

Juristische Wochenschrift

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

Zum neuen Aktiengesetz

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

A.

„Was seit vielen Jahren Hoffen, Planen und Wünschen war, ist durch nationalsozialistischen Willen zur Tat geworden: Deutschland hat ein neues Aktienrecht erhalten. Grundlegende Ziele der Wirtschaftsauffassung der Bewegung sind damit verwirklicht.“

So beginnt das Geleitwort, das Staatssek. Dr. Schlegelberger dem neuen Aktiengesetz gibt.

In klarer Sprache, übersichtlicher Disposition, Herausarbeitung jeweils des wesentlichen Inhalts der fraglichen Bestimmungen in Überschriften wird das gesamte Aktienrecht neu kodifiziert, eine Fülle von Streitfragen durch gesetzliche Regelung beseitigt und aktienrechtliche Vorschriften, die in Sondergesetzen bisher verstreut lagen, mitverarbeitet. Bei der Aufgliederung der Verantwortung und der Aufgaben der Organe der Aktiengesellschaft ist zwischen den Belangen von Vorstand, Aufsichtsrat und Aktionär der Ausgleich gefunden worden, der dem Unternehmen und damit der Gesamtwirtschaft dient. Soweit in den bisherigen Bestimmungen die Aktionärsinteressen eine zu weitgehende Berücksichtigung gegenüber der Geschäftsführung gefunden hatten, ist eine Zurückdrängung erfolgt. Auf der andern Seite ist aber auch den Wünschen, die dem Vorstand ungeachtet der Belange der Aktionäre eine Vorrangstellung einräumen wollten, keine Rechnung getragen worden.

Entsprechend den beiden Berichten des Aktienrechtsausschusses der Akademie für Deutsches Recht ist die Erhöhung des gesetzlich zulässigen Mindestkapitals für die Gründung von Aktiengesellschaften von 50 000 RM auf 500 000 RM und die Überleitung von Gesellschaften unter 100 000 RM in andere Unternehmungsformen, die Festsetzung des Mindestbetrags der Aktie bei Neugründungen bzw. Kapitalerhöhungen auf 1000 RM, die Abschaffung des Depotstimmrechts auf Grund allgemeiner Vollmacht, die Beseitigung der Mehrstimmrechtsaktien, das Verbot des Stimmrechts der abhängigen Gesellschaft mit Aktien der Muttergesellschaft und die Einführung einer besonderen aktienrechtlichen Haftung bei Handeln zum Schaden der Gesellschaft zwecks Erlangung gesellschaftlich fremder Vorteile eingeführt worden, die im einzelnen noch zu erörtern wären.

Das vom Aktienrechtsausschuß vorgeschlagene doppelte Stimmrecht für Daueraktionäre, d. h. solche, die seit mindestens 2 Jahren im Aktienbuch eingetragen sind, oder sich verpflichten, ihre Aktien 2 Jahre bei der Gesellschaft zu belassen, und gegen das Staatssek. Dr. Schlegelberger in seiner Rede v. 15. Aug. 1935: „Die Erneuerung des Deutschen Aktienrechts“ eingehend Stellung genommen hat, ist nicht Gesetz geworden. Desgleichen nicht das vom Aktienrechtsausschuß vorgeschlagene 20%ige Vorstandsstimmrecht, das Staatssek. Dr. Schlegelberger in dieser Rede befürwortete (vgl. auch RWR. Geßler in DJ. 1935, 1488 ff. „Die geistigen Grundlagen eines Stimmrechts für den Vorstand einer Aktiengesellschaft und die praktische rechtliche Ausgestaltung“, ferner

Ministerialdirigent Duassowski in AkadZ. 1935, 729) und gegen das Bedenken erhoben worden waren (vgl. Dietrich im Aufsatz: „Zur Neugestaltung des Aktienrechts“: DJZ. 1935, 1268 ff., im Aufsatz: „Die Deutsche Aktienrechtsreform“: JW. 1936, 24 f. und insbes. Reichsbankpräsident Dr. Schacht in seiner Rede auf der 9. Vollversammlung der Akademie v. 30. Nov. 1935). Auch die vom Aktienrechtsausschuß angeregte Schaffung einer Spitze, eines Vorsitzenden des Vorstandes, der der eigentliche Führer des Unternehmens sein und das Recht zur Alleinzeichnung haben soll, gegen das Bedenken geltend gemacht worden waren (vgl. Dietrich a. a. O. und insbes. Reichsbankpräsident Dr. Schacht a. a. O.), hat keine Aufnahme im Gesetz gefunden. Es bleibt vielmehr der Sagung bzw. dem Aufsichtsrat überlassen, ob einem Vorstandsmitglied Alleinzeichnungsrecht gegeben werden soll oder nicht (vgl. hierzu im einzelnen: Geßler: JW. 1937, 499). Auch der vom Aktiengesetz eingeführte Vorsitz des Vorstandes hat keinerlei Alleinzeichnungsrecht, sondern nur Entscheidungsbefugnis innerhalb des Vorstandes (vgl. Geßler: JW. 1937, 498); der Aufsichtsrat kann einen Vorsitz des Vorstandes bestellen, braucht es aber nicht. Den Einwendungen gegen den Vorschlag des Aktienrechtsausschusses, dem Vorstand allein die Feststellung der Jahresbilanz, der Gewinn- und Verlustrechnung sowie die Entscheidung über die Gewinnverteilung zu übertragen und dem Aufsichtsrat nur ein Einspruchsrecht gegen die Bilanzfeststellung bei Vorliegen eines mit $\frac{3}{4}$ -Mehrheit zu fassenden Beschlusses zuzubilligen (vgl. hierzu Dietrich a. a. O. und insbes. Dr. Schlegelberger in seiner Rede a. a. O.), ist dahin Rechnung getragen worden, daß die Beschlussfassung über die Gewinnverteilung, wie bisher, ausschließlich Sache der Hauptversammlung ist und daß der vom Vorstand aufgestellte, vom Bilanzprüfer geprüfte Jahresabschluß, nur dann ohne Befragen der Hauptversammlung als festgestellt gilt, wenn der Aufsichtsrat dem Jahresabschluß des Vorstandes seine Billigung erteilt (vgl. im einzelnen: Hefermehl: JW. 1937, 503 ff.). Das im ersten Bericht des Aktienrechtsausschusses ganz allgemein geforderte Verbot des Paketkaufs auf Kredit (vgl. demgegenüber Dietrich a. a. O.) ist nicht ausgesprochen worden; desgl. nicht das verschiedentlich gewünschte Verbot der Einmanggesellschaft (vgl. hierzu Rede des Staatssek. Dr. Schlegelberger v. 15. Aug. 1935). Dem Wunsche nach Verschärfung der Voraussetzungen der Anfechtungsklage (vgl. u. a. hierzu Dietrich im Aufsatz: „Zur Reform des Aktienrechts“: DJ. 1935, 963 f.) ist dadurch entsprochen worden, daß der Streitwert sich nicht mehr nach dem Nominalbetrag der anfechtenden Aktie richtet, sondern vom Prozeßgericht nach den gesamten im einzelnen Fall gegebenen Verhältnissen unter Berücksichtigung des Interesses der Gesellschaft an der Aufrechterhaltung des angefochtenen Beschlusses nach freiem Ermessen bestimmt wird (§ 199 Abs. 6), daß ferner die Anfechtungskläger, denen Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit — nach HGB. ist böswillige Handlungsweise erforderlich — zur Last fällt, der Gesellschaft als Gesamtschuldner für

einen Schaden aus unbegründeter Anfechtung verantwortlich sind (§ 200 Abs. 2). Doch ist der Vorschlag, dem Hauptgesellschafter das Recht zu geben, den anfechtenden Aktionär abzufinden (Diétrich: *DZ.* 1935, 964), im Gesetz nicht aufgenommen worden.

B.

Das neue Aktiengesetz ist, außer in der amtlichen Begründung (siehe Reichsanzeiger v. 4. Febr. Nr. 28/27), in den Aufsätzen: „Die Grundzüge des neuen Aktienrechts“ von Ministerialdirigent Quassowski, „Das neue Aktiengesetz“ von den Referenten Herbig, Geßler und Hefermehl: *DZ.* 1937, 182 ff. und eingehender bezüglich der Teilgebiete: „Vorstand und Aufsichtsrat“ von Geßler: *JW.* 1937, 497 ff., der „Rechnungslegung“ von Hefermehl: *JW.* 1937, 503 ff. und der „Maßnahmen der Kapitalbeschaffung“ von Herbig: *JW.* 1937, 510 ff., dargelegt worden.

I. Bezüglich des Vorstands und Aufsichtsrats sei noch zu folgenden, in der Praxis bereits akut gewordenen Fragen Stellung genommen:

a) Sind mehrere Personen zu Vorstandsmitgliedern bestellt, so kann der Aufsichtsrat ein Mitglied zum Vorsitzenden des Vorstandes ernennen (§ 75 Abs. 2). Erst dem nach dem 1. Okt. 1937 bestellten Vorsitzenden steht das Recht zu, bei Meinungsverschiedenheiten im Vorstand zu entscheiden (§ 7 Abs. 1 *GG.* i. Verb. m. § 70 Abs. 2).

Fragen:

1. Erhalten die Vorstandsmitglieder, denen zur Zeit die Stellung als Vorsitzender des Vorstandes vertraglich oder tatsächlich eingeräumt ist, mit dem 1. Okt. 1937 ohne weiteres die ihnen bisher nicht zustehende Entscheidungsbefugnis, die nach § 70 Abs. 2 der Vorsitzende des Vorstandes hat, wenn die Säzung nichts anderes bestimmt?

Die Frage wird zu verneinen sein.

Die Ernennung zum Vorsitzenden im Sinne des Gesetzes erfordert einen Beschluß des Aufsichtsrats. Man wird hier der Judikatur folgen, nach der bei Wegfall der anderen Vorstandsmitglieder die Gesellschaft der Vertretung durch den Vorstand entbehrt, solange nicht die Alleinvertretung des übriggebliebenen oder die Wahl eines anderen Vorstandsmitgliedes beschlossen ist (*OLG. Nürnberg: BayObLGZ.* 1915, 276; *RGZ.* 103, 417 u. *J.* 1922, 697; das übrigbleibende nunmehr alleinige Vorstandsmitglied wird also nicht von selbst alleinvertretungsberechtigt). Gemäß § 92 Abs. 2 soll über die Beschlüsse des Aufsichtsrats eine Niederschrift angefertigt werden, die der Vorsitzende des Aufsichtsrats oder sein Stellvertreter zu unterzeichnen hat. Nur wenn also der Aufsichtsrat nach dem 1. Okt. 1937 durch schriftlich festzuhaltenden Beschluß einen Vorsitzenden des Vorstandes ernannt, hat dieser die Entscheidungsbefugnis innerhalb des Vorstandes.

2. Wirkt sich das Entscheidungsrecht des Vorsitzenden des Vorstandes dahin aus, daß die anderen Vorstandsmitglieder entsprechend dem Willen des Vorsitzenden handeln, insbesondere ihre zur rechtlichen Verpflichtung der Gesellschaft notwendige Unterschrift geben müssen, also auch dann, wenn sie das vom Vorsitzenden gewollte Rechtsgeschäft nicht mitverantworten können?

Geßler: *JW.* 1937, 499 führt hierzu aus: Die anderen Vorstandsmitglieder „sind im Innenverhältnis ihm (dem Vorsitzenden) gegenüber zur Mitwirkung verpflichtet. Halten sie die vom Vorsitzenden beschlossene Maßnahme nicht für zweckmäßig und glauben sie die Vornahme nicht verantworten zu können, so bleibt ihnen nur die Wahl, den Aufsichtsrat zu verständigern“.

Der Aufsichtsrat kann jedoch gemäß § 95 Abs. 5 Maßnahmen der Geschäftsführung nicht ausüben. Der Aufsichtsrat kann mithin auch nicht den Vorsitzenden des Vorstandes anweisen, das von ihm beabsichtigte Rechtsgeschäft nicht vorzunehmen. Er hat lediglich die Möglichkeit, gemäß § 75 Abs. 3 die Ernennung zum Vorsitzenden des Vorstandes bzw. überhaupt die Bestellung als Vorstandsmitglied zu widerrufen; ein

Widerruf, der sofort wirksam ist und bleibt, solange nicht über seine Unwirksamkeit rechtskräftig entschieden ist, d. h. darüber, ob das von dem Vorsitzenden gewollte Rechtsgeschäft eine grobe Pflichtverletzung oder Unfähigkeit zur ordnungsmäßigen Geschäftsführung offenbart und damit einen wichtigen Grund, der allein zum Widerruf der Ernennung als Vorsitzender bzw. zur Abberufung als Vorstandsmitglied berechtigt. Entschließt sich der Aufsichtsrat trotz der Vorstellungen der anderen Vorstandsmitglieder nicht zu diesem Schritt, so haben die anderen Vorstandsmitglieder nur die Wahl, entweder dem Willen des Vorsitzenden auch nach außen hin durch Mitunterzeichnung Wirksamkeit zu verschaffen, oder aber — ihr Amt als Vorstandsmitglieder niederzulegen. Hierdurch würden ihre Ansprüche aus Dienstvertrag dann nicht berührt werden, wenn das an sie gestellte Verlangen zur Mitunterzeichnung des Rechtsgeschäfts unzumutbar wäre, mithin einen Grund darstellen würde, der sie als Dienstverpflichtete gemäß § 626 *BGB.* zur fristlosen Kündigung des Dienstverhältnisses berechtigen würde. Denn es ist zu beachten, daß gemäß § 84 jedes Vorstandsmitglied die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden hat, daß es bei Verletzung dieser Pflicht nicht nur der Gesellschaft, sondern auch deren Gläubigern gegenüber persönlich auf Ersatz des hierdurch entstehenden Schadens haftet und sich nicht darauf berufen kann, daß der Aufsichtsrat die Handlung gebilligt hat, z. B. dadurch, daß er von dem Widerruf der Ernennung des Vorsitzenden oder seiner Bestellung zum Vorstandsmitglied keinen Gebrauch gemacht hat.

Die aus dem gesetzlichen Entscheidungsrecht des Vorsitzenden von Geßler hergeleitete Verpflichtung der anderen Vorstandsmitglieder zur Mitwirkung an der Durchführung des Willens des Vorsitzenden hat sonach ihre Grenze in dem, was bei objektiver Prüfung unter Beachtung der persönlichen Doppelpflicht des Vorstandsmitglieds diesem zuzumuten ist. Hierüber entscheidet zunächst das Vorstandsmitglied selbst. Kommt es aber zum Ergebnis, daß es angesichts der ihm selbst obliegenden Sorgfalts- und ihn treffenden Schadensersatzpflicht das Geschäft nicht mitverantworten kann, dann kann ihm das Gegenteil nicht zugemutet werden, wenn seine Ansicht objektiv begründet ist. Es bleibt in diesem Falle jedoch kein anderer Weg für ihn als der der Niederlegung seines Vorstandsmandats unter Vorbehalt seiner Ansprüche aus dem Dienstvertrag, da, wenn er Vorstandsmitglied bleiben würde, er entsprechend dem Willen des Vorsitzenden mitzeichnen müßte.

b) Die Gewinnbeteiligung der Vorstandsmitglieder errechnet sich nach dem Reingewinn, der sich nach Vornahme von Abschreibungen und Wertberichtigungen und nach Bildung von Rücklagen und Rückstellungen ergibt; abzusetzen ist ferner der Teil des Gewinns, der durch die Auflösung von Rücklagen entstanden ist. Entgegenstehende Festsetzungen sind nichtig.

Nach der amtlichen Begründung ist „der Begriff des Reingewinns ... hierbei, wie noch besonders klargestellt ist, derselbe wie in § 131 Abs. 3“. Geßler: *JW.* 1937, 500 schreibt: „Der Begriff des Reingewinns entspricht dem bei der Feststellung des Jahresabschlusses. Reingewinn ist der Überschuß der Vermögensposten über die Schuldenposten, der sich nach Vornahme der Abschreibungen, Wertberichtigungen, Rücklagen und Rückstellungen ergibt (§ 131 Abs. 2 und 3)“.

Daraus, daß nach § 131 Abs. 2 Abschreibungen, Wertberichtigungen, Rücklagen und Rückstellungen, die für das Geschäftsjahr gemacht werden, bereits in der Jahresbilanz vorzunehmen sind und in § 131 Abs. 3 als „Reingewinn“ der sich aus der Jahresbilanz ergebende Überschuß der Aktivposten über die Passivposten bezeichnet ist, könnte hergeleitet werden, daß als tantiemepflichtiger Reingewinn der Betrag anzusehen ist, der sich aus dem vom Vorstand mit Billigung des Aufsichtsrats festgestellten Jahresabschluß ergibt, also der Betrag, der vom Vorstand „als zugunsten der Aktionäre verfügbar erachteter Reingewinn“ festgesetzt wurde. Würde man dieser Auffassung folgen, so würde der Vorstand auch von den Beiträgen des Reingewinns Tantieme erhalten, die nach dem Beschluß der Hauptversammlung nicht als Dividende an die

Aktionäre verteilt, sondern einer besonders zu bildenden Rücklage, einem Wohlfahrtsfonds zugunsten der Gesellschaft zugewiesen oder als Gewinn auf das neue Geschäftsjahr vorgetragen werden. Diese Auffassung entspricht aber nicht dem Willen des Gesetzgebers. Es ist zu beachten, daß es im § 77 Abs. 2 nicht heißt: Der Gewinnanteil berechnet sich „nach dem Reingewinn i. S. des § 131 Abs. 3“ oder „nach dem Reingewinn i. S. des § 126 Abs. 1“, sondern „nach dem Reingewinn, der sich nach Vornahme von Abschreibungen und Wertberichtigungen sowie nach Bildung von Rücklagen und Rückstellungen ergibt.“ Ich bitte ferner § 126 Abs. 2 Satz 2 zu vergleichen, nach dem die Hauptversammlung von der Verteilung des Reingewinns absehen kann und der Vorstand alsdann die hierdurch notwendig werdenden Änderungen des Jahresabschlusses vorzunehmen hat.

Tantiemespflichtig ist sonach nur der an die Aktionäre zur Ausschüttung gelangende Reingewinn. Beschließt die Hauptversammlung, den Reingewinn für irgendwelche Zwecke, z. B. zur Bildung eines konstanten Dividendenpolitik ermöglichenden Dividendenergänzungsfonds zurückzustellen, so tritt keine Tantiemespflicht ein. Das gleiche wird, schon in Verfolg der vom RG. entwickelten Judikatur (RGZ. 91, 313 = JW. 1918, 174), insbesondere aber bei Würdigung der in § 77 Abs. 3 zur gesetzlichen Aufgabe des Aufsichtsrats erhobenen Verpflichtung auf angemessene Aufwendungen zugunsten der Gesellschaft oder von Einrichtungen, die dem gemeinen Wohle dienen, für alle Zuwendungen zu sozialen Zwecken gelten, wenn auch diese Beträge wirtschaftlich aus dem Vermögen der Aktiengesellschaft auscheiden und keine Rücklage für die Gesellschaft im eigentlichen Sinne bilden. Selbst Rücklagen zwecks Amortisation von Aktien aus dem Reingewinn sind nicht tantiemespflichtig; doch kann nach § 77 Abs. 2, letzter Absatz hier, wie z. B. auch beim Gewinnvortrag, der Aufsichtsrat die für das einzelne Geschäftsjahr zurückgestellten bzw. vorgetragenen Beträge tantiemespflichtig machen, da die hierfür vom Gesetz erforderte Billigkeit gegeben sein dürfte, eine Billigkeitsbestimmung, die übrigens für die Aufsichtsratsantiente nicht gilt.

