt werden müsse. Da ein solcher Genehmigungszwang für die Bilanz der GmbH. vom Gesetz überhaupt nicht aufgestellt worden ist, liegt auch kein Anlaß vor, bei der Umwandlung der GmbH. in eine Einzelfirma eine Bilanz ausdrücklich genehmigen zu lassen. Dieser Grund ist hier um so weniger gegeben, als die GmbH. nur einen einzigen Gesellschafter besitzt, der zugleich Geschäftsführer ist, bei der Unterzeichnung der von ihm aufgestellten Bilanz also auch die gesamten Gesellschafter vertritt.

(LG. Berlin, Beschl. v. 22. Nov. 1935, 408 T 13 380/35.)

II.

Die Gesellschaft hat in der GenVers. v. 8. Jan. 1935 die Übertragung des Gesellschaftsvermögens auf die Hauptgesellschafterin R. auf Grund des Ges. über die Umwandlung von Kapitalgesellschaften v. 5. Juli 1934 i. Verb. m. der DurchfVO. v. 14. Dez. 1934 beschlossen. Das LG. hat in der Vfg. vom 1. Nov. 1935 die Anmeldung dieses Beschlusses beanstandet, weil die Umwandlung nicht auf Grund einer in der GenVers. genehmigten Umwandlungsbilanz beschlossen worden sei. Die Beschw. war erfolglos.

In dem Ges. über die Umwandlung von Kapitalgesellschaften v. 5. Juli 1934 ist zwar nichts darüber gesagt, daß der Umwandlungsbeschluß ausdrücklich unter Zugrundelegung einer Umwandlungsbilanz erfolgen müsse. § 3 dieses Ges. bestimmt

lediglich, daß der Anmeldung eine Ausfertigung des Protokolls und die der Umwandlung zugrunde gelegte Bilanz beizufügen sei, was der Beschw. auch getan hat. Darüber hinaus ergibt sich aber aus den allgemeinen Best. des Aktienrechts die Verpflichtung, die der Umwandlung zugrunde liegende Bilanz auch zum Gegenstande der Beschlussfassung der GenVers. zu machen. Bei der AktG. bedürfen alle Jahresabschlüsse der ausdrücklichen Genehmigung der GenVers. Deshalb muß auch die Umwandlungsbilanz, welche die letzte Übersicht über die Geschäfts- und Vermögenslage der nunmehr verschwindenden AktG. darstellt, von der GenVers. genehmigt werden. Aus dieser Erwägung heraus ist auch in den gesetzlichen Best. über die Umwandlung einer AktG. in eine GmbH. (§ 80 GmbHG.) und einer KommGes. a. A. in eine AktG. (§ 333 HGB.) ausdrücklich vorgeschrieben, daß von der die Umwandlung beschließenden GenVers. auch die abschließende Bilanz genehmigt werden müsse. Das gleiche muß, obwohl es an einer ausdrücklichen gesetzlichen Best. hierüber fehlt, auch für diejenigen Umwandlungen einer AktG. gelten, welche auf Grund des Ges. v. 5. Juli 1934 erfolgen.

(LG. Berlin, Beschl. v. 10. Dez. 1935, 408 T 14 185/35.)