Aus vorstehendem ergibt sich, daß grundsätzlich Aufsichtsrat und Vorstand nur Tantieme erhalten, wenn an die Aktionäre ein Gewinn ausgeschüttet wird. Gegen diese Regelung sind, da jetzt der Vorstand mit Billigung des Aufsichtsrats den Jahresabschluss feststellt, Bedenken geäußert worden, weil eine tantiemehungrige Verwaltung nach hohen Ausschüttungen an die Aktionäre streben wird, statt nach Schaffung von angemessenen, auch über Notjahre hinweghelfenden Rücklagen. Doch dürften die vorgeschriebene Zwangsprüfung (vgl. hierzu Defermehl: JW. 1937, 503 ff.), die Möglichkeit, daß die Hauptversammlung entgegen dem vom Vorstand gemachten Gewinnverteilungsvorschlag Rückstellungen beschließen kann und die Verantwortlichkeit des Vorstandes, der die Sorgfalt eines ordentlichen gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden und demgemäß auch für angemessene Rücklagen zu sorgen hat, ferner die Verantwortlichkeit des Aufsichtsrats, den möglichen Schutz gegen Mißbräuche bilden. Auch kann der Aufsichtsrat das Streben eines Vorstandes nach möglichst hoher Ausschüttung zur Erzielung entsprechender Vorstandstantieme dadurch eindämmen, daß er für das einzelne Geschäftsjahr auch einen nicht auszuschüttenden, zur Bildung freier Rücklagen zu verwendenden Gewinn der Tantiemespflicht unterwirft, wenn das der Billigkeit entspricht.

c) Nach § 75 Abs. 3 kann der Aufsichtsrat die Bestellung zum Vorstandsmitglied und die Ernennung zum Vorsitz des Vorstandes widerrufen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Als Beispiel eines solchen Grundes führt das Gesetz an grobe Pflichtverletzung oder Unfähigkeit zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung. Die amtliche Begründung nennt als weitere Beispiele das Mißtrauensvotum der Hauptversammlung, und bei Unternehmen, die einer besonderen Aufsicht unterliegen, das Verlangen der Aufsichtsbehörde. Pfeiler schreibt hierzu JW. 1937, 499: „Im übrigen wird die Rechtsprechung in bewährter Weise feste Grundsätze für das Vorliegen eines wichtigen Grundes entwickelt.“ Ungeachtet dessen dürfte es keinem Bedenken unterliegen und rechtlich zu-

lässig sein, daß in der Satzung bzw. im Dienstvertrag des Vorstandsmitgliedes bestimmte Gründe als wichtige Kündigungsgründe festgelegt werden, die dann nicht nur zur fristlosen Kündigung des Dienstverhältnisses, sondern auch zur sofortigen Abberufung des Vorstandsmitgliedes oder Vorsitzers des Vorstandes berechneten würden. Doch wird es sich hierbei immer um Gründe handeln müssen, die eine gewisse Bedeutung für das Vertrauensverhältnis zwischen Vorstand und Gesellschaft haben müssen. Es können nicht hierfür gleichgültige Gründe, vielleicht in einer Unzahl, normiert werden, durch die praktisch eine jederzeitige Kündigung wieder eingeführt würde. So kann z. B. die Satzung oder der Aufsichtsrat bestimmen, daß bestimmte Arten von Geschäften nur mit seiner Zustimmung vorgenommen werden sollen (vgl. hierzu Pfeiler: JW. 1937, 498) und demgemäß mit dem Vorstand vereinbart werden, daß die Vornahme eines solchen Geschäfts ohne Zustimmung des Aufsichtsrats einen wichtigen, fristlosen Kündigungsgrund gibt.

Da den Aktionären ein Vorstand, der ihnen nicht genehm wäre, nicht aufgezwungen werden kann, ein wichtiger Abberufungsgrund mithin „ohne weiteres darin zu erblicken (ist), daß die Hauptversammlung einem Vorstandsmitglied das Vertrauen entzieht“ (Quassonki: DZ. 1937, 183), besteht qua Willen der Hauptversammlung auch künftig die Möglichkeit, den Vorstand, der das Vertrauen der Aktionäre nicht mehr hat, jederzeit abzurufen. Für die Ansprüche aus dem Anstellungsvertrag gelten die allgemeinen Vorschriften (§ 75 Abs. 3 letzter Satz), d. h. sie erlöschen vorzeitig nur dann, wenn das Vorstandsmitglied einen wichtigen Grund i. S. des § 626 BGB. zur sofortigen Auflösung des Dienstverhältnisses gesetzt hat.

d) Für die Neugestaltung der Verträge der Vorstandsmitglieder wird zu beachten sein, daß die §§ 77 und 78 Mußvorschriften enthalten, z. T. unter Androhung der Nichtigkeit entgegenstehender Vereinbarungen und der Möglichkeit des Eingriffs der Staatsanwaltschaft (§ 77 Abs. 3). Vorstand wie Aufsichtsrat werden daher gut tun, die Dienstverträge der Vorstandsmitglieder einer genauen Durchsicht zu unterziehen. Dabei wird es zweckmäßig sein, im Abänderungsverträge, soweit angängig, auf die gesetzlichen Bestimmungen zu verweisen, um der künftigen Rechtsentwicklung zu den §§ 77 und 78 Rechnung zu tragen. Auch wird es sich mit Rücksicht insbesondere auf §§ 78 Abs. 1 und 77 Abs. 2 empfehlen, die Laufzeit der Verträge dem Geschäftsjahr der Gesellschaft anzupassen. Zwar wird auch für das neue Recht anzunehmen sein, daß ein tantiemeberechtigtes Vorstandsmitglied, dessen Amt im Laufe des Geschäftsjahres aufhört, nach Verhältnis seiner Dienstzeit Anteil am Jahresgewinn hat, soweit nicht die Satzung Gegenteiliges bestimmt. Doch ist es für das auscheidende Vorstandsmitglied unbefriedigend, noch bis zur Hauptversammlung über das laufende Geschäftsjahr mit seinen etwaigen Tantiemeansprüchen warten zu müssen und bezüglich dieser mehr oder weniger von der erfolgreichen Tätigkeit der verbliebenen Vorstandsmitglieder und ihren Intentionen bei der Feststellung des künftigen Jahresabschlusses abhängig zu sein. Denn auch das auscheidende Vorstandsmitglied hat nur Anteil am ausgeschütteten Jahresgewinn (nach Verhältnis der Dienstzeit) und kann, wenn kein Gewinn verteilt wird, nicht etwa mit der Begründung Ansprüche geltend machen, daß während seiner Dienstzeit ein Reingewinn herausgewirtschaftet worden sei, der hätte verteilt werden können, oder infolge der Mißwirtschaft der verbliebenen Vorstandsmitglieder verlorengegangen ist (vgl. hierzu OLG. Dresden: OLGPr. 24, 141 und für Aufsichtsratsmitglieder OLG. Jena: „Recht“ 1921 Nr. 238).

Als dem neuen Aktiengesetz entsprechender Abänderungsvertrag mag folgende Fassung vorgeschlagen werden:

1. Für die Berechnung des Herrn Direktor nach diesem Vertrag zustehenden Gewinnanteils gelten die Bestimmungen des § 77 Abs. 2 und 3 des Gesetzes über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien (Aktiengesetz) vom 30. Jan. 1937.

2. Sind die Voraussetzungen des § 78 Abs. 2 des Aktiengesetzes gegeben, so ist der Aufsichtsrat der zu einer angemessenen Herabsetzung der Herrn Direktor zustehenden Gesamtbezüge (Gehälter, Gewinnbeteiligungen, Aufwandsentschädigungen, Versicherungsentgelte, Provisionen und Nebenleistungen jeder Art) berechtigt. Hierdurch wird der Dienstvertrag im übrigen nicht berührt; Herr Direktor kann jedoch im Falle der Herabsetzung seinen Dienstvertrag für den Schluß des nächsten Kalendervierteljahres mit einer Kündigungsfrist von 6 Wochen kündigen.
3. Der Dienstvertrag läuft entsprechend dem Geschäftsjahr der jeweils auf ein Jahr vom bis zum und verlängert sich jeweils um ein weiteres Jahr, wenn er nicht unter Einhaltung einer dreimonatlichen Kündigungsfrist jeweils zum (Ende des Geschäftsjahrs) von einer der Parteien gekündigt wird.
4. Im übrigen verbleibt es bei dem im Dienstvertrage vom Vereinbarten.

Glautb der Aufsichtsrat trotz des § 78 Abs. 1, der ihm die Pflicht auferlegt, die Gesamtbezüge der Vorstandsmitglieder jeweils in einem angemessenen Verhältnis zu den Aufgaben der einzelnen Vorstandsmitglieder und zur Lage der Gesellschaft zu halten, eine längere Laufzeit des Dienstvertrages verantworten zu können, so mag Ziff. 3 lauten: Der Dienstvertrag läuft bis zum (Ende eines Geschäftsjahrs) (spätestens mit dem bis zum 30. Sept. 1942 endenden Geschäftsjahr) und verlängert sich jeweils um Jahre (längstens 5 Jahre), wenn er nicht unter Einhaltung einer monatlichen Kündigungsfrist jeweils zum (Ende des Geschäftsjahrs) von einer der Parteien gekündigt wird.

Darüber hinaus mag der Aufsichtsrat erwägen, ob er im Abänderungsvertrage mit dem Vorstand wichtige Gründe, die zur sofortigen Abberufung berechtigen würden, vereinbaren will (vgl. oben zu c).

e) Bezüglich der Aufsichtsratsmitglieder sind aus § 86, § 1 EG. und § 8 EG. folgende Zweifelsfragen entstanden:

1. Wann scheiden die zur Zeit amtierenden Aufsichtsratsmitglieder aus, die über die in § 86 Abs. 1 gesetzte Höchstzahl vorhanden sind,
2. welche Mandate verliert ein Aufsichtsratsmitglied, das mehr als 10 Aufsichtsratsposten bekleidet,
3. mit welchem Zeitpunkt tritt der Verlust der die Zahl 10 übersteigenden Aufsichtsratsmandate ein.

Zu 1. Nach § 1 Abs. 1 EG. tritt zwar das Aktiengesetz im allgemeinen mit dem 1. Okt. 1937 in Kraft. Demgemäß würden für nach diesem Zeitpunkt neu zu wählende Aufsichtsratsmitglieder die Bestimmungen des § 86 bereits gelten. Für die am 1. Okt. 1937 jedoch im Amt befindlichen Aufsichtsratsmitglieder wird man insbesondere aus § 8 Abs. 2 EG. folgern müssen, daß deren Amt über den 1. Okt. 1937 hinaus bis zur Beendigung der Hauptversammlung läuft, die über die Entlastung des Aufsichtsrats für das am 1. Okt. 1937 laufende Geschäftsjahr abgehalten wird längstens bis zum Ablauf von 5 Monaten, bzw. sofern die Sitzung eine längere Frist zuläßt, von 7 Monaten nach Beendigung dieses Geschäftsjahrs. Bei Gesellschaften, deren Geschäftsjahr am 30. Sept. 1937 abläuft, ist das vom 1. Okt. 1937 bis 30. Sept. 1938 laufende Geschäftsjahr das am 1. Okt. 1937 laufende. Die Aufsichtsratsmitglieder dieser Unternehmen scheiden also gemäß § 8 Abs. 2 EG. erst etwa Frühjahr 1939 mit der Hauptversammlung aus, die über das Geschäftsjahr 1. Okt. 1937 bis 30. Sept. 1938 beschließt.

Mit dem gleichen Zeitpunkt treten auch die Satzungsbestimmungen über die Zusammensetzung, Wahl, Abberufung und die Entsendung von Aufsichtsratsmitgliedern gemäß § 8 Abs. 1 EG. außer Kraft. Die Beschlussfassung über neue Bestimmungen kann mit einfacher Stimmenmehrheit erfolgen,

selbst wenn satzungsgemäß andere Mehrheiten erforderlich gewesen wären (§ 8 Abs. 1 letzter Satz EG.).

Zu 2. Bezüglich der die Zahl 10 übersteigenden Aufsichtsratsmandate ist das betreffende Mitglied unfähig, Aufsichtsrat zu sein. Mit dem Inkrafttreten dieser Bestimmung (vgl. zu 3) verliert also das Mitglied kraft Gesetzes die persönliche Eignung zum Aufsichtsrat bezüglich der die Zahl 10 übersteigenden Mandate. Zulässig ist es, daß das Aufsichtsratsmitglied, um dieser Wirkung zu entgehen, schon vor Inkrafttreten dieser Bestimmung sich aus den Aufsichtsratsposten die Mandate aus sucht, die er niederlegen will, um die Gesamtzahl seiner Mandate auf 10 zu verringern. Macht er hiervon durch Niederlegung der fraglichen Mandate keinen Gebrauch, so wird man wohl annehmen, daß er bezüglich der 10 längft laufenden Aufsichtsratsmandate sein Aufsichtsratsamt behält, dagegen die darüber hinausgehenden jüngeren Mandate verliert. Allerdings kann für diese Annahme, mangels einer gesetzlichen Bestimmung, nur die allgemeine Erwägung herangezogen werden, daß möglichst die ältesten Rechte zu wahren sind. Da die Wahlperiode des Aufsichtsrats kraft Gesetzes vier Jahre ist, würden durch diese Regelung zwar die längft laufenden Mandate erhalten bleiben, jedoch die noch am längft laufenden von dem Erlöschen der Aufsichtsratsgesellschaft betroffen werden.

Doch kann, wie erwähnt, ein Aufsichtsratsmitglied diesen rechtlichen Schwierigkeiten dadurch begegnen, daß es rechtzeitig vor dem Inkrafttreten des § 86 Abs. 2 selbst unter seinen Aufsichtsratsmandaten diejenigen 10 wählt, die es behalten will und die anderen niederlegt oder aber rechtzeitig die ministerielle Genehmigung bezüglich der die Zahl 10 übersteigenden nachsucht.

Zu 3. Auch hinsichtlich der Bestimmungen des § 86 Abs. 2 tritt das Aktiengesetz im allgemeinen mit dem 1. Okt. 1937 in Kraft. Demgemäß würde eine nach diesem Zeitpunkt erfolgende Wahl einer Person zum Aufsichtsratsmitglied, die bereits in 10 Aktiengesellschaften Aufsichtsratsmitglied ist, unwirksam sein, der Betreffende also nicht Aufsichtsratsmitglied werden.

Zweifelhaft kann sein, ob entsprechend der Begründung zu 1, insbesondere aus § 8 Abs. 2 EG., der Schluß hergeleitet werden kann, daß die z. B. amtierenden Aufsichtsratsmitglieder auch die die Zahl 10 übersteigenden Aufsichtsratsposten entgegen dem § 1 gemäß § 8 Abs. 1 noch bis zur Beendigung der Hauptversammlung behalten, die über ihre Entlastung für das am 1. Okt. 1937 laufende Geschäftsjahr abgehalten wird, spätestens bis zum Ablauf von 5 Monaten, bzw. sofern die Sitzung eine längere Frist zuläßt, von 7 Monaten nach Beendigung dieses Geschäftsjahrs. Zwar spricht § 86 Abs. 2 dem Aufsichtsratsmitglied, das bereits 10 Mandate hat, überhaupt die Eigenschaft ab, Aufsichtsratsmitglied zu sein, der Betreffende ist bezüglich der die Zahl 10 übersteigenden Mandatsposten unfähig, Aufsichtsrat zu sein. Doch wird man aus § 8 Abs. 2 i. Verb. m. Abs. 1 EG. folgern müssen, daß der Gesetzgeber bezüglich aller am 1. Okt. 1937 amtierenden Aufsichtsratsmandate den bisherigen Rechtszustand noch bis zu dem in § 8 Abs. 1 EG. genannten Zeitpunkt aufrechterhalten und den Gesellschaften Gelegenheiten geben wollte, alle mit dem „Aufsichtsrat“ — so auch die Überschrift des § 8 EG. — zusammenhängenden insbesondere aus der Neuregelung des § 86 Abs. 1 und Abs. 2 sich ergebenden Fragen erst in der Hauptversammlung zu klären, die über die Entlastung des Aufsichtsrats für das am 1. Okt. 1937 laufende Geschäftsjahr beschließt. Der Zeitpunkt, bis zu dem sich die Aufsichtsratsmitglieder mit mehr als 10 Mandaten darüber zu entscheiden haben, welche sie behalten wollen, verlängert sich also — sieht man von den Längftfristen ab — bis zu der Hauptversammlung, die als erste von den Unternehmen, deren Aufsichtsratsmitglied er ist, über die Entlastung für das am 1. Okt. 1937 laufende Geschäftsjahr Beschluß faßt. Bis dahin muß er, will er im Aufsichtsrat dieses Unternehmens bleiben, alle die Zahl 9 übersteigenden Mandate niedergelegt oder sich die ministerielle Genehmigung zur Beibehaltung dieser Mandate verschafft haben.

II. Zur Rechnungslegung im neuen Aktiengesetz vgl. Hefermehl: ZW. 1937, 503 ff. Dasselbst (S. 504 linke Spalte unten, rechte oben) sind auch die Voraussetzungen für eine Richtigkeit des Jahresabchlusses gemäß § 202 zitiert und dargelegt, daß die nach § 202 Abs. 1 Nr. 1 bestehende Richtigkeit eines Jahresabchlusses, bei dessen Feststellung der Vorstand oder der Aufsichtsrat nicht ordnungsmäßig mitgewirkt haben, nicht mehr geltend gemacht werden kann, wenn die Bekanntmachung des Jahresabchlusses zum Handelsregister des Sitzes der Gesellschaft eingereicht ist und seitdem 6 Monate verstrichen sind. Hefermehl schreibt weiter: „Für die Klage auf Feststellung der Richtigkeit eines vom Vorstand festgestellten Jahresabchlusses gegen die Gesellschaft finden die für die Klage auf Feststellung der Richtigkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen geltenden Vorschriften sinngemäß Anwendung (§ 202 Abs. 3 AktG).“ Dies entspricht der amtlichen Begründung, in der es heißt: „Für die Klage auf Feststellung der Richtigkeit eines vom Vorstand mit Billigung des Aufsichtsrats festgestellten Jahresabchlusses gegen die Gesellschaft finden die für die Klage auf Feststellung der Richtigkeit eines Hauptversammlungsbeschlusses nach § 201 geltenden Vorschriften sinngemäß Anwendung“

Es ist jedoch zu beachten, daß zwar nach § 202 Abs. 3 für die Klage auf Feststellung der Richtigkeit eines Jahresabchlusses gegen die Gesellschaft § 201 (mit der Überschrift „Richtigkeitsklage“) sinngemäß gilt und damit auch die in § 201 Abs. 1 in Bezug genommenen §§ 199 Abs. 2, Abs. 3 Satz 1, Abs. 4–6 und § 200 zur Anwendung kommen. Doch ist in § 201 Abs. 1 nicht auf § 196, insbesondere § 196 Abs. 2, verwiesen, nach dem die Richtigkeit eines Hauptversammlungsbeschlusses, der mit dem Wesen der Aktiengesellschaft unvereinbar ist oder durch seinen Inhalt Vorschriften verletzt, die ausschließlich oder überwiegend zum Schutze der Gläubiger der Gesellschaft oder sonst im öffentlichen Interesse gegeben sind (§ 195 Abs. 1 Nr. 3), ferner eines Hauptversammlungsbeschlusses, der durch seinen Inhalt gegen die guten Sitten verstößt (§ 195 Abs. 1 Nr. 4), nicht mehr geltend gemacht werden kann, wenn der Beschluß in das Handelsregister eingetragen worden ist und seitdem 3 Jahre verstrichen sind. Da bei den gleichen Voraussetzungen, wie sie in diesen Ziff. 3 und 4 des § 195 Abs. 1 normiert sind, ein vom Vorstand mit Billigung des Aufsichtsrats festgestellter Jahresabluß nichtig ist, für diesen aber nicht eine dem § 196 Abs. 2 entsprechende Bestimmung über die Heilung der Richtigkeit getroffen worden ist, vielmehr nur in § 202 Abs. 3, § 201 Abs. 1 und die in diesem in Bezug genommenen Vorschriften, zu denen nicht § 196 Abs. 2 gehört, für anwendbar erklärt wurden, würde das Ergebnis sein, daß die Richtigkeit eines vom Vorstand mit Billigung des Aufsichtsrats festgestellten Jahresabchlusses unbeschränkt geltend gemacht werden kann, wenn er mit dem Wesen der Aktiengesellschaft unvereinbar ist oder durch seinen Inhalt Vorschriften verletzt, die ausschließlich oder überwiegend zum Schutze der Gläubiger der Gesellschaft oder sonst im öffentlichen Interesse gegeben sind (vgl. § 202 Abs. 1 Nr. 2) oder durch seinen Inhalt gegen die guten Sitten verstößt (§ 202 Abs. 1 Nr. 3).

Doch wird man erwägen müssen: Zwar erfordert § 196 Abs. 2 zur Heilung der Richtigkeit: Eintragung des Beschlusses in das Handelsregister. Es würden daher nach dem Wortlaut alle nicht einzutragenden, das sind alle nicht satzungsändernden Beschlüsse, z. B. auch die Bilanzgenehmigungsbeschlüsse, nicht heilbar sein. Man käme also zu dem Ergebnis, daß zwar die für die Gesellschaft besonders erheblichen, tief eingreifenden, daher auch einzutragenden, satzungsändernden Beschlüsse nach 3 Jahren nicht mehr mit der Begründung angegriffen werden können, die Hauptversammlung sei nicht nach § 105 Abs. 1 und 2 einberufen worden, oder der Beschluß sei mit dem Wesen der Aktiengesellschaft unvereinbar oder verletze durch seinen Inhalt Vorschriften, die ausschließlich oder überwiegend zum Schutze der Gläubiger der Gesellschaft oder sonst im öffentlichen Interesse gegeben sind, oder der Beschluß verstoße durch seinen Inhalt gegen die guten Sitten —, wohl aber die Beschlüsse von geringerer Bedeu-

tung, die deshalb auch keine Eintragung erfordern. Spricht schon diese Erwägung gegen eine zu starke Betonung des Wortes „eingetragen“ im § 196 Abs. 2, so scheint mir weiter aus folgenden Gründen die Gleichstellung der zum Handelsregister eingereichten mit den ins Handelsregister eingetragenen Beschlüssen geboten: Nach der amtlichen Begründung soll durch die Regelung erreicht werden,

„daß die Gesellschaft nach Eintragung und Zeitablauf damit rechnen kann, daß der Beschluß gültig ist; vor allem ist sie vor Richtigkeitsklagen geschützt.“

Damit folgt das Gesetz der Anregung im 2. Bericht des Aktienrechtsausschusses der Akademie für Deutsches Recht, in dem unter II 1 h ausgeführt ist:

„Dagegen unterlag es lebhaften Bedenken, die Geltendmachung der Richtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen in der bisherigen Weise zeitlich unbeschränkt zu gestatten. Durch die Anfechtung nach langer Zeit werden konsolidierte Verhältnisse umgeworfen; es wird mehr Unglück angerichtet, als Vorteil dabei erreicht wird. Es wurden Fälle angeführt, in denen die Erhebung von Klagen wegen formeller Richtigkeit von Beschlüssen, insbesondere von Gesellschaften mit beschränkter Haftung geradezu gewerbsmäßig betrieben wurden, nicht etwa, um der Gesellschaft schädliche Beschlüsse zu beseitigen, sondern um sich durch solche Aktionen pekuniäre Vorteile zu verschaffen. Der Ausschluß war einhellig der Meinung, daß gegen die zeitlich unbegrenzte Geltendmachung der Richtigkeit unter Zurückstellung aller formaljuristischen Bedenken Kautelen eingebaut werden müssen, etwa in der Weise, daß eine Richtigkeitsklage nur dann erhoben werden kann, wenn der Kläger ein rechtsschutzbedürftiges Interesse nachweist oder ein öffentliches Interesse an der Aufhebung besteht, aber auch in diesen Fällen eine Ausschlussfrist von 5 Jahren bestimmt wird, nach deren Ablauf die Richtigkeit als geheilt gilt. Dabei wäre für ins Handelsregister eingetragene Beschlüsse die Frist noch wesentlich kürzer, etwa mit einem Jahre anzusetzen, da der Eintragung die Bedeutung einer Vermutung für die Richtigkeit der eingetragenen Tatsache zukommt und deshalb nachträgliche Änderungen im Interesse der Rechtsklarheit gerade hier nach Möglichkeit vermieden werden sollen.“

Es wird hier also klar die Notwendigkeit der Heilbarkeit aller Hauptversammlungsbeschlüsse mit überzeugenden Gründen dargetan. Statt der vorgeschlagenen Fristen von 5 Jahren bei nichteingetragenen und 1 Jahr bei eingetragenen Beschlüssen hat das Gesetz die mittlere Laufzeit von 3 Jahren gewählt, die auch völlig ausreichend ist, um allen an der Richtigkeit Interessierten gerecht zu werden. In der amtlichen Begründung heißt es weiter:

„Die Heilung konnte allerdings an die bloße Eintragung des Beschlusses im Register nur im Falle des § 195 Nr. 2 geknüpft werden. Andere Mängel durch bloße Eintragung heilen zu lassen, würde eine ungerichtfertige Besserstellung gegenüber den nur anfechtbaren Beschlüssen bedeutet haben. Sie können nur durch Eintragung und Ablauf einer bestimmten Frist geheilt werden.“

Hieraus dürfte sich ergeben, daß dem Worte „eingetragen“ in § 196 Abs. 2 nicht die Bedeutung einer unbedingten gesetzlichen Voraussetzung für eine Heilbarkeit beigegeben, sondern nur im Zusammenhang mit dem übrigen Inhalt des § 196, insbesondere mit § 196 Abs. 1, eine Regelung vermieden werden sollte, nach der auch andere Mängel als die des § 195 Abs. 2 nur durch Eintragung geheilt werden. Es sollte bezüglich dieser Mängel aus § 195 Abs. 1, 3 und 4 außer der Bekanntmachung zum Handelsregister eben noch der Zeitablauf treten. Berücksichtigt man weiter, daß durch die Niederlegung des Hauptversammlungsbeschlusses zum Handelsregister eine ausreichende Bekanntmachung seines Inhalts, eine genügende Erkundigungsmöglichkeit über diesen für den an der Richtigkeit Interessierten gegeben ist, daß auch die Heilung nur die Wirkung hat, daß die Richtigkeit nicht mehr

von jedermann geltend gemacht werden kann, so werden keine Bedenken dagegen zu erheben sein, nicht nur die für das Unternehmen, seine Gläubiger, seine Aktionäre und die Öffentlichkeit besonders schwerwiegenden, sätzungändernden, daher einzutragenden Beschlüsse, sondern auch die von geringerer Bedeutung seienden, deshalb nur einzureichenden Beschlüsse des Segens der Heilbarkeit teilhaftig werden zu lassen. Damit wird verhindert, daß noch nach vielen Jahren plötzlich ein selbstverständlich nur egozentrische Zwecke verfolgender Nichtigkeitsinteressent mit der Begründung auftaucht, daß vor vielen Jahren gefasste Beschlüsse wegen Verstoßes gegen die guten Sitten — wie er sie sieht — oder gegen die zum Schutze der Gläubiger der Gesellschaft oder im öffentlichen Interesse — wie er es versteht — gegebenen Vorschriften nichtig seien. Damit wird vermieden, daß vor vielen Jahren „konsolidierte Verhältnisse umgeworfen“ werden und dadurch „mehr Unglück angerichtet, als Vorteil dabei erreicht wird“.

Folgt man dieser Auslegung des § 196 Abs. 2, so muß man annehmen, daß es dem Willen des Gesetzgebers entspricht, auch den nach § 202 Abs. 1 Nr. 2 und 3 nichtigen Jahresabschluß (vgl. oben) zur Heilung zu bringen, wenn, entsprechend § 196 Abs. 2 i. Verb. m. § 202 Abs. 2, die Bekanntmachung des Jahresabschlusses zum Handelsregister des Sitzes der Gesellschaft eingereicht ist und seitdem 3 Jahre verstrichen sind. Die Gründe, die den Gesetzgeber nach Obigem veranlaßt haben, in § 196 Abs. 2 die Nichtigkeit der gegen die die gleichen Voraussetzungen habenden Ziffern 3 und 4 des § 195 Abs. 1 verstoßenden Hauptversammlungsbeschlüsse heilen zu lassen, gelten auch für einen vom Vorstand mit Billigung des Aufsichtsrats festgestellten Jahresabschluß.

C.

Über die Schadenersatzpflicht der Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder bei Verletzung ihrer Obliegenheiten vgl. Geßler: JW. 1937, 501f. Eine besondere aktienrechtliche Schadenersatzpflicht ist durch § 101 eingeführt. Entsprechend § 85 des Aktienrechtentwurfs von 1930 ist jeder, gleichgültig, ob Aktionär oder Nichtaktionär — insbesondere also auch Lieferanten oder Abnehmer der Gesellschaft —, der zu dem Zwecke, für sich oder einen andern gesellschafts-fremde Sondervorteile zu erlangen, vorsätzlich unter Ausnutzung seines Einflusses auf die Gesellschaft ein Mitglied des Vorstandes oder des Aufsichtsrats dazu bestimmt, zum Schaden der Gesellschaft oder ihrer Aktionäre zu handeln, zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet. Neben ihm haften als Gesamtschuldner die Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrats, wenn sie unter Verletzung ihrer Pflichten (§§ 84, 99) gehandelt haben. Sollte der gesellschafts-fremde Sondervorteil für einen andern erreicht werden, so haftet nicht nur der Einflußnehmende, sondern auch der, zugunsten dessen Einfluß genommen wurde, als Gesamtschuldner, wenn er die Beeinflussung vorsätzlich veranlaßt hat.

Diese aktienrechtliche Schadenersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Einfluß benutzt wird, um für sich oder einen Dritten, z. B. auch für Konzerninteressen, einen Vorteil zu erlangen, der schutzwürdigen Belangen dient. Eine Definition dieses Begriffes ist nicht gegeben, vielmehr ist es Sache der Rechtsprechung im Einzelfall zu prüfen, ob der Einfluß benutzt worden ist, um schutzwürdigen Belangen zu dienen.

Die Ersatzpflicht besteht auch gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft, soweit sie von dieser keine Befriedigung erlangen können.

Diese den Gläubigern unmittelbar gegenüber gegebene Ersatzpflicht wird auch nicht durch einen Verzicht oder Vergleich mit der Gesellschaft aufgehoben. Wird Konkurs über das

Gesellschaftsvermögen eröffnet, so übt der Konkursverwalter während der Dauer des Konkursverfahrens das Recht der Gläubiger aus. Die aktienrechtlichen Schadenersatzansprüche verjähren in 5 Jahren. Die Gesellschaft kann erst nach 5 Jahren seit der Entstehung des Anspruchs und nur dann auf die Ersatzansprüche verzichten oder sich darüber vergleichen, wenn die Hauptversammlung zustimmt und nicht eine Minderheit, deren Anteile den fünften Teil des Grundkapitals erreichen, widerspricht. Nur wenn der Ersatzpflichtige zahlungsunfähig ist und sich zur Abwendung oder Beseitigung des Konkursverfahrens mit seinen Gläubigern vergleicht, gilt diese zeitliche Beschränkung nicht.

Die aktienrechtliche Schadenersatzpflicht besteht nicht, wenn gesellschafts-fremde Sondervorteile durch Stimmrechtsausübung verfolgt werden. Eine gegenteilige Bestimmung würde den Grundlagen unseres Aktienrechts widersprechen. Dennoch ist die Freiheit der Aktionäre bei der Abstimmung nicht ohne Schranken; denn wenn ein Aktionär mit der Stimmrechtsausübung vorsätzlich für sich oder einen Dritten gesellschafts-fremde Sondervorteile zum Schaden der Gesellschaft oder ihrer Aktionäre zu erlangen suchte und der hierzu gefasste Beschluß der Hauptversammlung geeignet ist, diesem Zwecke zu dienen, so kann jeder Aktionär, auch der, der nicht in der Hauptversammlung erschienen ist und keinen Widerspruch gegen den Beschluß zur Niederschrift erklärt hat, den Hauptversammlungsbeschluß anfechten (§ 197 Abs. 2 in Verbindung mit § 198 Abs. 1 Nr. 3).

Das Verhältnis dieser sonderrechtlichen Schadenersatzpflicht zur bisher allein für die Beurteilung dieser Rechtsbeziehungen heranziehbaren Vorschrift des § 826 BGB. wird dahin zu klären sein, daß in den durch § 101 geregelten Fällen eine Haftung nur nach dieser Bestimmung, nicht nach § 826 BGB. besteht. Es ist daher auch nicht zulässig bei Verfolgung gesellschafts-fremder Sondervorteile durch Stimmrechtsausübung entgegen dem in diesen Fällen eine Schadenersatzpflicht verneinenden § 101 Abs. 7 aus § 826 BGB. eine Schadenersatzpflicht herzuleiten; denn § 101 des neuen Aktiengesetzes stellt sich insoweit als *lex specialis* gegenüber der *lex generalis* des § 826 BGB. dar. Derjenige, der mit seiner Aktie stimmt, handelt damit in Ausübung seines ihm kraft Aktienrechts zustehenden Stimmrechts. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob und wann in anderen Fällen die Ausübung eines vom Gesetz gegebenen Rechts nach § 826 BGB. schadenersatzpflichtig machen kann. Die Ausübung des Stimmrechts jedenfalls kann angesichts der Sondervorschrift des § 101 Abs. 7 selbst dann keine derartige Schadenersatzpflicht begründen, wenn sie zur Verfolgung gesellschafts-fremder Sondervorteile geschieht. Hier ist die einzige gesetzliche Folge die sich aus § 197 Abs. 2 ergebende, d. h. der durch solche Stimmrechtsausübung zustande gekommene Beschluß ist anfechtbar, aber auch nur anfechtbar, nicht nichtig.

D.

Darüber, was in der Hauptversammlung der sie leitende Aufsichtsratsvorsitzende (bzw. sein Stellvertreter), der Vorstand, der Aktionär oder sein Sachwalter und schließlich auch der beurkundende Notar im wesentlichen zu beachten haben wird, soll in einem weiteren Aufsatz berichtet werden. Hierbei werden auch die neuen Vorschriften über die Stimmrechtsausübung als Aktionär, für fremde Rechnung, für sog. eigene Aktien und Vorratsaktien, für Konzernunternehmungen und für Mehrstimmrechtsaktien erörtert und die neuen Bestimmungen über Verschmelzung von Gesellschaften, Vermögensübertragung und Umwandlung gestreift werden. Schließlich soll in diesem Aufsatz auch ein Entwurf über die durch das neue Aktiengesetz notwendig werdenden Satzungsänderungen gegeben werden.

Die Zulässigkeit von Rabatten bei gesetzlichen Preisbindungen

Von Regierungsrat Dr. R. Rieger, Berlin

Die neuerdings wieder im Mittelpunkt der staatlichen Wirtschaftspolitik stehende Preisüberwachung und die wachsende Zahl der gesetzlichen Preisbindungen haben die Frage nach dem Wesen des Rabattes erneut gestellt. Ist der Rabatt nur eine besondere Art der Preisstellung? Dürfen Rabatte auch noch gegeben werden, wenn Preise für einzelne Waren gesetzlich bestimmt sind? Wird auch der Rabatt von den Preisvorschriften und Preisbindungen erfaßt?

Preise können als Höchst- oder Mindestpreise oder als Festpreise, d. s. Höchst- und Mindestpreise, festgesetzt werden. Der Schwerpunkt der staatlichen Preispolitik liegt zweifellos z. B. in der Bestimmung von Höchstpreisen. Der Preisstand soll gehalten und der Verbraucher vor Übertreibung lebenswichtiger Verbrauchsgegenstände geschützt werden. Höchstpreise dürfen nicht überschritten, grundsätzlich dagegen unterboten werden. Soweit also Höchstpreise bestehen, braucht die Frage nach der Zulässigkeit des Rabattes nicht gestellt zu werden. Wer unterbieten darf, darf selbstverständlich auch Rabatt geben. Die Frage nach dem Wesen des Rabattes gewinnt erst praktische Bedeutung, wenn Preise als Festpreise vorgeschrieben werden, d. h. als Preise, die weder überschritten noch unterschritten werden dürfen. Solche Festpreisanordnungen haben die Gliederungen des Reichsnährstandes auf der Grundlage des Gesetzes über den vorläufigen Aufbau des Reichsnährstandes v. 13. Sept. 1933 (RGBl. I, 626) für zahlreiche Lebensmittel erlassen. Bekannt sind die Festpreise für Brot, Butter, Eier, Margarine, Frischmilch und Dosenmilch. Versuche, die Rabattgabe auf diese preisgebundenen Waren zu verbieten, sind wiederholt gemacht worden. So untersagte die Anordnung Nr. 3 der Hauptvereinigung der deutschen Getreidewirtschaft v. 9. Mai 1935 die Rabattgabe auf Brot. Auch Dosenmilch war zeitweise von jeder Nachlassgewährung ausgeschlossen. Erst kürzlich wieder hat die Hauptvereinigung der deutschen Zuckerewirtschaft durch die Anordnung 29 v. 23. Dez. 1936 Zuckerefestpreise festgesetzt und dabei bestimmt:

„Eine Vergütung in Geld vom Rechnungsbetrage oder eine Verbilligung des Zuckers durch Vergünstigungen auf andere Waren, sowie jede auch andersgeartete Vergütung oder Vergünstigung vom Zuckerverkäufer an den Verkäufer ist verboten.

Rückvergütungen aus angesammeltem Gewinn dürfen auf Zucker nicht gegeben werden.“

Alle diese Verbote beruhen auf der Vorstellung, daß der Rabatt eine echte Preisermäßigung sei und sich daher mit dem Wesen des Festpreises nicht vertrage. Hier und nicht in der hin und wieder erörterten Frage, ob die Gliederungen des Reichsnährstandes neben ihren Festpreisanordnungen auch Rabattverbote erlassen können, liegt das eigentliche Problem. Ist „Festpreis“ ein Preis, dessen „Höhe stets festbleibt und nicht mittelbar durch die Gewährung von Rabatten in Frage gestellt werden soll“ (SchöffG. Düsseldorf v. 15. Juli 1935), so gestattet er einen Nachlaß auch dann nicht, wenn in der gesetzlichen Vorschrift über die Zulässigkeit von Rabatten nichts gesagt ist, wie z. B. in der 4. W. über die gewerbsmäßige Herstellung von Erzeugnissen der Margarinefabriken und Ölmühlen v. 23. Okt. 1934 (RGBl. I, 1066). Ausdrückliche Rabattverbote hätten dann nur deklaratorische Bedeutung.

Die Prüfung, ob Festpreise Nachlässe zulassen, muß von dem Verhältnis des Reichsnährstandes zum RabattG. ausgehen. Ein Urteil des OLG. Halle v. 22. April 1936: JW. 1936, 1927⁵² (m. Anm.) hat dem zeitlichen Vorrang des RabattG. entscheidende Bedeutung beigemessen. Das Gericht ist der Auffassung, daß das RabattG. als das jüngere Gesetz dem ReichsnährstandG. vorgehe. Das Gesetz kenne nur ein Rabattverbot für den Verkauf von Tabakerzeugnissen unter Steuerzeichenpreis (§ 15 RabattG.). Alle anderen Lebensmittel seien daher

rabattfähig. Auf den Standpunkt, daß das RabattG. eine abschließende Regelung enthalte, stellt sich auch Michel („Überblick“ Nr. 25/36 S. 426) u. Culemann (JW. 1936 Heft 26 S. 1735). Gewiß sind diese Gründe beachtlich, maßgebend sind sie m. E. nicht. Die Festpreise haben erst in den auf das RabattG. folgenden Jahren praktische Bedeutung erlangt. Beim Erlaß des Gesetzes hat man schwerlich bewusst Fragen regeln wollen, die die Preispolitik des Reichsnährstandes erst später gestellt hat. Allein aus dem Schweigen des Gesetzes sollte man keine Schlüsse ziehen, die nicht auch in der gesetzgeberischen Absicht gelegen sein müssen. Darum wird das entscheidende Gewicht auf die Untersuchung zu legen sein, worin der Gesetzgeber das Wesen des Rabattes und des Festpreises sieht und welche wirtschaftspolitischen Zwecke er einerseits mit dem Rabatt, andererseits mit dem Festpreis verfolgt. Der höhere volkswirtschaftliche Zweck ist ausschlaggebend.