Anmerkung zu I und II: Beide Entscheidungen geben zu grundsätzlichen Bedenken Anlaß. Die Umwandlungsbilanz ist begriffsnotwendig eine Vermögensbilanz. Das folgt aus dem Gesetze selbst, da die Umwandlung in der Übertragung des „Vermögens“ der Kapitalgesellschaft besteht (§§ 2, 4, 8—14 UmwändlG.) und demgemäß „die der Umwandlung zugrunde zu legende Bilanz“ den Stand des Vermögens ergeben muß (§ 2 a. a. D.). Sie kann infolgedessen niemals, wie offenbar die eine AktG. betreffende Entsch. zu II annimmt, eine Jahresbilanz sein, die lediglich eine Ertragsbilanz ist. Schon aus diesem Grunde ist die Heranziehung der Vorschr. des § 261 HGB., die die Jahresabschlüsse einer AktG. betreffen, für eine Vermögensbilanz verfehlt (ebenso Böttcher-Meiliße, Umwandlung usw., 3. Aufl., S. 75, Nr. 2b; Crisolti-Groschuff-Kaemmel, Umwandlung und Lösung usw., 2. Aufl., S. 66, Anm. 9—11 zu § 3 UmwändlG.; Laß, UmwändlG., S. 75, Nr. II. 2a). Auch der Hinweis auf § 80 GmbHG. (Umwandlung der AktG. in eine GmbH.) und § 333 HGB. (Umwandlung einer KommGes. a. A. in eine AktG.) ist verfehlt, weil es sich dort nicht um den „Untergang“ der Gesellschaft (§ 5 Abs. 1 UmwändlG.) handelt. deren Vermögen von eigenverantwortlichen Rechtsnachfolgern übernommen wird, sondern um „Fortsetzung“ derselben anonymen Kapitalgesellschaft, deren Rechtsform lediglich wechselt (Laß a. a. D.). Können aber diese Vorschr. nicht „sinngemäß“ angewendet werden, so folgt daraus für das Erfordernis einer „Genehmigung“ der Umwandlungsbilanz durch die GenVers. einer AktG. zunächst gar nichts.

Ausschlußreich für die Fehlerquelle dieser Entsch. des LG. ist die — eine GmbH. betreffende — Entsch. desselben Gerichts zu I. Handelt es sich lediglich darum, „Grundsätze“ aus dem allgemeinen Recht zu übernehmen, so stünde nichts im Wege, diese auch auf GmbH. zu übertragen, sofern nicht etwa die Struktur einer GmbH. diese Übertragung ausschließt. Diese Frage untersucht aber das LG. nicht, sondern es beschränkt sich hier lediglich auf die Feststellung, daß das UmwändlG. eine Vorlage der Bilanz in der Gesellschafterversammlung und die Genehmigung nicht „ausdrücklich“ vorschreibt. Daraus folgt aber noch nicht, daß nach Sinn und Zweck des Gesetzes die Vorlage und Genehmigung der Bilanz überflüssig sei. Wollte man dies annehmen, so eröffneten sich für den Formularbetrieb ungeahnte Möglichkeiten, weil es dann der individualisierenden Protokollfassung — vom Rubrum abgesehen — nicht mehr bedürfte und irgendeine Bilanz einfach vom Geschäftsführer nachzureichen wäre. Tatsächlich ist das Berliner Registergericht zum Jahreschluß mit Umwandlungsanträgen überschwenmt worden, die entweder der ausdrücklichen Zugrundelegung einer Bilanz entbehrten und sie auch in einer Anlage nicht enthielten oder aber gar auf die für einen künftigen (!) Bilanztag erst noch aufzustellende Bilanz verwiesen. Einem derartigen Schablonenbetrieb den Weg zu ebnen, kann aber bei allem Bestreben, die Umwandlung zu „erleichtern“, nicht der Wille des Gesetz-

gebers sein. Tatsächlich hebt das UmwandlG. in § 2 hervor, daß nicht die „Bilanz“, sondern vielmehr „die der Umwandlung zugrunde gelegte Bilanz“ beizufügen sei. Der „Umwandlung“ zugrunde gelegt ist eine Bilanz aber nur, wenn sie in der Gesellschafterversammlung, in der die Umwandlung „beschlossen“ ist, vorlag, so daß die Gesellschafter daraus ersehen konnten, welche Vermögenswerte auf sie einschließlich Schulden übergehen sollten, und hiervon ihre Entscheidung beeinflussen lassen konnten. Mußte aber die Bilanz in der Gesellschafterversammlung vorliegen, so ergibt sich daraus zunächst, daß der Bilanzstichtag nicht später als der Beschlußtag liegen darf. Wird dann die Umwandlung zum Beschluß erhoben (einstimmig oder mit der vorgeschriebenen Mehrheit) so liegt in dem Beschluß ohne weiteres die Genehmigung „der der Umwandlung zugrunde gelegten Bilanz“.

Dies ergibt sich mit zwingender Logik, ist also selbstverständlich. Selbstverständlichkeiten aber braucht der Gesetzgeber nicht „ausdrücklich“ zu sagen. Die vielerörterte Frage der Bilanz ist also angesichts des Wortlautes des § 3 UmwandlG., des Sinnes und des Zweckes des UmwandlG. (§§ 2, 4) und des sonstigen Schweigens des Gesetzes kurz dahin zu beantworten:

Die Umwandlungsbilanz ist eine Vermögensbilanz. Diese muß — was in geeigneter Form im Protokoll zum Ausdrück zu bringen ist — in der Gesellschafter- (General-) Versammlung vorliegen und sich auf einen zu dieser Zeit bereits eingetretenen Bilanzstichtag beziehen. Im übrigen sind die Beteiligten grundsätzlich vollkommen frei. Ein Unterschied in der Behandlung der Umwandlungsbilanz bei GmbH. und AktG. findet im geltenden Recht keine Stütze.

Von diesem Standpunkt aus betrachtet, müssen beide Entscheidungen des O. als unzutreffend bezeichnet werden: die Entsch. zu I, welche eine GmbH. betrifft deshalb, weil sie grundsätzlich für GmbH. das Erfordernis der Bilanz als Beschlußgrundlage verneint, die Entsch. zu II, die eine AktG. betrifft, weil sie die Bilanz als Beschlußgrundlage aus unrichtigen Gründen bejaht. Im letzteren Falle hätte m. E., falls die Bilanz eine Jahresbilanz gewesen sein sollte, außerdem erwogen werden müssen, ob diese als Umwandlungsbilanz überhaupt fungieren konnte, im übrigen ist ihr hinsichtlich des Endergebnisses, sofern sie zur Zurückweisung der Beschw. geführt hat, zuzustimmen. Im ersteren Falle ist dem Endergebnis der Entsch. aus Gründen des Einzelfalles ebenfalls zuzustimmen, weil es sich um eine Einmangengesellschaft handelte und der Gesellschaftergeschäftsführer, indem er die nachgereichte Bilanz unterschrieben hat, diese als die Grundlage seines Gesellschafterbeschlusses bezeichnet hat. Bei der Goldmarkumstellung ist seinerzeit ebenso verfahren worden.

WGR. Groschuff, Berlin.

Vielefeld

59. Hat der zuerst in Anspruch genommene Regreßpflichtige nur einen Teil der Wechselsumme gezahlt, so kann er seinerseits schon dann den weiteren Regreß nehmen, wenn er im Besitz einer beglaubigten Abschrift des Wechsels ist. †)

Die Kl. ist Girantin, die Bekl. Akzeptantin eines Wechsels. Die Kl. hat nur einen Teil der Wechselsumme im Regreßwege bezahlt. Die Bekl. bestreitet nicht, daß der Kl. dadurch ein wechselrechtlicher Regreßanspruch gegen sie erwachsen ist, sie verneint aber die Möglichkeit der Kl., diesen Anspruch geltend zu machen, solange sie nicht im Besitz des Wechsels ist. Die Kl. hat gegen die Reichsbank, die den Wechsel hat protestieren lassen, keinen Anspruch auf Aushändigung des Wechsels. Damit scheidet nach Ansicht der Bekl. vorerst für die Kl. die Möglichkeit aus, den bezahlten Betrag von der Bekl. wiederzuerlangen. Wenn die Bekl. zur Begründung ihrer Ansicht sich auf Rspr. und Literatur bezieht, so übersteht sie, daß es sich in den angeführten Stellen stets um eine vollständige Be-