Der Rabatt ist, wie aus der Begründung zum RabattG. eindeutig zu entnehmen ist, keine echte Preisermäßigung, kein Bestandteil des Preises; er ist eine Gegenleistung. Der Barzahlungsnachlaß, sagt die Begründung, hat den Zweck, den Kunden zur Barzahlung zu erziehen und das Vorgehen der Kundschaft mit seinen Verlusten und Ausfällen einzuschränken. Der Barzahlungsnachlaß ist also die Belohnung des Kunden für sofortige Bezahlung. Der Mengennachlaß ist die Gegenleistung des Kaufmanns für die Abnahme einer größeren Menge, die seine Unkosten senkt. Durch den Mengennachlaß, betont die Gesetzesbegründung, werde eine volkswirtschaftlich nützliche Nebenwirkung ausgeübt, die die Lager verringere und den Umsatz vergrößere. Schließlich wirkt auch die Rabattgabe nach außen hin nicht wie eine einfache Preisherabsetzung. Der Rabatt ist ein „uraltetes Wettbewerbsmittel“ (Begründung zum UntWG.). Gewiß auch die Preisstellung wirkt für den Kaufmann. Die Rabattgabe ist aber ein werbewirksames Wettbewerbsmittel. Die Beträge, die der Kaufmann für Rabatte ausgibt, sind im Grunde Reklamekosten, die er ebensogut für Zeitungsanzeigen anlegen könnte.

Festpreise auf der anderen Seite sollen einen Preis nach oben und unten begrenzen. Sicherlich liegt aber ihre Hauptbedeutung in der Begrenzung nach oben. Die Gewährleistung einer bestimmten Verdienstsparnis für den Händler ist daneben gewollt, tritt aber gegenüber dem mit der Höchstpreisfestsetzung verfolgten Zweck des Verbraucherschutzes zurück. Die unterste Grenze seiner Preise muß der Kaufmann im allgemeinen selbst kennen. Ob er gewinnt oder verliert, ist seine Sache. Aus diesem Grunde ist bisher das Unterbieten der Preise des Wettbewerbers grundsätzlich nicht beanstandet worden (RGZ. 144, 50 = JW. 1934, 1717⁴ [m. Anm.]).

Das öffentliche Interesse an Mindestpreisen ist also gering. Um so größer ist das wirtschaftspolitische Interesse an der uneingeschränkten Erhaltung des Rabattes. Immer wieder kann man lesen, wie stark verbreitet auch im Lebensmittelhandel das Vorgunwesen ist. Die erzieherische Wirkung, die die Rabattgabe auf die Barzahlung ausübt, ist aber unbestritten. Nach den Feststellungen einer der größten deutschen Gewerbebanken sind durch Einführung des Rabattes die Außenstände stellenweise auf ein Drittel und an anderer Stelle auf ein Zehntel zurückgegangen.

Das Verbot der Rabattgabe würde auch mittelstandspolitische Absichten der Reichsregierung vereiteln. Warenhäuser, Einheits-, Klein- oder Serienpreisgeschäfte und ähnliche durch die besondere Art der Preisstellung gekennzeichnete Geschäfte dürfen bekanntlich Barzahlungsnachlässe nicht gewähren (§ 6 RabattG.). Die Begründung zum RabattG. bezeichnet die Preisnachlässe als Abwehrmaßnahmen, die besonders in den Kreisen des mittelständischen Gewerbes gegen die Rückvergütung der Konsumvereine getroffen worden seien. Auch gegenüber

den Preisen und Werbemöglichkeiten der Warenhäuser und Großbetriebe im Einzelhandel werde in dem mittelständischen Gewerbe mit Hilfe der Preisnachlässe eine wirksame Abwehr versucht. Man würde also die Wettbewerbsslage zuungunsten des mittelständischen Einzelhandels verschieben, wollte man die Nachlassgewährung auf einzelne Waren unterbinden.

Alle diese Gründe sprechen dafür, daß der Rabatt mehr als eine besondere Art der Preisstellung ist. Er ist eine Gegenleistung des Kaufmanns und außerdem ein qualifiziertes Wettbewerbsmittel. Von den gesetzlichen Preisbindungen kann er daher nicht ohne weiteres erfasst werden. Die Rabattgabe beeinträchtigt die mit den Festpreisen verfolgten volkswirtschaftlichen Zwecke nicht, wohl aber stört ein Rabattverbot für wichtige Lebensmittel die wirtschaftspolitischen Ziele des RabattG. M. G. sollte es daher keinem Zweifel unterliegen, daß auch Festpreise die Nachlassgewährung im gesetzlichen Rahmen nicht ausschließen können.

Rabattgegner werden in diesem Zusammenhang auf einen Mißstand hinweisen: Vielfach werden Preisnachlässe auf preisgebundene Lebensmittel ohne Rücksicht auf die Gewinnspanne nur zu dem Zwecke gegeben, um Kunden in den Laden zu locken. Den Verlust beim Verkauf von Butter, Margarine usw. hofft der Wettbewerber durch den Gewinn beim Verkauf anderer Waren wieder auszugleichen. Dieser Hinweis ist jedoch kein grundsätzlicher Einwand gegen den Rabatt. Kundenfang wird auf die verschiedenste Weise betrieben; er ist unzulässig, soweit er gegen § 1 UnWVG. verstößt. Auch die Rabattgabe kann unter diesen Voraussetzungen zum unlauteren Wettbewerb werden. Wann dies der Fall ist, bedarf allerdings sehr sorgfältiger Prüfung. Die gesetzlichen Möglichkeiten, unlauteren Wettbewerb zu unterbinden, bieten heute genügend Schutz gegen etwaige mißbräuchliche Verwendung des Rabattes. Der Gedanke des RabattG. selbst darf, um einzelne Mißstände zu bekämpfen, nicht angetastet werden.

Vorschüsse und Gehaltspfändung

Von Rechtsanwalt und Notar Dr. Paul Beckmann, Berlin

I. Wenn ein Gesellschaftermitglied (Arbeitnehmer) unverschuldet in Not gerät, wendet es sich an seinen Betriebsführer (Arbeitgeber) um Hilfe. Hat es sonstige Vermögenswerte nicht, so sucht es seine Arbeitskraft zu beleihen: „Es bittet um Vorschuß.“ Diesen wird ihm der soziale Unternehmer im Rahmen seiner Leistungsfähigkeit gern gewähren, wenn es sich um einen langjährigen, bewährten Angestellten oder Arbeiter handelt und er daher damit rechnen kann, daß dieser noch länger in seinem Betriebe tätig sein wird und den Vorschuß im Laufe der Monate „abarbeiten“ kann. Beide Teile sind sich selten über die Gefahr klar, die diesen Plänen oder diesen „Vorschüssen“ droht im Falle der Pfändung durch einen Gläubiger des Arbeitnehmers.

Was der Laie f. S. als „Vorschuß“ bezeichnet, kann der Jurist als Vorauszahlung künftiger Vergütung oder als Darlehn auffassen. Die Rechtsfolgen jeder Alternative sind völlig verschieden. Werden z. B. einem Schuldner von seinem Monatsgehalt von 500 RM für empfangene Vorschüsse monatlich 175 RM abgezogen, dann sind, falls kinderlos verheiratet, im ersten Fall weitere 175 RM pfändbar, so daß ihm nur 150 RM ausbezahlt werden dürfen, im zweiten Fall dagegen nichts, so daß ihm 325 RM ausbezahlt sind.

Für die Auffassung eines Darlehens spricht, daß der Arbeitnehmer verpflichtet ist, dem Arbeitgeber den Betrag in bestimmten Raten zurückzahlen: Ob schon während der Dauer des Arbeitsverhältnisses der Arbeitnehmer die Rückzahlung durch Aufrechnung mit einem Teil seines Vergütungsanspruchs erfüllt, so ist doch der Rest bar zurückzahlen, wenn das Arbeitsverhältnis vor Tilgung des Darlehens beendet ist. Doch kann man das Gegebene auch als Vorauszahlung künftiger Vergütungsansprüche auffassen, die der Arbeitnehmer bei Fälligkeit seiner Vergütungsansprüche sich anrechnen lassen muß. Diese Anrechnung wäre nichts als die endgültige rechnungsmäßige Feststellung, daß die Vergütung in Höhe der Vorauszahlung bereits bezahlt sei. Hiernach wird also der Vorschuß nur in der Erwartung der künftigen Dienstleistung des Arbeitnehmers gewährt, stellt also nur die Gegenleistung für dessen versprochene Arbeitsleistung dar. Während regelmäßig mangels besonderer Abrede die Vergütung erst nach Leistung der Arbeit zu entrichten ist, leistet hier der Arbeitgeber voraus. Erfüllt demnach der Arbeitnehmer den Dienstvertrag nicht, so kann der Arbeitgeber vom Vertrage zurücktreten und, wenn der Vorschuß noch nicht abgearbeitet ist, Erstattung des von ihm bereits Geleisteten mit der Vertragsklage fordern (§§ 325 ff., 346 BGB.).

Wann ein Vorschuß als Vorauszahlung und wann als Darlehn aufzufassen ist, darüber sind die Ansichten geteilt. Staudinger (Anm. I 1 c zu § 607 BGB.) erklärt, daß Leistungen, die nur in Rücksicht auf späterhin zu erfüllende Vertragsverbindlichkeiten gemacht würden, zwar Vorschüsse genannt würden, aber regelmäßig keine Darlehn seien, da sie nicht mit der Verpflichtung der Rückzahlung gegeben noch empfangen würden. Dagegen sei anzunehmen, daß eine Vorschußleistung als Darlehn dann gewollt sei, wenn ein Vorschuß nicht etwa für bestimmte Dienstleistungen und Auslagen, sondern auf besondere Bitte für eine noch nicht fällige Gehaltsrate gewährt worden sei. Andere Schriftsteller verstehen unter Vorschüssen Vorausleistungen auf zu erfüllende Beträge und führen dafür gerade als Beispiel den Fall an, daß der Prinzipal dem Angestellten das Gehalt im voraus zahlt. Es mag im Einzelfall fraglich sein, ob ein Vorschuß als Vorauszahlung oder als Darlehn aufzufassen ist; aber im allgemeinen wird ein Vorschuß des Arbeitgebers an den Arbeitnehmer als eine Vorausbezahlung des Lohns aufgefaßt. Zum Beispiel: RGEntsch. in Strafsachen v. 13. Dez. 1883 und 5. Dez. 1899 (RGSt. 5, 779 u. 32, 224). Ulrichs („Zurückbehaltung und Aufrechnung beim gewerbl. Arbeitsvertrag“, 1910, S. 57) und Schälhorn (in SozPrax. 1899, 798) erörtern nur die verschiedenen Folgen je nachdem, ob man einen Vorschuß als Darlehn oder als Vorauszahlung auffasse. Wann im einzelnen die eine Auffassung und wann die andere Auffassung berechtigt sei, erörtern sie nicht. Für diese Frage geben auch die vorliegenden Entscheidungen keinen Anhalt. Es bleibt Tatfrage.

II. Ein Arbeiter, dessen ganzer Lohn mit Beschlag belegt wird, kann die übernommene Arbeit nicht mehr verrichten. Schon deshalb wird der Arbeitgeber, abgesehen von allen mit einer Lohnpfändung verbundenen Unannehmlichkeiten, den Arbeitnehmer entlassen müssen, will er nicht doppelte Vergütung zahlen: An den Arbeitnehmer, damit er leben und die Arbeit verrichten kann, und an den Gläubiger, der die Pfändung bewirkt. Gut bezahlte Arbeiter arbeiten am besten und Not ist am allerwenigsten ein Anspruch auf ihre Tätigkeit, im Gegenteil nimmt ihre Tätigkeit im gleichen Maße zu wie ihre Belohnung. Solche Erwägungen führten dahin, daß nach dem LohnbeschlG. Voraussetzungen des Arbeitnehmers über den Lohn unzulässig waren: Ebenso wie er Lohnanteile nicht abtreten durfte, waren sie nicht pfändbar. Da aber das LohnbeschlG. mehr zum Schutze des Arbeitgebers als des Arbeitnehmers gedacht gewesen war, sollte der Lohn zwar dem außerhalb des Arbeitsverhältnisses Stehenden kein Befriedigungs-

objekt bieten, keineswegs aber auch untauglich zur Befriedigung der dem Arbeitgeber zustehenden Gegenforderung sein. Das Aufrechnungsverbot bezog sich daher auf den Arbeitgeber nicht.

Während die Volkswirtschaftslehre die Arbeitskraft als Ware bezeichnete, nahm das bürgerliche Recht einen vollständig abweichenden Standpunkt ein. Da bei dem Arbeitsvertrag der Arbeitnehmer seine eigene Person einzusetzen hat, um den vom Arbeitgeber erhofften Erfolg herbeizuführen, entspricht es den Geboten der Menschlichkeit und des Volkswohls, daß der Arbeitgeber Rücksicht auf die Sicherung des Arbeitnehmers nehmen muß. Regelmäßig hat der Arbeiter außer seiner Arbeitskraft keine anderen Mittel, um den nötigen Lebensunterhalt zu erwerben, und kann daher eine Notlage schwerer überstehen als der Arbeitgeber. Als der wirtschaftlich Schwächere muß er sich den Bedingungen des Arbeitgebers fügen, aber besonderen Wert darauf legen, daß der vereinbarte Lohn wirklich ausgezahlt wird, denn danach hat er seine Lebenshaltung eingerichtet. Eine Minderung des Lohnes stört daher seine Berechnung und seiner Familie Dasein. Im übrigen ist die wirtschaftliche Gebundenheit des Arbeitnehmers noch vermehrt dadurch, daß er zur Vorleistung der Dienste verpflichtet ist. Aus allen diesen Gründen, so führt Ulrichs a. a. O. aus, habe der Gesetzgeber sich gezwungen gesehen, dem Arbeitnehmer den verdienten Lohn ungemindert zu erhalten, soweit er zum Lebensunterhalt erforderlich sei, und ihn der Pfändung und Aufrechnung teilweise entgegen.

Die Pfändungsgrenze, darauf weist Pohle („Pfändungsschutz für Lohn, Gehalt u. ähnliche Bezüge“, 1935, S. 6) hin, liegt über dem sogenannten Existenzminimum. Das erklärt sich nicht allein aus dem Gesichtspunkt, daß dem Schuldner gerade noch die Lebensführung gesichert werden muß, vielmehr sucht noch Pfändungsschutz dem Schuldner die Arbeitsstelle zu erhalten. Es muß ihm infolgedessen mehr belassen bleiben, denn einerseits erwachsen dem Arbeitnehmer durch die Arbeitslosigkeit sofort besondere Aufwendungen, z. B.: für Arbeitskleidung, Arbeitsgerät, Fahrten zur Arbeitsstelle usw. Ferner braucht er zur Erhaltung seiner Spannkraft, die die Berufsausübung erfordert, ein Mehr gegenüber dem Arbeitslosen, und schließlich wird eine Arbeitsfreudigkeit nur erreicht, wenn ein eigener Arbeitserfolg vorliegt, dem Schuldner also auch bei Pfändung etwas mehr verbleibt als dem Arbeitslosen. Läßt mit der Freude an der Arbeit auch der Erfolg nach, so droht die Kündigung durch den Arbeitgeber, womit weder dem Gläubiger, noch dem Schuldner, noch der Allgemeinheit geholfen ist.

Demnach sind sich die Schriftsteller darüber einig, daß dem Arbeitnehmer der pfändungsfreie Teil seines Lohnes sicher bleiben muß, um ihn bei seiner Tätigkeit zu halten. Aus diesen Gedanken heraus sollen Vorausverfügungen des Schuldners über diesen pfändungsfreien Betrag, der also das Existenzminimum zum Teil überschreitet, ebenso unmöglich gemacht werden wie Pfändungen seiner Gläubiger. Andererseits war man sich von jeher klar, daß Vorschüsse des Arbeitgebers, mit denen er der Not seines Arbeitnehmers hatte steuern wollen, eine bevorzugte Stellung verdienen. Das LohnbeschlG. enthielt zwar kein Aufrechnungsverbot für den Arbeitgeber, jedoch konnte hieraus nur auf sein einseitiges Aufrechnungsrecht geschlossen werden. Da dem Arbeitnehmer nach dem gleichen Gesetze jede Vorausverfügung über seinen Lohn verboten war, mußte ein Aufrechnungsvertrag zwischen ihm und seinem Arbeitgeber ungültig sein. Wenn daher der Arbeitgeber seinem Arbeitnehmer ein Darlehn gab, dessen Rückzahlungsrate gegen die Lohnforderung des Arbeitnehmers aufgerechnet werden sollten, so wäre letztere Bestimmung unwirksam gewesen. Das mag der Grund dafür sein, daß z. B. der Geltung des LohnbeschlG. im allgemeinen Vorschüsse nicht als Darlehn, sondern als Vorauszahlungen aufgefaßt wurden. Erst durch § 394 BGB. wurde das Aufrechnungsverbot auf den unpfändbaren Teil des Lohnes beschränkt. Obwohl sich damit die Sachlage geändert hatte, hielt man weiter an der grundsätzlichen Auffassung fest, Vorschüsse seien regelmäßig nicht als Darlehn zu betrachten. Diese Auffassung bürgerte sich immer mehr ein, weil immer wieder Arbeitnehmer versuchten, auch den pfändungsfreien Teil

ihrer Lohnes dem Zugriff ihrer Gläubiger dadurch zu entziehen, daß sie sich Vorschuß geben ließen, wozu der Arbeitgeber leicht geneigt zu machen war, weil er selbst den Verlust des Arbeitnehmers befürchtete.

III. Auch das bedeutame Urteil des RArbG. v. 29. Febr. 1936 (RrB Samml. 1936 Nr. 45 = JW. 1936, 2107) scheint nur den vorstehenden Grundätzen zu widersprechen. Hier hat das RArbG. entschieden, daß der gezahlte Vorschuß zuerst auf den unpfändbaren Teil der Gehaltsforderung zu verrechnen sei. Es begründete sein Urteil:

1. mit dem Hinweis auf Rechtsprechung und Schrifttum (Urteil v. 13. Nov. 1928: ArbRspr. 1929, 16 und Jonas, Anm. V 4 zu § 850 ZPO.),
2. mit dem Ziel des Gesetzgebers, wie es besonders im Gesetz v. 24. Okt. 1934 (RGBl. 1070) zum Ausdruck komme, den Gläubiger vor der Beeinträchtigung seines Zugriffsrechts über das Maß der notwendigen Einschränkung hinaus durch willkürliche Maßnahmen des Schuldners zu schützen,
3. mit dem Zweck des Gesetzes, dem Schuldner einen bestimmten zum Leben unentbehrlichen Teil seines Einkommens pfandfrei zu erhalten.