friedigung des Wechselinhabers handelt. Trotz der Teilzahlung der Kl. ist der Anspruch der Reichsbank gegen die Bekl. auf Zahlung des vollen Wechselbetrages bestehen geblieben. Soweit die Reichsbank befriedigt ist, ist sie Inkassomandatarin der Kl. Im Innenverhältnis zwischen der Kl. und der Reichsbank ist erstere die eigentliche Inhaberin der gezahlten Teilforderung. Die Reichsbank ist damit einverstanden, daß die Kl. selbst den von ihr gezahlten Betrag von der Bekl. einzieht und hat ihr auch zu diesem Zwecke eine beglaubigte Abschrift des Wechsels ausgehändigt, auf welchem über die Zahlung der Kl. quittiert ist. Da die Kl. nur einen Teil der Wechselforderung von der Bekl. verlangt, so kommt eine Aushändigung des Wechsels überhaupt nicht in Frage. In einem derartigen Falle muß es genügen, wenn die Kl. im Besitze einer beglaubigten Abschrift des Wechsels ist. Diese für das WechselG. ausgesprochene Ansicht muß auch für die Wechselordnung als zutreffend angesehen werden, da insoweit eine Änderung des Gesetzes nicht eingetreten ist. Die Kl. ist daher zur Geltendmachung ihrer Forderung legitimiert.

(O. Vielefeld, Ur. v. 11. Dez. 1935, 6 S 19/35.)

Anmerkung: Der Feststellung des O. Vielefeld, daß bei einer Teilzahlung des Regreßberechtigten schon der Besitz einer beglaubigten Abschrift des Wechsels, auf dem über die Teilzahlung quittiert worden ist, genügt, um den weiteren Regreßpflichtigen in Anspruch nehmen zu können, ist unbedenklich zuzustimmen.

Eine ausdrückliche gesetzliche Regelung des Rückgriffsrechts bei Teilzahlung fehlt sowohl in der W. wie im WechselG. Nach dem Gesetz ist der Rückgriffsberechtigte zur Aushändigung des Wechsels nur dann verpflichtet, wenn er die volle Wechselsumme im Regreßwege erhält. Das würde zu dem Ergebnis führen, daß der zuerst in Anspruch genommene Regreßpflichtige, der nur einen Teil der Schuld zahlen kann, wegen dieser Teilleistung seine Vormänner nicht belangen könnte, weil er von seinem Nachmanne die Wechselurkunde noch nicht erhalten wird. Das wäre ein offenbar unbilliges Ergebnis, das unter Mißachtung wirtschaftlicher Notwendigkeiten lediglich durch Berufung auf den Buchstaben des Gesetzes erreicht würde. Dem wahren Sinn des Gesetzes kann ein solcher wirtschaftlicher Widerspruch nicht entsprechen. In einem solchen Falle hat aber der Richter die Aufgabe, nach dem wahren Sinn des Gesetzes zu entscheiden und von der formell-gerechten zur materiel-gerechten Entscheidung durchzustoßen. Dieser Aufgabe ist das O. Vielefeld vorbildlich gerecht geworden.

RM. Dr. Otto Rilk, Berlin.

Breslau

60. §§ 417, 390 SGB.; § 57 Abs. 4 ADSp. Der Lagerhalter genügt seiner Pflicht bei der Aufbewahrung und für die Erhaltung eingelagerten Gutes, wenn er bei Vorhandensein von Ratten Gift legt und Raken hält. Zur Bornaahme weiterer, lediglich der Erhaltung des Gutes dienender Maßnahmen ist der Lagerhalter nur verpflichtet, wenn solche Maßnahmen von ihm besonders übernommen worden sind.

Die Kl. hatte bei der Bekl. eine große Menge Seradella eingelagert. Bei der Abholung der Ware stellte die Kl. fest, daß 70 Säcke durch Rattenfraß völlig unbrauchbar geworden waren.

Die Kl. verlangt Schadenersatz von der Bekl., weil diese ihre Pflichten als Lagerhalter nicht ordnungsgemäß erfüllt habe.

Entgegen der Auffassung des Vorderrichters ist das O. der Auffassung, daß eine Schadenshaftung nicht anzunehmen ist. Nach § 57 Abs. 4 ADSp., die für das Vertragsverhältnis zwischen den Parteien auch nach Rspr. des erkennenden Gerichts Handelsbrauch sind, ist eine Haftung des einlagernden Spebiteurs unter anderem dann ausgeschlossen, wenn ein unmittelbarer oder mittelbarer, von ihm nicht verschuldeter Schaden

von einer Beschädigung durch Tiere herrührt. Ein Verschulden der Besl. ist von der Kl. nicht dargetan.

Gemäß § 417 i. Verb. m. § 390 Abs. 1 HGB. ist der Lagerhalter verantwortlich für den Verlust und die Beschädigung des in seiner Verwahrung befindlichen Gutes, es sei denn, daß der Verlust oder die Beschädigung auf Umständen beruht, die durch die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes nicht abgewendet werden konnten. Die Besl. hat ihrerseits aber alles getan, um einen Schaden von dem eingelagerten Gut abzuwenden. Es genügt hierbei, daß bei Vorhandensein von Ratten der Lagerhalter bei der Aufbewahrung und für die Erhaltung des Gutes Maßnahmen in der Richtung trifft, wie es die Besl. getan hat, indem sie Kägen hält und Gift zur Vertilgung dieses Ungeziefers auslegt. Der gegenteiligen Ansicht des in der Vorinstanz gehörten Sachverständigen kann nicht beigetreten werden, der es darüber hinaus der Besl. noch zur Pflicht machen will, durch Umstapeln der Säcke die Ratten stark zu beunruhigen und damit zu vertreiben. Eine derartige, lediglich der Erhaltung des Gutes dienende Arbeit ist einem Lagerhalter, der selbst schon zu dieser Erhaltung als Schutz gegen Ungeziefer Kägen hält und Gift auslegt, nicht zuzumuten, es sei denn, daß derartige Arbeiten von ihm besonders übernommen sind. Die Kl. mußte daher selbst nach dem Rechten sehen, und zwar nicht nur auf Grund einer erforderlichen Benachrichtigung von Seiten der Besl., sondern auch selbsttätig.

(LG. Breslau, 2. RfS., Ur. v. 17. Jan. 1936, 22 S 35/35.)

Hamburg

61. § 94 ZwVerfStG.; VollstrMißbrG. v. 13. Dez. 1934. Auch eine gerichtliche Verwaltung nach § 94 ZwVerfStG. ist auf Antrag des Schuldners aufzuheben, wenn sie eine das gesunde Volksempfinden gröblich verletzende Härte darstellt.

Nach § 94 ZwVerfStG. ist das Grundstück auf Antrag eines Beteiligten, der Befriedigung aus dem Bargebot zu erwarten hat, für Rechnung des Ersteher in gerichtliche Verwaltung zu nehmen, solange nicht die Zahlung oder die Hinterlegung erfolgt ist. Diese Sicherungsmaßregel soll verhindern, daß der Ersteher vor Bezahlung der Erstehersumme nachteilig auf das Grundstück einwirkt. Nach dem Wortlaut des § 94 ZwVerfStG. braucht der Antragsteller eine Gefährdung seiner Rechte nicht nachzuweisen. Seit dem VollstrMißbrG. v. 13. Dez. 1934 ist aber eine Ausnutzung lediglich formeller Rechtsposition ohne berechtigtes Interesse nicht mehr statthaft. Dieses Gesetz wendet sich gegen den Mißbrauch von Vollstreckungsmöglichkeiten im weitesten Sinn, zu denen auch die gerichtliche Verwaltung des § 94 ZwVerfStG. zu rechnen ist. Die BeschwF. haben kein berechtigtes Interesse an einer die Antragträgerin mit Kosten belastenden Verwaltung darlegen können. Da die Antragträgerin an dem Erlös des von der Antragstellerin ersteigerten Grundstücks beteiligt war, brauchte die BeschwF. nicht zu befürchten, daß die Antragträgerin ihr Gebot nicht erfüllen und sich mit Kosten belasten würde.