Was zunächst den Hinweis auf Rechtsprechung und Schrifttum anbetrifft, so behauptet zwar das RArbG. Stuttgart in dem angeführten Urteil v. 13. Nov. 1928, es sei anerkanntes Rechtens, daß Vorschüsse auf den dem Schuldner verbleibenden Forderungsanteil zu verrechnen seien, begründet indes diese Behauptung nur durch Hinweis auf den ebenfalls vom RArbG. angeführten Kommentar von Jonas zu § 850 ZPO. Jonas (Anm. V 4 zu § 850 ZPO.) behauptet allerdings auch, daß Vorauszahlungen auf den dem Schuldner verbleibenden Teil anzurechnen seien, so daß es für den Gläubiger im Ergebnis gleich sei, ob der Schuldner Vorschüsse erhalten habe oder nicht. Er stützt sich dabei auf die Rechtsprechung, nämlich die Urteile des OLG. Kiel v. 28. Sept. 1915 (SeuffArch. 71, 340), des RArbG. v. 27. Aug. 1930 (ArbRspr. 1930, 369) und des RG. v. 3. Juli 1931 (RGZ. 133, 255). Dem Urteil des OLG. Kiel lag der Fall zugrunde, daß ein Angestellter nach der ersten Pfändung kündigte, dann einen neuen Anstellungsvertrag schloß, bei dem ihm von vornherein ein Vorschuß gezahlt wurde, und der darauf folgenden zweiten Pfändung gegenüber die Vorschußzahlung einwendete. Hier kommt das Gericht zu der Entscheidung, daß dieses Verrechnungsabkommen der Pfändung nicht entgegengesetzt werden könne. Diese an sich richtige Entscheidung begründet das Gericht damit, daß der Schuldner keine Vereinbarung treffen könne, wonach der Vorschuß auf den pfändbaren Teil seines Gehalts verrechnet werde, denn solche Abmachungen zielten darauf ab, den unpfändbaren Teil des Einkommens zu erhöhen. Eine solche Abmachung sei aber mit der Zwangsnatur des LohnbeschlG. unvereinbar und daher wirkungslos. Im Urteil des RArbG. v. 27. Aug. 1930 wird nur die Frage der Pfändbarkeit von Provisionsvorschüssen behandelt, ohne daß darin gesagt wäre, daß dieselben auf den dem Schuldner verbleibenden Teil zu verrechnen sind. Das RArbG. Urteil v. 30. Juli 1931 geht zwar davon aus, daß unter einem Vorschuß eine Vorauszahlung später geschuldeter Gehaltsbeträge verstanden werde und daher bei ihnen von einer Aufrechnung nicht gesprochen werden könne, weist aber gleichzeitig darauf hin, daß eine andere rechtliche Beurteilung in Frage käme, wenn eine Novation vorläge. Es führt dann weiter aus, daß dem Staat die Arbeitskraft des Beamten erhalten bleiben müsse und dem Beamten daher sein Existenzminimum durch Vorausverfügungen nicht genommen werden könne. Es kommt mit dieser Begründung zu der Entscheidung, daß der Beamte gegen die zu seinem Schutz erlassenen Unpfändbarkeitsvorschriften verstoße, wenn er Vorausverfügungen über seine Gehaltsansprüche treffe, selbst wenn sie zur Tilgung von Vorschüssen verwandt werden sollten. Aus der vom RArbG. angeführten Rechtsprechung und Schrifttum ergibt sich also einwandfrei, daß Vorauszahlungen auf den pfändungsfreien Teil der Gehaltsansprüche zu verrechnen sind, jedenfalls die Gläubiger des Arbeitnehmers nicht

beeinträchtigen können. Sie enthalten aber keine Klärung der Frage, wann Vorschüsse als Darlehn und wann als Vorauszahlung aufzufassen sind.

Wenn das RArbG. auf den Zweck des Gesetzes hinweist, dem Schuldner einen bestimmten zum Leben unentbehrlichen Teil seines Einkommens pfandfrei zu erhalten, so ist schlechterdings nicht ersichtlich, wie es hiermit begründen will, daß der gezahlte Vorschuß zunächst auf den unpfändbaren Teil der Forderung zu verrechnen ist. Gerade dann, wenn der Gläubiger des Arbeitnehmers den pfändungsfreien Teil pfänden kann und der Arbeitgeber lediglich auf den pfändbaren Teil angewiesen ist, muß doch entweder der Arbeitgeber seine Vorschußforderung zurückstellen oder aber dem Zweck des Gesetzes widersprechend dem Schuldner den zum Leben unentbehrlichen Teil seines Einkommens fortnehmen.

Was die weitere Begründung des RArbG. anbetrifft, seine Entscheidung sei auch notwendig, um das Ziel des Gesetzgebers zu erreichen, den Gläubiger des Arbeitnehmers gegen willkürliche Maßnahmen desselben zu schützen, so gibt das AnjG. ohne weiteres die Möglichkeit, Mißbräuchen entgegenzutreten, wie sie z. B. dem Urteil des OVG. Kiel v. 28. Sept. 1915 zugrunde liegen und durch die durch Vereinbarung des Arbeitgebers mit dem Arbeitnehmer das Zugriffsrecht der Gläubiger des Arbeitnehmers beeinträchtigt werden könnte.

Aus vorstehenden Erwägungen heraus ist es erstaunlich, daß Volkmar in einer Anmerkung zu diesem Urteil (ArbR-Samml. 1936 Nr. 45) erklärt, es befriedige das Rechtsgefühl, denn Vorschüsse sollten in erster Linie zur Befriedigung des notwendigen Lebensunterhalts des Schuldners dienen. Andernfalls könne der Schuldner durch Vereinbarung mit dem Arbeitgeber jede Pfändung unmöglich machen. Dem kann nicht beigepflichtet werden. Dieses Urteil befriedigt zweifellos da nicht, wo eine Absicht der Gläubigerbenachteiligung niemals vorzulegen hat. Wenn der Schuldner seine Gläubiger benachteiligen will, so ist er in der Lage, von dritter Seite ein Darlehn aufzunehmen und zu dessen Tilgung den pfändbaren Teil seines Gehalts abzutreten. Es wäre unverständlich, wenn in diesem Fall der Geldgeber des Schuldners besser gestellt sein sollte, als wenn der Arbeitgeber des Schuldners diesem das Geld zur Verfügung stellt. Es bedeutete geradezu eine Bestrafung des Arbeitgebers für eine soziale Handlung, wenn er gezwungen sein sollte, mit seinem Vorschuß, mit dem er seinem Angestellten geholfen hat, hinter einen Pfändungspfandgläu-

biger an zweite Stelle zu rücken. Tatsächlich würde er seinem Angestellten durch Einbehaltung des Vorschusses vom pfändungsfreien Teil gerade die Arbeitsfreudigkeit nehmen, die zu erhalten der Zweck der gesetzlichen Regelung seit dem LohnbeschlG. im Interesse der Beteiligten und der Allgemeinheit sein sollte.

Jonas (JW. 1936, 2107) billigt zwar das RArbG. Urteil, scheint aber die Ansicht Volkmars nicht zu teilen, daß es das Rechtsgefühl befriedige; denn er unterstreicht den Satz des Urteils, daß „die Stellung des Gläubigers von einer Vorauszahlung nur dann nicht berührt werden könne, soweit überhaupt noch eine Forderung des Schuldners an den Drittschuldner bestehe“. Er will daraus entnehmen, daß, wenn der Arbeitnehmer einen Vorschuß erhalten hatte, der den pfändungsfreien Teil seines Gehalts übersteigt, insoweit der Pfändungsgläubiger leer ausgeht. Der Vollstreckungsgläubiger müsse sich also, wenn der Vorschuß größer als der unpfändbare Lohnanteil sei, eine entsprechende Verringerung der ihm an sich rechnungsmäßig zufallenden Quote gefallen lassen, denn es dürfte eine vom Arbeitgeber vor der Pfändung bewirkte Vorauszahlung für ihn niemals eine Mehrzahlung im Gefolge haben.

M. E. ist die Überschrift des Urteils mißverständlich gewählt. Der Schuldner muß sich auf den pfandfreien Teil seiner Dienstbezüge nicht alle Vorschüsse anrechnen lassen, sondern nur solche, die, wie in dem vom RArbG. entschiedenen Fall „rechtlich mangels Anhaltspunkts für einen abweichenden Parteilichen bei der Zahlung nicht ein selbständiges Darlehn mit der Möglichkeit späterer Aufrechnung gegen die Gehaltsforderung bei deren Fälligkeit, sondern eine Vorauszahlung auf die Vertragsschuld in Erwartung der künftigen Gegenleistung des Empfängers der Vorschüsse bedeuten“. Die Entscheidung des RArbG. bezieht sich also nur auf den Fall, daß die Vorschüsse Vorauszahlungen bedeuten. Die Frage, wann Vorschüsse als Vorauszahlung und wann als Darlehn aufzufassen sind, ist nicht erörtert.

IV. Die Gefahr, die sich für die Beteiligten aus der Unsicherheit des Begriffs der Vorschüsse ergibt, läßt sich bannen dadurch, daß grundsätzlich nicht von Vorschüssen gesprochen, sondern ein richtiger Darlehensvertrag geschlossen wird, zu dessen Tilgung der Arbeitnehmer den pfändbaren Teil seines Gehalts oder erstrangige Bruchteile davon an den Arbeitgeber abtritt.

Der Entlastungsbeweis aus § 831 BGB. unter Ehegatten

Von Rechtsanwalt Dr. Werner Ruffow, Berlin

Die Frage, ob die Ehefrau mit ihrem Vermögen für schädigende Auswirkungen unerlaubter Handlungen aufzukommen hat, welche der Mann bei der Verwaltung dieses Vermögens begeht, ist vom RG. in der Entscheidung RGZ. 91, 363 = JW. 1918, 220 klar entschieden worden. Da die Haftung für unerlaubte Handlungen anderer Personen sich allgemein nach § 831 BGB. richtet, so muß diese Vorschrift auch unter Ehegatten insoweit Anwendung finden, als der eine Ehegatte als Beteiligter der Handlung des anderen im Sinne dieser Vorschrift zu betrachten ist. Beim Ehemann ist dies insoweit nicht der Fall, als die Eheleute im gesetzlichen Güterstand leben. Denn insoweit steht dem Ehemann kraft eigenen gesetzlichen Rechts die Verwaltung des eingebrachten Gutes der Ehefrau zu. Er ist also nicht von der Ehefrau zu dieser Verwaltung bestellt, sondern der Gesetzgeber legt ihm das Verwaltungsrecht kraft seiner Stellung als Ehemann bei. Infolgedessen kann die Ehefrau insoweit für die Handlungen des Mannes

nicht aus § 831 BGB. in Anspruch genommen werden. Man denke z. B. daran, daß in einem zum eingebrachten Gut gehörigen Hause der Ehefrau ein Bote auf einer schadhaften Treppe hinfällt. Handelt es sich dagegen bei der Ausübung der Verwaltung um die Verwaltung des Vorbehaltsgutes der Ehefrau oder leben die Ehegatten in Gütertrennung, so besteht eine besondere Rechtsstellung des Ehemannes auf der Grundlage des Familienrechts nicht, § 831 BGB. ist daher anzuwenden.

Soweit umgekehrt die Haftung des Ehemannes für die Handlungen seiner Frau beansprucht wird, hat sich das RG. in einer letzthin veröffentlichten Entscheidung RGZ. 152, 222 ff. mit der Anwendbarkeit des § 831 BGB. beschäftigt. Bedenken gegen die Anwendbarkeit können aus § 1356 Abs. 1 u. 2 BGB. hergeleitet werden. Danach ist die Ehefrau berechtigt und verpflichtet, das gemeinschaftliche Hauswesen zu leiten. Sie ist ferner verpflichtet, im Haushalt und im Ge-

schäft mitzuarbeiten, soweit dies nach den Verhältnissen, in denen die Ehegatten leben, üblich ist. Bei der zuletzt erwähnten Verpflichtung ist von einem Recht auf Ausübung der der Ehefrau obliegenden Arbeiten im Gesez keine Rede. Es steht daher dem Ehemann frei, von der Verpflichtung seiner Frau zur Verrichtung von Arbeiten Gebrauch zu machen oder nicht. Insofern muß daher § 831 BGB. angewendet werden, da der Ehemann, wenn er von der Verpflichtung Gebrauch macht, damit seine Frau zu den betreffenden Arbeiten bestellt.

Aber auch das in § 1356 Abs. 1 BGB. aufgestellte Recht der Frau zur Leitung des gemeinsamen Hauswesens unterliegt ausdrücklicher Bestimmung der allgemeinen Regel des § 1354 BGB., wonach dem Ehemann die Entscheidung in allen das gemeinschaftliche eheliche Leben betreffenden Angelegenheiten zusteht. Infolgedessen ist der Ehemann befugt, zum mindesten bei Vorliegen von stichhaltigen Gründen, seiner Frau das Recht zur Leitung des Haushaltes zu beschränken oder ganz zu entziehen. Dabei sei bemerkt, daß die Frage der sogenannten Schlüsselgewalt hier keine Bedeutung hat, weil es sich dabei nicht um die Haftung aus unerlaubter Handlung, sondern nur um die rechtsgeschäftliche Vertretung handelt. Mit Rücksicht auf die letzte Entscheidungsbefugnis des Ehemannes wird man aber, wie auch das RG. offenbar annimmt, auch in den Fällen des § 1356 Abs. 1 BGB. eine Bestellung zu der Verrichtung durch den Ehemann und damit seine Haftung aus § 831 BGB. annehmen müssen.

Diesem Ergebnis hat das RG. in seiner Entscheidung RGZ. 152 auf S. 225 = JW. 1937, 464⁷ den etwas problematischen Satz hinzugefügt:

„Praktische Bedeutung wird der rechtliche Gesichtspunkt des § 831 BGB., wenn seine Anwendbarkeit auch nicht grundsätzlich ausgeschlossen ist, im Einzelfall freilich vielfach nicht haben, da die Beziehungen der Eheleute untereinander beim Entlastungsbeweis aus § 831 von vornherein eine besondere Kennzeichnung zuweisen werden.“

Dieser Satz der RG-Entscheidung gibt Veranlassung zu der Prüfung, welchen Inhalt ein solcher Entlastungsbeweis des Ehemannes für seine Ehefrau praktisch haben muß.

Geht man hierfür von den allgemeinen Anforderungen der Rechtsprechung zum Entlastungsbeweis aus, so kommt in Frage: einmal die erstmalige Auswahl bei der Einstellung dauernder Gehilfen, sodann die Kontrolle dieser Gehilfen während ihrer Tätigkeit bei dem Geschäftsherrn und endlich die Auswahl bei der Bestellung zu der bestimmten Einzelverrichtung, bei welcher der Schaden eingetreten ist. Endlich kann je nach den Umständen des Einzelfalles die in § 831 besonders hervor gehobene Leitung der Ausführung der Verrichtung in Betracht kommen.

Will man diese Voraussetzungen auf Ehegatten anwenden, so leuchtet es ohne weiteres ein, daß der Ehemann natürlich seine Frau nicht nach den hier in Betracht kommenden Gesichtspunkten auszuwählen braucht. Also auch wenn der Ehemann eine liederliche Frau heiratet, weil sie ihm persönlich gefällt, so kann ihm daraus niemals unter dem Gesichtspunkt des § 831 BGB. ein Vorwurf gemacht werden. Das würde offenbar dem Wesen der Ehe gröblich widersprechen. Mit vollzogener Eheschließung kann aber der Ehemann eine Auswahl hinsichtlich der Leitung seines Hauswesens und der Verrichtung der häuslichen Dienste nicht mehr zwischen mehreren Frauen treffen, sondern er kann allenfalls diese Verrichtungen einer bezahlten Hilfskraft übertragen. Dies wird man dem Ehemann offenbar nur dann zumuten können, wenn einmal schwerwiegende Gründe gegen die Überlassung des Haushaltes an die Frau sprechen und ferner der Ehemann nach seinen wirtschaftlichen Verhältnissen zur Bezahlung einer Hilfskraft in der Lage ist. Denn die normale gesetzliche Regelung, wonach diese Aufgaben der Ehefrau zufallen, beruht weit weniger auf wirtschaftlichen Gesichtspunkten, als vielmehr auf der Erwägung, daß die Haushaltsführung durch die Frau dem tiefen Sinn der ehelichen Lebensgemeinschaft entspricht. Eine Ab-

weichung hiervon ist daher eine seltene Ausnahme, die dem Ehemann grundsätzlich nicht angeeignet werden darf. Hinsichtlich der allgemeinen Auswahl muß danach der Entlastungsbeweis unter Ehegatten hinter den sonst gestellten Anforderungen erheblich zurückbleiben. Man wird ihn insoweit grundsätzlich als geführt ansehen können, wenn nicht die Gegenpartei erhebliche Umstände gegen die Zuverlässigkeit der Ehefrau vorbringt.

Anders verhält es sich dagegen mit den weiteren Voraussetzungen, welche die Rechtsprechung aufgestellt hat. Insbesondere die Kontrolle der Tätigkeit der Ehefrau muß dem Ehemann durchaus in ähnlicher Weise angeeignet werden, wie dem Geschäftsherrn gegenüber einem Angestellten. Auch der Geschäftsherr kann nur gelegentlich Stichproben machen und auf solche Verrichtungen besonders achten, welche größere Gefahrenquellen für dritte Personen enthalten. Dies kann aber auch dem Ehemann sehr wohl angeeignet werden. Man kann ihm auch zumuten, bei solchen Verrichtungen der Ehefrau Anleitungen zu geben, man denke z. B. an die Verwendung elektrischer Apparate im Haushalt. Es ist daher nicht abzusehen, warum insofern § 831 BGB. nicht seine Wirkung auch unter Ehegatten äußern sollte. Was schließlich die Bestellung zu der Einzelverrichtung anlangt, so würde diese dann nicht in Betracht kommen, wenn die Einzelverrichtung sich als ein Ausfluß der Befugnis der Ehefrau zur Leitung des gemeinschaftlichen Haushaltes darstellt. Im übrigen aber wendet sich der Ehemann bei Übertragung einzelner Aufgaben an seine Frau ebenso wie jeder andere Geschäftsherr an einen Gehilfen, so daß der Ehemann überlegen müßte, ob er seiner Frau diese Tätigkeit zutrauen darf. Insofern würde mithin ebenfalls der normale Entlastungsbeweis geführt werden müssen.

Soweit es sich um die Tätigkeit der Frau im Erwerbsgeschäft des Mannes handelt, wird häufig die Übertragung der Verrichtung an bezahlte Hilfskräfte weit eher in Frage kommen als im Rahmen des ehelichen Hauswesens. Infolgedessen wird hier der Entlastungsbeweis sich nicht auf die Auswahl zu der einzelnen Verrichtung beschränken können, sondern der Ehemann wird auch darlegen müssen, daß er die Tätigkeit im Geschäft nicht einem fremden Angestellten zu übertragen brauchte, sondern daß seine Ehefrau dazu geeignet war.

Wenn sich aus dem Vorstehenden ergibt, daß der verklagte Ehemann immerhin Veranlassung hat, einen genau substantiierten Entlastungsbeweis anzutreten, so bleibt dennoch die Frage übrig, welche Maßnahmen dem Ehemann angeeignet werden können, wenn die Aufsicht über die Tätigkeit seiner Frau oder die Prüfung der Geeignetheit für die einzelne Verrichtung Bedenken gegen die Auswahl der Ehefrau rechtfertigen. Man wird hier zu erwägen haben, daß die Übertragung derselben Aufgabe an dritte Personen regelmäßig einen starken wirtschaftlichen Nachteil mit sich bringt. Dies gilt nicht nur für den Haushalt, sondern auch vom Erwerbsgeschäft, da viele Geschäfte, besonders handwerkliche Betriebe, ohne die billige Mitarbeit der Ehefrau schlechterdings nicht bestehen können. Zunächst ist aber davon auszugehen, daß auch in allen anderen Fällen die hohen Anforderungen des RG. an den Entlastungsbeweis eine starke wirtschaftliche Belastung des Betroffenen darstellen. Aus diesem Grunde allein können daher auch die entsprechenden Anforderungen bei Ehegatten nicht völlig unter den Tisch fallen. Der richtige Maßstab dürfte in dem verständigen Verhalten eines Ehegatten liegen, welcher sich seiner Verantwortung hinsichtlich der Sicherheit anderer Volksgenossen vollauf bewußt ist, ohne demgegenüber die immerhin erforderliche größere Rücksicht gegenüber seiner Ehefrau vermissen zu lassen. Wo hier die Grenze liegt, muß der Entscheidung im Einzelfalle überlassen bleiben.

Die vorstehenden Ausführungen mögen nur als Richtlinien dienen und beweisen, daß der allgemeine Satz des RG. von der praktischen Bedeutungslosigkeit des Entlastungsbeweises bei Ehegatten nicht ohne weiteres allgemeine Gültigkeit beanspruchen kann.

Kuppelei an Verlobten?

Von Rudolf Leppin, Berlin

Als im August 1936 die Strafkammer des LG. Wuppertal eine Mutter wegen schwerer Kuppelei verurteilte, weil sie in ihrem Hause den Geschlechtsverkehr ihrer Tochter mit deren Verlobten geduldet hatte, fand diese Entscheidung neben zustimmenden Äußerungen auch lebhaften Widerspruch. Auch in der Tagespresse war das Urteil Gegenstand der Erörterung. Inzwischen hat nun auch das RG. auf die Revision der Angeklagten hin zu der Frage Stellung nehmen können, ob Eltern, die den Geschlechtsverkehr ihrer verlobten Kinder in ihrer Wohnung dulden, wegen schwerer Kuppelei zu bestrafen sind. Es hat diese Frage in seinem Urteil v. 21. Jan. 1937, 5 D 807/36 (S. 701¹⁶ dieses Heftes) ohne Einschränkung bejaht.

Das RG. stützt sich darauf, daß es bereits im Jahre 1882 und seitdem in ständiger Rechtsprechung entschieden habe, daß weder in der Fassung noch in der Entstehungsgeschichte der §§ 180, 181 StGB. Anhaltspunkte dafür gegeben seien, daß das Gesetz den von Verlobten vorgenommenen Beischlaf von dem Begriffe der Unzucht habe ausschließen wollen. Da der Gesetzgeber in Kenntnis dieser Rechtsprechung des RG. keinen Anlaß gesehen habe, eine Gesetzesänderung vorzunehmen, und da auch die Entwürfe eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches von 1925 und 1927 den Beischlaf zwischen Verlobten in den Unzuchtsbegriff einbezogen hätten, sei für die §§ 180, 181 StGB. nur die Auslegung möglich, daß auch der Beischlaf zwischen Verlobten unter den Begriff der Unzucht fällt.

Das Urteil des RG. wird den gleichen Widerspruch erfahren wie das von ihm bestätigte Urteil des LG. Wuppertal. Es ist nun einmal nicht wegzuleugnen, daß in weiten Kreisen unseres Volkes in dem Geschlechtsverkehr zwischen Verlobten nichts Unerlaubtes, geschweige denn etwas Unzüchtiges gesehen wird. Man braucht sich nur zu vergegenwärtigen, daß in Teilen — und keineswegs den schlechtesten — der bäuerlichen Bevölkerung es üblich war, ein Mädchen erst dann zur Bäuerin zu nehmen, wenn sie dem Verlobten durch den Beginn einer Schwangerschaft bewiesen hatte, daß sie ihm Kinder, vor allem den Hoferben schenken könne. Dieser doch gewiß ethisch-sittlich nicht verwerfliche Brauch soll nun Unzucht sein, weil er unter den strafrechtlichen Begriff der Unzucht — „jedes gegen Zucht und Sitte verstößende, nicht auf die Person des Unzuchttreibenden beschränkte Verhalten oder Handeln im Bereiche des geschlechtlichen Umgangs, den Verkehr zwischen Ehegatten ausgenommen“ (SpzKomm., § 180 Ziff. 2) — fällt? Es mag sein, daß man früher, da man nur nach objektiven Normen urteilen konnte, zu keinem anderen Ergebnis kommen konnte. Heute aber läßt sich diese Entscheidung mit dem allgemeinen Volksempfinden nicht vereinbaren.

Wenn Gleispach — worauf sich das RG. stützt — in Gürtner, „Das kommende deutsche Strafrecht“, 2. Aufl., S. 206/7, ausführt, daß eine — doch nur auf die in manchen Bevölkerungskreisen herrschende Anschauung über den Verkehr zwischen den Verlobten gestützte — im Gesetz festgestellte Straflosigkeit dieses Verkehrs sehr unerwünschte Schlüsse und Folgen nach sich ziehen könnte und deswegen in das neue Strafrecht eine derartige Bestimmung nicht aufgenommen werde, so ist dem allerdings beizupflichten. Wenn aber aus allgemeinen Rücksichten, aus Erziehungs- und Ordnungsgründen eine Handlung nicht ausdrücklich im Gesetz für straflos erklärt wird, so kann man daraus durchaus noch nicht folgern, daß eine solche Handlung auf jeden Fall unter Strafe fallen müsse. Man wird hier eben von den objektiven Grenzen der Unzucht abgehen und in jedem einzelnen Fall prüfen müssen, ob ein Verhalten unter den obwaltenden Umständen den Charakter des Sittenlosen und Unzüchtigen trägt oder nicht. Das Leben ist nun einmal nicht gleichförmig, sondern

wechselvoll, und es ist durchaus denkbar, daß eine Handlung in dem einen Fall unzüchtig und im anderen nicht unzüchtig ist. Gewiß ist das mißlich, für die Einhelligkeit und Einheitlichkeit der Rechtsprechung ungünstig und für die erkennenden Gerichte schwierig, das kann aber nicht ausschlaggebend sein, denn im Vordergrund der Betrachtung hat die Frage der Gerechtigkeit zu stehen. Für die Frage der Gerechtigkeit kommt es jedoch auf das gesunde Volksempfinden an. Wenn die sittlichen Anschauungen weiterer Bevölkerungskreise in dem Geschlechtsverkehr zwischen Verlobten kein unzüchtiges Verhalten erblicken, sofern nicht andere Umstände diesen Verkehr scham- und sittenlos erscheinen lassen, so wird das gesunde Volksempfinden — also auch das Empfinden derjenigen Volksgenossen, die den Geschlechtsverkehr zwischen Verlobten für unzüchtig halten — eine Straflosigkeit derjenigen Eltern verlangen, die infolge dieser sittlichen Anschauungen ihrer Kreise den Geschlechtsverkehr ihrer verlobten Kinder zulassen.

Etwa zu dem gleichen Ergebnis kommt auch Schäfer (DZ. 1937, 317), der mitteilt, daß der Entwurf in dieser Frage dem Richter (im Vorverfahren dem Staatsanwalt) die Prüfung überträgt, ob im Einzelfall eine strafbare Kuppelei vorliegt. Hierzu gibt der Entwurf dem Richter die Freiheit zu einer Entscheidung, „die den sittlichen Anschauungen der Bevölkerung wie den besonderen Umständen der Einzelfälle in vollem Maß Rechnung trägt, also z. B. auch festzustellen, daß keine Unzucht und deshalb auch keine Kuppelei vorliegt, oder daß die Umstände eines Falles so gelagert sind, daß diese ein Absehen von Strafe rechtfertigen“ (Schäfer a. a. D.).

Das RG. erwähnt noch die Bemerkung Gleispachs, daß man in „entschuldbaren Fällen“ mit dem „Erfordernis des Unrechtsbewußtseins“ arbeiten könne, und fügt hinzu, daß dieses Erfordernis jedoch nach dem geltenden Recht, wie das RG. es in ständiger Rechtsprechung auslege, für Fälle wie den zur Beurteilung stehenden nicht gelte. Gleichwohl brauchte das RG. nicht zu einer Verurteilung zu kommen. Denn die Auslegung des Begriffes der „Unzucht“, die Berücksichtigung des gesunden Volksempfindens und der sittlichen Anschauungen der in Betracht kommenden Bevölkerungskreise sowie der Umstände der Einzelfälle, ist nicht abhängig von einem neuen Strafgesetzbuch, sondern ist heute schon möglich, ist als geltendes Recht anzuwenden. Man wird daher in Übereinstimmung mit Schäfer a. a. D. zu dem Ergebnis kommen müssen, daß jetzt und in Zukunft Eltern wegen schwerer Kuppelei aus § 181 Ziff. 2 StGB. nicht bestraft werden dürfen, wenn mit Rücksicht auf die Volksempfindung und die Umstände des Einzelfalles der Geschlechtsverkehr zwischen den Verlobten nicht unzüchtig ist.

Schließlich sei gegenüber der Ansicht des RG., daß der Beischlaf zwischen Verlobten ohne jede Einschränkung als Unzucht anzusehen ist, darauf hingewiesen, daß auch schon unser geltendes Recht eine Bestimmung kennt, die eine andere Auffassung vom Geschlechtsverkehr der Verlobten zumindest möglich erscheinen läßt (§ 1300 BGB.). Es ist nicht anzunehmen, daß der unbescholtene Verlobte nach Auflösung des Verlöbnisses gegen ihren Verlobten ein Entschädigungsanspruch für die Gestattung der Bewohnung erwährt worden wäre, wenn man in dieser Bewohnung in jedem Fall eine absolute Unzuchtshandlung hätte erblicken wollen. Es hätte dieser Bestimmung auch nicht bedurft, wenn nicht der Geschlechtsverkehr zwischen Verlobten in weiten Kreisen üblich gewesen wäre (über den Umfang dieser Übligkeit vgl. G. Vohne, Festgabe für Frank, 1930, Bd. II S. 460 ff.).

Im übrigen beruht die Ansicht des RG., daß der Ent-

wurf 1927 ebenfalls den Beischlaf zwischen Verlobten in den Unzuchtsgesetz einbezogen habe, offensichtlich auf einem Irrtum. Wie Prof. Wolf, Freiburg, in dem während der Drucklegung dieser Zeilen erschienenen Heft 5 der Akad. Z. S. 151, unter Hinweis auf den Wortlaut der Begründung des Entwurfs von 1927 (§ 307 Abs. 2) S. 151 und auf die Sitzungs-

protokolle der 90/91. Sitzung des 21. Ausschusses v. 31. Okt. und 18. Nov. 1929 ausführt, hat der Entwurf die Duldung des Beischlafs zwischen Verlobten ausdrücklich von der Kupfelpflicht ausgenommen.

Auch Wolf kommt mit im wesentlichen gleicher Begründung zu dem obenstehenden Ergebnis.

Die Wiederaufnahme intra (nicht praeter) legem

Von Amtsgerichtsrat Dr. Dannehl, Staßfurt

Die Ausführungen von Prof. Siegert (JW. 1937, 208) können aus der Praxis nur unterstrichen und ergänzt werden.

1. Zweifellos besteht heute ein dringendes Bedürfnis daran, die schädlichen Folgen der kasuistisch-formalistischen Fassung des § 580 ZPO. zu beseitigen. Anträge hierzu (schon seit Jahren gestellt) sind leider immer zurückgestellt worden. Deshalb muß die Praxis neue Wege zur Selbsthilfe schaffen, weil Treu und Glauben im Rechtsverkehr die Beseitigung von Fehlentscheidungen fordern.

2. Auf dem Hauptgebiet des Alimentenprozesses hilft heute die Feststellungsklage auf nicht blutmäßige Abstammung (JW. 1937, 156 ist die erste Bestätigung zu finden), die ohne weiteres als zulässig zu erachten ist, da jeder Vater ein berechtigtes Interesse daran hat, klarzustellen, ob sein Blut in seinem Zahlkinde vererbt ist. (Denn nur unter dieser Voraussetzung wird er sich künftig dazu verstehen, das uneheliche Kind in seine Familie aufzunehmen!) Ist dann durch ein Gutachten usw. die Unmöglichkeit der Erzeugung durch den Zahlvater festgestellt, kann ohne weiteres auf Grund des § 580 Ziff. 7b geholfen werden. Der Zahlvater ist nunmehr imstande, eine bisher unbekannte Urkunde zu benutzen und dadurch eine ihm günstigere Entscheidung (Abweisung der Alimentenklage!) herbeizuführen. Nur wer praktisch denken

kann, kann die Scholastik überwinden. Eine uferlose Wiederaufnahme ist sicher nicht zu befürchten. Auf jeden Fall ist die Mehrarbeit eine Freude für jeden, der Zweifel an Entscheidungen hat und sich nach der Gerechtigkeit sehnt. Es ist sicher unschädlicher, einen Prozeß mehr zu führen, als Entscheidungen aufrechtzuerhalten, die nur einem formalen Rechtsdenken ihre Entstehung verdanken und der Wahrheit in das Gesicht schlagen.

3. Natürlich kann auch durch den Gesetzgeber leichte folgende Handhabe:

„Die Wiederaufnahme nach § 580 ZPO. ist auch zuzulassen, wenn ein Urteil der nationalsozialistischen Gerechtigkeit widerspricht.“

geschaffen werden.

Aber ist diese Generalklausel wirklich nötig?

Als ungeschriebenes Gesetz ist sie bereits in Kraft und gibt auf jeden Fall die Möglichkeit, in der Auslegung des § 580 (also intra legem) die Wiederaufnahme zu erweitern.

Die Praxis wird und muß die neuen Wege finden, die das Vertrauen zur Rechtspflege und zur Gerechtigkeit wieder untermauern. An formalistischen und technischen Klippen darf künftig eine „totale Havarie“ nicht mehr entstehen!

Versäumung von Amnestiefristen

Von Regierungsrat Dr. Friesede, Karlsruhe

Nach Ablauf der Amnestiefrist auf Grund des Ges. über Gemährung von Straffreiheit bei Delikten widerhandlungen v. 15. Dez. 1936 wird die Frage entstehen, ob und inwieweit bei unverschuldeter Versäumung der Frist Nachsicht in Frage kommt.

Hinsichtlich der Steueramnestiefristen hat sich der RStB. bereits wiederholt mit der Frage der Nachsicht wegen unverschuldeter Fristversäumung zu befassen gehabt. Seine Rechtsprechung zu dieser Frage ist nicht einheitlich. In einem Ur. v. 1. Nov. 1932, IA 287/32 (RStBl. 1932, 1102) hatte der RStB. den strengen Standpunkt eingenommen, daß die Amnestie durch Versäumung der Frist unter allen Umständen ausgeschlossen werde, und zwar auch dann, wenn die erforderliche Anzeige rechtzeitig abgesandt, aber der zuständigen Behörde verspätet zugegangen ist, und auch wenn der verspätete Zugang auf vom Steuerpflichtigen nicht vertretbare Umstände zurückzuführen ist, den Steuerpflichtigen also an der Verpätung keine Schuld trifft. Im Gegensatz hierzu hat der RStB. in einem Ur. v. 16. Dez. 1932, VA 498/32 (RStB. 32, 19 u. JW. 1933, 278) entschieden, daß bei unverschuldeter Versäumung der Amnestiefrist grundsätzlich gemäß § 86 RAbgD. Nachsicht gewährt werden könne, da es sich bei der Amnestiefrist ebenso wie bei einer Rechtsmittelfrist um eine an die Handlung des Steuerpflichtigen geknüpfte Steuerbegünstigung handle, auf die der Steuerpflichtige einen Rechtsanspruch habe, und demnach die Amnestiefrist einer Rechtsmittelfrist i. S. des § 86 RAbgD. gleichzuachten sei.

Diese Auffassung des RStB., daß auch bei einer Amnestiefrist gemäß § 86 RAbgD. Nachsicht wegen unverschuldeter

Versäumung gewährt werden könne, ist in der Verwaltung nicht anerkannt worden. Staatssekretär Reinhardt hat hierzu in der DStZ. (1936, 476/77) u. a. ausgeführt, daß nur die rechtzeitigige Anzeige innerhalb der Amnestiefrist die Amnestiewirkungen auslöse und daher die Versäumung der Frist ohne Rücksicht auf Entschuldbarkeit einen Rechtsanspruch auf die Amnestie ausschließe, so daß nur im Gnadenwege durch die zuständigen Verwaltungsbehörden Nachsicht bei Vorliegen besonderer Billigkeitsgründe gewährt werden könne. Dieser Auffassung hat sich der RStB. in einem neuen Ur. v. 6. Nov. 1936, VI A 139/35 (RStBl. 1936, 1194) angeschlossen und in den Entscheidungsgründen hervorgehoben, daß es sich bei der Amnestiefrist um eine kalendermäßig genau festgelegte Ausschlussfrist handle, die ihrem Wesen nach einer Rechtsmittelfrist nicht gleichgestellt werden könne, so daß also, soweit in den Amnestievorschriften selbst eine Nachsichtgewährung wegen unverschuldeter Fristversäumung nicht vorgesehen sei, eine entsprechende Anwendung des § 86 RAbgD. ausscheide.

Der gleiche Grundgedanke muß m. E. auch für die Amnestiefrist auf Grund des Ges. v. 15. Dez. 1936 gelten. Auch bei dieser handelt es sich um eine kalendermäßig genau festgelegte Frist, für deren unverschuldete Versäumung im Gesetz selbst keine Nachsicht vorgesehen ist. Es besteht daher m. E. auch wegen unverschuldeter Versäumung dieser Amnestiefrist kein Rechtsanspruch auf Nachsicht bzw. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (§ 44 StPO.), so daß also auch hier die Folgen unverschuldeter Fristversäumung nur im Gnadenwege bei Vorliegen besonderer Billigkeitsgründe beseitigt werden können.

Die Haftung des Reichs- (Wehrmacht-) Fiskus bei Unfällen von Heereskraftfahrzeugen

Von Intendanturrat Dr. Hof, Wehrkreisverwaltung VIII, Breslau

Das Reich haftet bei Dienstfahrten in Ausübung öffentlicher Gewalt:

1. Nach § 839 BGB., Art. 131 RVerf. und § 1 BeamtenhaftpflichtG. von 1910 bei Amtspflichtverletzung eines Beamten auf vollen Schadenersatz, Rente und Schmerzensgeld.

2. Nach § 7 KraftfG. als Halter des Fahrzeuges ohne Verschulden. Die Ersatzpflicht ist bei unabwendbarem Ereignis ausgeschlossen (§ 7 Abs. 2). Im übrigen ist die Haftung begrenzt: Kein Schmerzensgeld, Rente nur bis 125 RM monatlich (§ 12).

Nach § 839 Abs. 1 Satz 2 i. Verb. m. § 1 BeamtenhaftpflichtG. haftet das Reich nicht, wenn der Geschädigte auf andere Weise Ersatz verlangen kann. Ist der Geschädigte versichert, kann er deshalb nur die Versicherung in Anspruch nehmen, nicht das Reich. Hat die Versicherung gezahlt, so kann sie auch nicht nach § 67 BGB. die übergegangenen Ansprüche des Geschädigten geltend machen, da letzterer niemals einen Anspruch gehabt hat (RGZ. 145, 61 = JW. 1934, 2543⁴).

Anders ist die Rechtslage aber, wenn der Geschädigte den Fiskus nicht nur nach § 839; Art. 131 RVerf. und § 1 BeamtenhaftpflichtG., sondern daneben auch als Halter nach § 7 KraftfG. in Anspruch nimmt. Nach RGZ. 145, 181 = JW. 1934, 3273¹⁰ m. Anm. handelt es sich hier um zwei selbständige Haftungsgründe, einmal um eine Verschuldenshaftung (§ 839; Art. 131; § 1 BeamtenhaftpflichtG.), das andere Mal, vom unabwendbaren Ereignis abgesehen, um eine Gefährdungshaftung (§ 7 KraftfG.). § 839 Abs. 1 Satz 2 soll deshalb nicht für § 7 KraftfG. gelten. Der Versicherte kann deshalb den Fiskus trotz § 839 Abs. 1 Satz 2 nach dem KraftfG. in Anspruch nehmen.

Der Fahrer haftet bei Fahrten in Ausübung öffentlicher Gewalt nicht:

1. Nicht nach § 839 BGB. Diese Haftung wird nach § 1 BeamtenhaftpflichtG. ausgeschlossen. An seine Stelle tritt das Reich.