(LG. Hamburg, Beschl. v. 18. Jan. 1936, 1 T 896/35.)

62. § 71 OVG. Nach den auch auf dem Gebiet des Prozeßverfahrens geltenden Grundsätzen von Treu und Glauben darf ein einheitlicher Anspruch, der streitwertmäßig zur Zuständigkeit des LG. gehört, nicht in mehreren Teilklagen vor dem AG. geltend gemacht werden. Die Klagen sind in diesem Fall wegen Unzuständigkeit des AG. abzuweisen.

(LG. Hamburg, Ur. v. 11. Febr. 1936, 22 S 67/35.)

Reichsfinanzhof

Berichtet von den Senatspräsidenten Artt und Bodenlein und den Reichsfinanzräten Ott und Sölk

[< Wird in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Reichsfinanzhofs abgedruckt]

× **63.** § 37 EinkStG. 1935. Wird der Stammanteil eines ausscheidenden Gesellschafters nach § 34 GmbHG. eingezogen, dann ist die Wiederauffüllung des Stammkapitals bzw. die Tilgung des aktiven Bilanzpostens „Eingezogener Stammanteil“ aus dem Gewinn oder Reservefonds als Gewinnausschüttung an die verbleibenden Anteilseigner anzusehen.

(RfS., 6. Sen., Ur. v. 11. Dez. 1935, VI A 354/34.)

*

× **64.** § 3 Abs. 2 KörperStG.; § 3 Abs. 2 Nr. 2 EinkStG. Bei einem beschränkt steuerpflichtigen Unternehmen können die zur Bekämpfung von Konkurrenzfirmen erworbenen Beteiligungen in der Regel als Bestandteile des Betriebsvermögens der ausländischen Zentrale oder der inländischen Betriebsstätte behandelt werden. Entscheidend ist die Willensbildung der Geschäftsleitung, die regelmäßig in der Buchführung ihren Ausdruck findet. Die zur beschränkten Körperschaftsteuerpflicht ausländischer Versicherungsgesellschaften ergangenen Entscheidungen RfS. 33, 91 und 34, 326 stehen dieser Rechtsauffassung nicht entgegen.

(RfS., 1. Sen., Ur. v. 19. Dez. 1935, IA 236/35.)

*

× **65.** §§ 1 Nr. 1, 2 Nr. 4 UmfStG. 1926; §§ 1 Nr. 1, 2 Abs. 3, 4 Nr. 10 UmfStG. 1934; § 3 Abs. 1 UmfStDurchfBest. 1934. Ein Vertrag, durch den eine Stadtgemeinde gegen Entgelt einer Gesellschaft die Erlaubnis zum Betrieb einer Elektrizitätsversorgungsanlage erteilt und ihr hierfür die Verkehrsräume (Straßen, Plätze u. dgl.) zum Gebrauch überläßt, ist als ein gemischter Vertrag anzusehen. Der auf die Überlassung der Verkehrsräume entfallende Entgeltsteil ist, weil insoweit ein Mietvertrag über Grundstücke geschlossen ist, steuerfrei, im übrigen besteht, da es sich um gewerbliche Leistungen der Stadt handelt, Steuerpflicht.

(RfS., 5. Sen., Ur. v. 25. Okt. 1935, VA 462/35 S.)

(= RfS. 38, 301.)

*

× **66.** § 2 Nr. 8 UmfStG. 1932; § 4 Nr. 9 UmfStG. 1934. Zu den Sachen, deren Mitveräußerung bei umsatzsteuerfreien Grundstücksumsätzen nach der Entsch. v. 25. Sept. 1935, VA 140/35 (RfS. 38, 259; JW. 1936, 210) zur Umsatzsteuer heranzuziehen ist, gehören auch Banktresore.

(RfS., 5. Sen., Ur. v. 13. Dez. 1935, VA 451/35 S.)

(= RfS. 38, 316.)