2. Auch nicht nach § 18 KraftfG. Obwohl das RG. die Ansprüche gegen das Reich nach § 839 BGB., § 1 BeamtenhaftpflichtG. und § 7 KraftfG. als zwei selbständige Haftungsgründe ansieht, verneint es dies bei dem nach § 839 BGB. und § 18 KraftfG. in Anspruch genommenen Fahrer. Hier soll es sich lediglich um eine verschiedene Verteilung der Beweislast handeln. § 839 Abs. 1 Satz 2 gilt auch für § 18 KraftfG. Der versicherte Geschädigte kann den Heeresfahrer auch nicht nach § 18 KraftfG. in Anspruch nehmen (RGZ. 125, 98; 145, 182 = JW. 1934, 3273¹⁰).

Bei Fahrten ohne Ausübung öffentlicher Gewalt haftet das Reich:

1. Nach § 7 KraftfG. als Halter.

2. Darüber hinaus nach § 831 BGB. auf Schadenersatz, Rente und Schmerzensgeld in beliebiger Höhe. Hier ist jedoch der Entlastungsbeweis zulässig, der erfahrungsgemäß infolge der strengen Beaufsichtigung der Heeresfahrer gelingt.

Der Fahrer haftet:

1. Nach § 823 BGB. bei Verschulden auf vollen Schadenersatz, Rente und Schmerzensgeld.

2. Nach § 18 KraftfG. im Rahmen dieses Gesetzes. Hier kann er jedoch den Entlastungsbeweis führen, daß ihn kein Verschulden trifft.

3. Nach § 839, falls man auch bei Fahrten ohne hoheitlichen Charakter in der Übertretung der StraßVerfD. eine Amtspflichtverletzung sehen würde. Das RG. bejaht dies bei Fahrten in Ausübung öffentlicher Gewalt, da die Erfüllung der allgemeinen Verkehrssicherheitspflicht auch zu den einem Dritten gegenüber obliegenden Amtspflichten gehört (RGZ. 139, 152 = JW. 1933, 1189¹¹).

Für den privaten Unternehmerbetrieb des Staates — Post, Eisenbahn — hat das RG. dagegen ausgesprochen, daß die

Beachtung der Verkehrsvorschriften nicht zu den einem Dritten gegenüber obliegenden Amtspflichten gehört (RGZ. 139, 152). Dies muß auch bei Heeresfahrten ohne öffentliche Gewalt gelten, da bei derartigen Fahrten eine unterschiedliche Behandlung des Zivil- und Postfahrers einerseits und des Heeresfahrers andererseits nicht begründet ist.

Es ist deshalb für die Haftung der Beteiligten von größter Bedeutung, ob die Fahrt in Ausübung öffentlicher Gewalt unternommen worden ist oder nicht.

Das RG. sagt in seiner grundsätzlichen Entscheidung RGZ. 107, 270: Der Soldat ist in Amtsausübung, wenn er im Dienst ist. Und jede Amtsausübung ist öffentliche Gewalt, wenn sie sich nicht als Wahrnehmung privater Interessen des Staates darstellt. Demzufolge meint das RG. in RGZ. 108, 387, daß eine Handlung dann Ausübung öffentlicher Gewalt sei, wenn sie in enger Beziehung zur Ausbildung und Förderung der militärischen Verwendungsmöglichkeit der Truppe stehe. Hiernach erklärte das RG. eine Fahrt für hoheitlich, bei der Sägespäne für den Pferdeestall geholt wurden. Und nach RG.: JW. 1927, 2199 wurde auch Holz für die verheirateten Angehörigen einer Batterie in Ausübung öffentlicher Gewalt gefahren, weil deren Wohlergehen im engsten Zusammenhang zur Verwendungsfähigkeit der Truppe stehe.

Die Formel des RG. erscheint auf den ersten Blick als sehr praktisch. Jedoch müssen die angegebenen Entscheidungen zum Nachdenken anregen. Und die sehr weitherzige Ausdehnung dieser Formel in der Praxis zeigt ihre Nachteile: Jeden Vorgang bei der Truppe kann man in enge Verbindung zu ihrer militärischen Ausbildung und Verwendungsfähigkeit bringen, auch wenn er rein wirtschaftlicher Natur ist.

Folgendes Beispiel soll dies zeigen:

Ein Heeresfahrzeug bringt vom Verpflegungsamt Brot zur Truppe. Die Fahrt ist nach dem RG. ein hoheitlicher Akt, da sie — ebenso wie Brennholz und Sägespäne — in enger Beziehung zur Verwendungsfähigkeit der Truppe steht. Da das Heeresverpflegungsamt Mangel an Kraftwagen hat, läßt es sich einen Teil der Brote durch Privatunternehmer befördern. Hier dürfte wohl niemand auf den Gedanken kommen, daß letztere Privatpersonen durch den Transport von Broten hoheitliche Befugnisse wahrnehmen würden. Das gleiche gilt auch für die oben erwähnten RG.-Entscheidungen, falls die Sägespäne und das Brennholz durch Zivilpersonen gefahren worden wären.

Die Formel des RG. führt also dazu, daß gewöhnliche Vorgänge des Wirtschaftslebens nur deshalb Ausdruck öffentlicher Gewalt des Staates sein sollen, weil ein Soldat gehandelt hat, obwohl die gleiche Handlung mit demselben Erfolg ebensogut von einer Zivilperson hätte vorgenommen werden können.

Diese Ansicht des RG. steht aber mit seiner eigenen Lehre im Widerspruch. Einmal hält es die öffentliche Gewalt für einen materiellrechtlichen Begriff, indem es bei der Amtstätigkeit des Beamten die hoheitsrechtliche von der privatwirtschaftlichen Tätigkeit scheidet, also auf die Art der Tätigkeit abstellt. Andererseits entscheidet es die gleichen wirtschaftlichen Vorgänge verschieden, je nachdem ein Soldat oder Zivilist gehandelt hat, obgleich die Art ihrer Tätigkeit dieselbe ist.

Die vom RG. angewandte Formel — enge Beziehung zur Ausbildung und militärischen Verwendungsfähigkeit — führt deshalb nicht zu einem klaren Unterschied zwischen privatrechtlicher und hoheitsrechtlicher Betätigung des Heeresfahrers.

Die Rechtsprechung des RG. zeigt, daß keine Definition einen Erfolg verspricht, die mit einem engen oder unmittelbaren Zusammenhang arbeitet. Wann dieser unmittelbar, und wann nur mittelbar ist, darüber kann man sehr verschiedener Meinung sein.

Zur Klärung dieser Frage soll von folgendem ausgegangen werden:

Die in der militärischen Einheit organisierte Menschenzahl hat genau dieselben Wirtschaftsbedürfnisse wie andere Personengesamtheiten oder Einzelmenschen. Diese Bedürfnisse sind insbesondere auf Ernährung, Bekleidung und Unterkunft gerichtet. Die Befriedigung dieser Bedürfnisse, wie Transport von Verpflegung, Bekleidung und Unterkunftsmittel, sind deshalb als normale Vorgänge des Wirtschaftslebens anzusehen. Das geht schon daraus hervor, daß die diesbezüglichen Fahrten für die Truppe auch durch Privatunternehmer durchgeführt werden. Es ist einfach unmöglich, daß der Transport von zwei Wagen Sägespänen für einen und denselben Stall einmal ein hoheitlicher und einmal ein gewöhnlicher Vorgang des Wirtschaftslebens sein soll, je nachdem er von einem Heeresfahrzeug oder einem Fuhrunternehmer ausgeführt wird. Fahrten mit reinem Transport- oder Beförderungszweck, die jederzeit Privatunternehmern übertragen werden können, müssen deshalb als reine Wirtschaftsfahrten ohne hoheitlichen Charakter angesehen werden.

So läßt sich auch eine klare Trennung zu den Fahrten ziehen, die Ausdruck des eigentlichen Waffenhandwerks, des staatlichen Militärhoheitsrechts, sind. Öffentliche Gewalt ist deshalb nur bei solchen Fahrten anzunehmen, die in der Personen- und Güterbeförderung des Wirtschaftslebens keine Parallele mehr finden, sondern nur durch die Truppe selbst und die ihr zur Verfügung stehenden militärischen Mittel erfüllt werden können. Bei Fahrten mit hoheitlichem Charakter muß der Militärkraftfahrer den übrigen Straßenbenutzern nicht als ein Teilnehmer am öffentlichen Verkehr, sondern als übergeordnetes Subjekt, als Ausdruck der Staatsgewalt und des Wehrhoheitsrechts, erscheinen. Und dies nur rechtfertigt die Befreiung des Heeresfahrers von den Verkehrsvorschriften, falls die militärische Aufgabe es erforderlich machen sollte (§ 32 Abs. 1 RStV). Diese übergeordnete Stellung des Heeresfahrers wird jeder Volksgenosse schon rein gefühlsmäßig bei folgenden Fahrten annehmen:

1. Truppenübungen, Geländeerkundungen, Patrouillenfahrten, Ausrücken motorisierter Verbände auf den Exerzierplatz, und zwar auch beim An- und Abmarsch, kriegs- und friedensmäßigem Einsatz der Truppe.
2. Transport von nicht handelsüblichen Gegenständen, etwa Munition, Waffen, Funkgeräten, Transport einer Kasernen-

wache, einer militärischen Einheit ins Manöver oder auf den Exerzierplatz (nicht dagegen zu einer Badeanstalt, einer Kinovorführung).

3. Schließlich alle Lehr-, Ausbildungs- und Fortbildungsfahrten, da diese der Waffenausbildung gleichzusetzen sind.

Im Gegensatz hierzu haben folgende Fahrten keinen hoheitlichen Charakter und gliedern sich in den gewöhnlichen Transport und Beförderungszweck des Straßenverkehrs ein:

1. Fahrten von Militärpersonen von einer Dienststelle zur anderen, sei es in der Stadt, sei es über Land. Dies ergibt sich schon daraus, daß bei gewissen Entfernungen die Eisenbahn benutzt werden muß, und der dienstreisende Heeresangehörige nichts anderes als ein gewöhnlicher Reisender ist.
2. Transport von Kranken in Militärkrankenwagen, da hier ebenso der Wagen des städtischen Krankenhauses benutzt werden könnte.
3. Transport von Bekleidung, Verpflegung und Unterkunftsgegenständen und aller handelsüblichen Geräte.
4. Einfahren, Abschleppen und Überführen von Heeresfahrzeugen.

Der Zweck dieser Fahrten läßt keine Befreiung von den Verkehrsvorschriften zu. Eine evtl. Befreiung der Militärkrankenwagen beruht nicht auf § 32 Abs. 1, sondern auf § 32 Abs. 3 RStV (dem gemeinen Wohl dienend). Es würde jedem Verkehrsteilnehmer unverständlich erscheinen, wenn bei einem Transport von Sägespänen, Holz, Kohlen, Brot eine Befreiung von den Verkehrsvorschriften auch nur möglich sein könnte (s. hierzu Eten in JW. 1936, 2770 und in „Christophorus“ 1936, 180).

Die nicht hoheitliche Natur dieser Fahrten ergibt sich auch daraus, daß die höheren Stäbe und Heeresverwaltungsbehörden handelsübliche Fahrzeuge zu Dienstfahrten verwenden, und diese von Zivilangestellten gelenkt werden. Auch die Lastwagen der Heeresstandortverwaltungen, Heeresverpflegungsämter, Zeugämter usw., die insbesondere die Fahrten zu 3 ausführen, sind handelsübliche Fahrzeuge und werden von Zivilangestellten gesteuert.

Hieraus ergibt sich, daß die Formel — engste Beziehung zur Ausbildung und Förderung der militärischen Verwendungsmöglichkeit der Truppe — zu keinem befriedigenden Ergebnis führt. Eine klare Trennung läßt sich dagegen ziehen, wenn man der Personen- und Güterbeförderung des Wirtschaftslebens die nur durch militärische Mittel zu erfüllenden wehrhoheitlichen Aufgaben gegenüberstellt.

Der Straßenausbau als Voraussetzung für die Erhebung von Anliegerbeiträgen gemäß § 15 FluchtG.

Von preuß. Oberverwaltungsgerichtsrat i. R. Dr. von Elbe, Berlin

Die Anlieger der im § 15 Abs. 1 FluchtG. genannten Straßen, also im wesentlichen der „neuen Straßen“, können (s. u. a. DWG. 67, 151) zu Beiträgen gemäß § 15 nur dann herangezogen werden, wenn zwei Voraussetzungen zusammen treffen:

1. es muß auf einem an der Straße angrenzenden Grundstücke seit Beginn ihrer Anlegung ein Gebäude durch den Eigentümer errichtet worden sein;
2. die Gemeinde muß den Ausbau der Straße mit der Möglichkeit der Kostenberechnung vollendet haben.

Im folgenden soll mit Rücksicht auf die in diesem Heft S. 711²⁸ abgedruckte Entscheidung des DWG. v. 17. Nov. 1936 ausschließlich die zweite der beiden für die Entstehung der Beitragspflicht notwendigen Voraussetzungen behandelt und insbesondere erörtert werden, wann diese Voraussetzung für die Gesamtanlage oder für Abschnitte oder für Teileinrichtungen einer Straße des § 15 a. a. D. eintritt.

Vorweg sei bemerkt, daß eine Straße nicht erst dann in der Anlegung begriffen ist, wenn Arbeiten an ihr vorgenom-

men werden; vielmehr ist mit dem Beginn der Anlegung schon zu rechnen, sobald der Wille der Gemeinde, die Straße auszubauen, festgestellt wird; dieser Wille muß den Beteiligten, insgesamt oder im einzelnen (DWG. 92, 35), erkennbar gemacht werden; die Festsetzung von Fluchtlinien kann für gewöhnlich den Beginn der Anlegung bedeuten (DWG. 62, 205; aber auch 92 a. a. D.).

Im übrigen ist für die Frage der Vollendung der Straße „in einer dem Bedürfnisse entsprechenden Weise“ (§ 15 a. a. D.) das Bauprogramm der Gemeinde entscheidend. Dieses für alle Ortsstraßen gleichmäßig oder für einzelne Straßengruppen oder auch für einzelne besonders geartete Straßen geltende Bauprogramm regelt zunächst den technischen Ausbau (Pflasterung, Beleuchtung, Entwässerung, Bürgersteige), es stellt „den Inbegriff derjenigen Anforderungen dar, welche die Gemeinde nach ihrem Ermessen an die Einrichtung und Beschaffenheit ihrer Ortsstraßen stellt, damit sie nach den örtlichen Verhältnissen und den etwa für einzelne Straßen in Betracht kommenden besonderen Verhältnissen dem Bedürfnis

entsprechen“ (DVG. 74, 82; 62, 184; 69, 172). Von wesentlicher Bedeutung — auch für die Entstehung der Beitragspflicht — ist, daß das freie Ermessen der Gemeinde über den Inhalt des Bauprogramms entscheidet. Wie eine Gemeinde ihr Bauprogramm gestalten wollte, ist nicht immer ohne weiteres festzustellen. Am klarsten ergibt sich der Gemeindeville aus ortsstatutarischen Bestimmungen über den Straßenausbau, denen einzelne Gemeindebeschlüsse über denselben Gegenstand gleichwertig sein können. Lediglich als Erkennungsmittel können dienen ortspolizeiliche oder gemäß § 12 FluchtG. erlassene Vorschriften, auch die Beschaffenheit gleichartiger Straßen (DVG. 74, 86; Scholz, Dff. Grundstücksrecht S. 24). Daß eine Gemeinde vor Fertigstellung aller erforderlichen Straßenarbeiten das Bauprogramm ändern kann, hat das DVG. — abgesehen von dem Sonderfall in RVerwBl. 55, 427 — stets angenommen (insbes. DVG. 51, 76 u. 69, 172).

Entspricht eine Straße in allen Einzelheiten und auch in den Nebenpunkten (DVG. 74, 87) dem Bauprogramm, so ist sie „programmgemäß fertiggestellt“, also vollendet. Die zweite der beiden oben genannten Voraussetzungen — hier ausschließlich behandelt — für die Entstehung der Anliegerbeitragspflicht ist damit erfüllt. Mit der Vollendung muß selbstverständlich der Gemeinde die Möglichkeit gegeben sein, die Ausbaukosten zu berechnen, da nur auf dieser Grundlage die Anlieger zu Beiträgen herangezogen werden können.

Wie in DVG. 69, 172 anerkannt, umfaßt das Bauprogramm im weiteren Sinne nicht nur die technische Art der Straßenausführung (Pflasterung, Entwässerung usw.), sondern ebenso die Entschließung darüber, ob eine Straße in ganzer Ausdehnung oder in Abschnitten ausgebaut werden soll. Ausnahmsweise kann daher die Anliegerbeitragspflicht nicht erst für die ganze Straße, sondern ebenso — räumlich — für die vollständige Herstellung von Straßenteilen und — sachlich — von Teileinrichtungen begründet werden.

1. Ein Straßenabschnitt darf nicht willkürlich gebildet werden, er muß äußerlich als selbstständig erscheinen, also durch Querstraßen, Brücken u. dgl. als solcher erkennbar von der übrigen Straße getrennt sein (DVG. 94, 60). Dies vorausgesetzt, bleibt es dem Willen der Gemeinde überlassen, ob für die Kostenerstattung selbständige Straßenabschnitte gebildet werden sollen. Ortsgesetzliche Vorschriften über Abschnittsbildung sind hierbei zu beachten, jedoch ist es nicht erforderlich, daß die Ortsatzung eine besondere Ermächtigung an den Gemeindevorstand ausspricht, derartige Abschnitte zu schaffen (DVG. 69, 172; 76, 149). Wie für ganze Straßen kann also

schon für selbständige Straßenteile die Beitragspflicht der Anlieger entstehen, sobald ein derartiger Abschnitt programmgemäß hergestellt worden ist.

2. Will eine Gemeinde die Anlieger bereits nach Fertigstellung bestimmter Teileinrichtungen zu Beiträgen heranziehen (Kostenspaltung), so muß sie hierzu — im Gegensatz zu dem unter 1 Gesagten — durch ortsgesetzliche Vorschrift ermächtigt worden sein.

Formell maßgebend ist die zur Zeit der Vornahme der Heranziehungen geltende Ortsatzung (DVG. 75, 105). Sachlich muß die Ortsatzung die Teileinrichtungen klar bezeichnen, welche abgespalten werden sollen; diese Bestimmung allgemein dem Belieben der Gemeinde zu überlassen, ist unzulässig und macht das Statut ungültig (DVG. 93, 52). Vielmehr darf die Satzung nur eine Abspaltung gemäß der Vorschrift des § 15 Abs. 1 FluchtG. zulassen, also die Kosten der Freilegung, ersten Einrichtung, Entwässerung, Beleuchtung, sowie der Bürgersteige (DVG. a. a. O. und 91, 45). Beispiele unzulässiger Spaltungsvorschriften hat das DVG. in DVG. 68, 155; 74, 103 (Unterhaltungskosten) und in DVG. 91, 45 (Längsabschnitte) behandelt. Ebenso wenig wie die Anlieger einen Anspruch auf Bildung von Straßenteilen haben, haben sie einen solchen auf Kostenspaltung. Daher entsteht die Beitragspflicht erst dann, wenn eine rechtsgültige Spaltungsvorschrift vorhanden ist und die Gemeinde von ihr Gebrauch gemacht hat (DVG. 71, 150; 75, 108; 77, 158). Ob sie aber von den statutarischen Spaltungsbestimmungen Gebrauch machen will, beruht, wie bei der Bildung von Straßenabschnitten, allein auf dem freien Ermessen der Gemeinde (DVG. 76, 152).

3. Straßenteile gelten wie ganze Straßen; daher können vollständig ausgeführte Teileinrichtungen auch für solche Abschnitte im Wege der Kostenspaltung abgerechnet werden; dabei ist jedoch der ganze rechtsgültig gebildete Abschnitt die Grundlage für die gesamte Berechnung und Heranziehung; Teileinrichtungen, deren Kosten die Anlieger belasten sollen, müssen sich also auf den Abschnitt in seiner ganzen Länge erstrecken (DVG. 76, 155; 94, 61).

In der S. 711²⁸ abgedruckten Entscheidung hat das DVG. gemäß der bisherigen Rechtsprechung darauf verwiesen, daß Anliegerbeiträge grundsätzlich für die gesamte Straßenanlage erhoben werden müssen, daß aber die beiden oben dargelegten Ausnahmen statthaft sind und über diese besonderen Arten der Heranziehung der Wille der Gemeinde entscheidet.

Können deutsche Gläubiger mit italienischen Schuldern die Anwendung deutschen Rechts mit Rechtsverbindlichkeit für die italienischen Gerichte vereinbaren?

Von Rechtsanwalt Dr. Guido Bernardi, Mailand

Die vorliegende Frage, deren Beantwortung nach deutschem und nach italienischem Recht für die zwischenstaatlichen Beziehungen der deutschen und der italienischen Kaufmannschaft von größter Bedeutung ist, ist in dem nachstehend geschilderten Fall praktisch geworden und zur gerichtlichen Entscheidung durch die italienischen Gerichte gelangt.

Eine in Triberg (Schwarzwald) ansässige Firma verkaufte an eine Firma in Triest Eisenwaren und vereinbarte dabei die Gültigkeit ihrer Verkaufsbedingungen, welche u. a. folgende Bestimmungen enthielten:

„Erfüllungsort für Lieferung und Zahlung ist Triberg. Als Gerichtsstand gilt das AG. Triberg und das LG. Offenburg.“

Die italienische Firma verweigerte unter Berufung auf Mängelrügen die Bezahlung; darauf erhob die deutsche Firma vor dem Tribunal in Triest Klage. Die italienische Firma

wandte ein, daß auf Grund der Verkaufsbedingungen der Triberger Firma deutsches Recht zur Anwendung komme, und daß sie nach diesem berechtigt sei, Mängelrüge zu erheben und Wandlung zu verlangen. Die deutsche Firma erklärte, nach italienischem Recht sei die Mängelrüge verjährt. Das Tribunal in Triest verurteilte die Beklagte ohne Beweisaufnahme, in dem es sich auf den Standpunkt stellte, die Verbindlichkeit der Verkaufsbedingungen der Klägerin sei zwischen den Parteien nicht rechtswirksam vereinbart worden, es komme daher auf Seiten der Beklagten italienisches Recht zur Anwendung, nach diesem sei die Mängelrüge nicht rechtswirksam erhoben, die Klage greife daher ohne weiteres durch. Das Appellationsgericht in Triest, als Berufungsinstanz, ging nicht von den tatsächlichen Einzelheiten des Falles aus, sondern untersuchte die Frage, ob die Parteien im vorl. Falle überhaupt mit Rechtsverbindlichkeiten für das italienische Gericht die

Anwendung deutschen Rechts hätten vereinbaren können. Die hierbei zur Entscheidung gelangende Rechtsfrage ist nach folgenden Gesichtspunkten zu beurteilen.

Nach deutschem Recht kann es keinem Zweifel unterliegen, daß Parteien, die einen Kaufvertrag miteinander abschließen, sich über das zur Anwendung kommende Recht vertraglich einigen können, und daß diese Einigung alsdann für beide Teile maßgebend ist (vgl. RGZ. 24, 113; 44, 155, 301; 68, 205, 350; 74, 173). Die Einigung über das zur Anwendung zu bringende Recht kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen (RGZ. 68, 205 und 73, 388 sowie bei RG-Warn. 1914 Nr. 27). Deutlich tritt der Wille, sich dem deutschen Recht zu unterwerfen, hervor, wenn ein deutscher Erfüllungsort in einem in deutscher Sprache abgeschlossenen Vertrag vereinbart ist (vgl. RG.: LZ. 1909, 474 Nr. 2 sowie LZ. 1911, 781 Nr. 37) oder wenn die Parteien die Zuständigkeit eines bestimmten deutschen Gerichts für die aus einem bestimmten Vertrage entspringenden Rechtsstreitigkeiten vereinbaren (vgl. RG.: JW. 1906, 452*; LZ. 1912, 155 Nr. 41 und 616 Nr. 41). Danach kann es vom Standpunkt des deutschen Rechts aus nicht zweifelhaft sein, daß im vorl. Falle mit Rechtsverbindlichkeit für beide Parteien deutsches Recht vereinbart und von den italienischen Gerichten anzuwenden war.

Anders liegt der Fall nach italienischem Recht. Nach italienischem Recht kommt für die Frage der Anwendbarkeit eines anderen als des italienischen bürgerlichen Rechts zunächst für Verträge Art. 9 Abs. 2 Satz 2 EinfG. zum Codice Civile It. in Betracht. Derselbe besagt:

„Der Inhalt und die Wirkungen der Schuldverhältnisse werden nach dem Gesetze des Ortes, an dem die Rechtshandlungen vorgenommen worden sind, beurteilt, und wenn die Vertragsschließenden Ausländer sind und dieselbe Staatsangehörigkeit besitzen, nach dem Gesetze des Staates, dem sie angehören. Vorbehalten bleibt jedoch in jedem Falle der Nachweis eines entgegenstehenden Willens.“

Wie man sieht, ist diese Bestimmung von den Bestimmungen des deutschen Rechts insofern grundverschieden, als sie die Frage auf die Staatsangehörigkeit der Vertragsparteien abstellt, im übrigen aber ebenso, wie das deutsche Recht Vertragsfreiheit für entgegenstehende Vereinbarungen zuläßt. Demgemäß hat auch das Appellationsgericht in Triest diese Vertragsfreiheit anerkannt und die Möglichkeit der Vereinbarung deutschen Rechts für den Fall zugelassen, daß eine der Vertragsparteien italienischer, die andere deutscher Staatsangehörigkeit ist, dies aber nur, wenn es sich um Rechtsbeziehungen handelt, welche nach bürgerlichem Recht zu entscheiden sind. Man darf aber nicht, so fährt das Appellationsgericht in der Begründung fort, vergessen; daß es sich im vorl. Falle um eine Verpflichtung handelsrechtlicher Natur handelt und daß die Bestimmungen des HGB. die Bestimmungen des Art. 9 EinfG. zum Codice Civile insoweit abändern.

In Betracht kommt Art. 58 Codice di Commercio Italiano. Die etwas verwickelte Vorschrift dieses Artikels besagt folgendes:

„Die Form und die wesentlichen Erfordernisse der handelsrechtlichen Verpflichtung, die Form der Rechtshandlung, um die sich daraus ergebenden Rechte auszuüben und aufrechtzuerhalten oder, um sie geltend zu machen, und die Wirkungen dieser Rechtshandlungen selbst richten sich nach den Gesetzen oder Handelsgebräuchen des Ortes, an dem die Schuldverhältnisse ihren Ursprung haben und an dem die vorbezeichneten Rechtshandlungen vorgenommen und ausgeführt werden, unbeschadet in jedem Falle der Ausnahme, welche in Art. 9 der Einführungsbestimmungen des Codice Civile für diejenigen Personen festgesetzt ist, welche demselben ausländischen Gesetze unterworfen sind.“

Das Appellationsgericht Triest folgert daraus, daß im vorliegenden Falle auf Grund der vorstehenden Bestimmung, da es sich um einen den Vorschriften des Handelsrechts unterliegenden Vertrag zwischen einem Italiener und einem Ausländer handelt, gemäß der besonderen Bestimmung des Art. 58 Codice di Commercio für die Form und den Inhalt des

Vertrages lediglich italienisches Recht zur Anwendung komme, und daß demgemäß die Vertragsschließenden in keinem Falle eine abweichende Vereinbarung hätten treffen können. Demgemäß hat es die Berufung der italienischen Beklagten gegen das Urteil des Tribunals Triest auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen. (Urteil des Appellationsgerichts Triest, 2. Section, v. 17. Dez. 1936, 9/37 Sent., 268/36 Ruolo, 15/37 Cron., 6928 Rep.)

Die Begründung des Appellationsgerichts trifft zu. Die Iobeen erwähnte Bestimmung des Art. 58 Codice di Commercio besagt, daß nach Handelsrecht die Gesetze und Handelsgebräuche des Ortes in Betracht kommen, an welchem das Schuldverhältnis seinen Ursprung hat und die entsprechende Rechtshandlung vorgenommen wird. Das war im vorliegenden Falle für die Verpflichtungen der italienischen Schuldnerin Triest. Dort hatte sie die Rechtshandlungen vorzunehmen, d. h. die Mängelrüge zu erheben und Zahlung zu leisten. Die möglicherweise entgegenstehende Vereinbarung der Parteien ändert daran nach Art. 58 Codice di Commercio nichts, da dieser ja gerade seine Bestimmung aus den allgemein geltenden gesetzlichen italienischen Vorschriften herleitet, wonach der Erfüllungsort grundsätzlich der Wohnort des Schuldners ist (Art. 1249 Codice Civile). Demgemäß findet italienisches Recht Anwendung. Nun enthält allerdings Art. 58 Codice di Commercio eine Ausnahme, nämlich für diejenigen Personen, welche dem gleichen ausländischen Gesetze unterworfen sind, d. h. also nach Art. 9 EinfG. zum Codice Civile für diejenigen Fälle, in denen es sich um Verträge zwischen zwei Ausländern handelt, welche die gleiche Staatsangehörigkeit haben. Dieser Fall ist hier nicht gegeben, da auf der einen Seite eine deutsche, auf der andern Seite eine italienische Firma steht. Weiter berücksichtigt Art. 9 EinfG. zum Codice Civile allerdings noch eine weitere Ausnahme, nämlich in dem Falle, in welchem ein entgegenstehender Wille der Parteien nachgewiesen werden kann, also insbesondere den Fall, in welchem die Parteien ausdrücklich oder in anderer eindeutiger Weise die Anwendung eines ausländischen Rechts miteinander vereinbart haben. Diese Ausnahme ist aber in Art. 58 Codice di Commercio nicht berücksichtigt. Letztere Bestimmung berücksichtigt vielmehr von den beiden Ausnahmefällen des Art. 9 EinfG. zum Codice Civile nur den einen, nämlich den Vertragsabschluß zwischen zwei Ausländern gleicher Staatsangehörigkeit, nicht aber auch den anderen Fall, daß die Vertragsparteien, ohne daß beide Ausländer gleicher Staatsangehörigkeit sind, die Anwendung ausländischen Rechts vereinbart haben. Da dieser Ausnahmefall im Gegensatz zu dem andern Ausnahmefall in Art. 58 Codice di Commercio nicht erwähnt ist, ergibt sich daraus zwingend, daß für das Gebiet des Handelsrechts die Vertragsparteien in keinem Falle die Anwendung ausländischen Rechts mit Rechtswirksamkeit für das italienische Recht und für die italienischen Gerichte vereinbaren können, es sei denn, daß beide Vertragsparteien Ausländer gleicher Staatsangehörigkeit sind. Demgemäß ist die eingangs gestellte Frage dahin zu beantworten, daß deutsche Gläubiger mit italienischen Schuldnern auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts die Anwendung deutschen Rechts rechtsverbindlich in jedem Falle vereinbaren können, auf dem Gebiete des Handelsrechts indessen eine solche Vereinbarung nach italienischem Recht nichtig ist, abgesehen von dem Ausnahmefall, daß der Schuldner, der in Italien seinen Wohnsitz oder seine geschäftliche Niederlassung hat, zufälligerweise deutsche Staatsangehörigkeit besitzt. Diese Entscheidung wird indessen nicht nur für die italienischen Gerichte im gegebenen Falle von Bedeutung sein, sondern auch für die deutschen Gerichte, wenn dieselben angerufen werden und italienisches Recht anwenden müssen. Ist dies der Fall, so dürfen auch die deutschen Gerichte im Rahmen des Vorstehenden eine abweichende Vereinbarung der Parteien nicht berücksichtigen.

Die Bedeutung der vorstehenden Entscheidung ist für die vertraglichen Beziehungen deutscher und italienischer Firmen im Handelsrecht von außerordentlicher Bedeutung. Dies gilt insbesondere für das Gebiet des Handelskaufs, da

die Vorschriften des deutschen und italienischen Rechts über den Kaufvertrag grundverschieden sind, insbesondere auf dem Gebiete der Mängelrüge, auf dem das deutsche Recht dem Käufer viel weitergehende Rechte als das italienische Recht einräumt. Es ist unmöglich, hier alle derartigen Möglichkeiten zu erörtern. Nur eine einzige, nämlich der Fall des Verkaufs unter Eigentumsvorbehalt sei hier kurz gestreift. Nach deutschem Recht genügt für den Eigentumsvorbehalt, daß der Verkäufer denselben, selbst einseitig, in der Vertragsbestätigung oder auch nur in der Faktura erklärt hat, da nach deutschem Recht das Eigentum an der Kaufsache erst mit der Übergabe übergeht, und bei dieser der Wille der Eigentums-

übertragung vorhanden sein muß (vgl. RGZ. 83, 223; 95, 105 und in JW. 1905, 290¹⁶). Ganz anders nach italienischem Recht, nach welchem das Eigentum bereits durch den Abschluß des Kaufvertrages übergeht, Art. 1125 Codice Civile II. Nach italienischem Recht ist deshalb der Eigentumsvorbehalt nur gültig, wenn er in dem Kaufvertrage enthalten und vom Käufer schriftlich anerkannt ist. Es ist deshalb für deutsche Firmen, die nach Italien exportieren, von größter Bedeutung, in diesem Falle sich nicht etwa mit der Vereinbarung der Anwendung deutschen Rechts zu begnügen, sondern eine entsprechende ausdrückliche schriftliche Vereinbarung über den Eigentumsvorbehalt zu treffen.

Die Schweizerische Gesetzgebung im Jahre 1936

Von Rechtsanwält Dr. S. Meher-Wild, Zürich

Wirtschaftliche, politische und militärische Landesverteidigung sind die Richtlinien der Gesetzgebung der Schweiz im vergangenen Jahre. Den Anfang machte der Bundesbeschuß über neue außerordentliche Maßnahmen zur Wiederherstellung des finanziellen Gleichgewichts im Bundeshaushalt in den Jahren 1936 und 1937, das Finanzprogramm 1936 mit Herabsetzung der Subventionen, Richtlinien für die Hilfe der bedrohten Wirtschaftszweige, die Arbeitslosenunterstützung, Abbau der Befoldungen und Vergünstigungen einerseits und der Eröffnung neuer Finanzquellen andererseits, wie Zuschlag von 25% zur Krisenabgabe, Erhöhung der Couponssteuer, Richtlinien für Zoll-erhöhungen usw., woran sich zahlreiche Ausführungsbestimmungen angeschlossen haben, so vor allem der Bundesratsbeschuß über den Schutz der Landeswährung mit Verbot jeder Handlung, die geeignet ist, Landeswährung oder Kredit zu schädigen, insbesondere An- und Verkauf von Gold auf Termin, Belehnung von Gold oder Devisen und Anschaffung von Devisen auf Termin, sofern dies nicht durch ein Handelsgeschäft gerechtfertigt ist.

Die bereits 1935 begonnenen staatlichen Eingriffe in die Wirtschaft führten zur grundsätzlichen Ermächtigung der Eidg. Preiskontrollstelle zur Regelung von Warenpreisen, nicht nur der kontingentierten, sondern auch der durch Preisvereinbarungen der Fabrikanten oder Händler gebundenen Waren durch den Bundesbeschuß betr. die Überwachung der Warenpreise v. 20. Juni 1936, wozu noch auf die besonderen Preisregelungen in der Uhrenindustrie hingewiesen werden soll.

Mit weiterer Sicherung notleidender Banken wurde durch den Bundesratsbeschuß v. 17. April 1936 ein besonderes Sanierungsverfahren aufgestellt, welches ein Nachlaßvertragsverfahren ersetzen soll, wenn ein unter Bewilligung des Fälligkeitsaufschubs oder der Stundung gemäß BankenG. Art. 29 bestellter Kommissär mit Zustimmung der Bankkommission dem Bundesgericht einen Sanierungsplan vorlegt, der nur genehmigt werden kann, wenn nicht $\frac{1}{3}$ der betroffenen Gläubiger Einsprache erhebt, und die Bank keine unredlichen Handlungen vorgenommen hat. Durch Verfügung v. 15. Febr. 1936 werden die Niederlassungen und Vertreter ausländischer Banken dem BankenG. unterstellt. — Finanzielle Schwierigkeiten von Gemeinden führten zum Bundesratsbeschuß über den Schutz der Rechte der Anleihegläubiger von Kantonen und Gemeinden in Anlehnung an die Bestimmungen über die Gläubigergemeinschaften von Anleiheobligationen v. 20. Febr. 1918.

Der Abwertungsbeschluß v. 27. Sept. 1936 wies die Nationalbank an, den Goldwert des Frankens im Mittel um 30% herabzusetzen und ihn auf 190 bis 215 Milligramm Feingold zu halten. Mit Bundesratsbeschuß über die außerordentlichen Maßnahmen betr. die Kosten der Lebenshaltung v. 27. Sept. 1936 begannen die Sicherungen der Wirtschaft gegen die Folgen der Abwertung und die Erteilung weitgehender Kompetenzen auf diesem Gebiet

an das Eidg. Volkswirtschaftsdepartement, welches die Preiskontrollstelle mit der Durchführung beauftragte. Zahlreiche Verfügungen derselben verboten zunächst jede Preiserhöhung, um dann das Prinzip der gleichbleibenden Handelsmarge aufzustellen, d. h. die Preiserhöhung darf nicht im prozentualen Zuschlag auf den neuen Einstandspreis erfolgen, sondern nur durch Zuschlag des gleichen effektiven Betrags. Neben dem Verbot der Preiserhöhung besteht ein grundsätzliches Preiswuchererbot. Ohne Möglichkeit des Weiterzugs an die Gerichte können Bußen bis 20 000 Fr. ausgesprochen werden, außerdem in einem gerichtlichen Verfahren Gefängnisstrafen bis auf ein Jahr. Für Lebensmittel- und Uhrenhandel sowie die Hotellerie sind besondere Bestimmungen vorgesehen. Die Kontrolle wird durch weitgehende Rechte zu Bucheinsicht, Beschlagnahmen usw. gesichert. — Möglichste Milderung und Ausnützung der Folgen der Abwertung verfolgen die Ermächtigung des Bundesrats, in Fällen außerordentlicher Dringlichkeit vorgängig der Beschlussfassung durch die Bundesversammlung wirtschaftliche Notmaßnahmen zu treffen, die in Gesetzen oder dringlichen Bundesbeschlüssen nicht vorgesehen sind. Stärkung der Regierung gegenüber dem Parlament! In gleicher Richtung bewegen sich der Bundesbeschuß v. 8. Okt. 1936 über die Förderung der Warenausfuhr durch Export-Risiko-Garantien und Werbetätigkeit im Ausland, sowie die Bundesbeschlüsse über Krisenunterstützung für Arbeitslose und Krisenbekämpfung und Arbeitsbeschaffung v. 23. Dez. 1936. Eine neue Verordnung über den Verkehr mit Lebensmitteln und Gebrauchsgegenständen vom 26. Mai 1936 enthält schärfere Bestimmungen auf diesem Gebiet, auf die im einzelnen nicht eingetreten werden kann.

Der Bundesratsbeschuß betr. Maßnahmen gegen die kommunistischen Umtriebe in der Schweiz vom 3. Nov. 1936 ermächtigt die Bundesanwaltschaft zur Beschlagnahme kommunistischer Schriften, untersagt der kommunistischen Organisation „Rote Hilfe Schweiz“ jede politische Tätigkeit und verfügt deren Überwachung; verbietet kommunistische Schulungskurse und Versammlungen, wenn sie geeignet sind, die öffentliche Ordnung zu stören. Die Zulassung ausländischer Redner zu öffentlichen oder geschlossenen Versammlungen kann verweigert werden.

Eine neue Truppenordnung v. 7. Okt. 1936 paßt die Organisation der Armee den neuen Verhältnissen der Kriegsführung an, wozu die verschiedenen Bestimmungen über den passiven Luftschutz, die Verdunkelung, den Industrie-Luftschutz und den Alarm im Luftschutz sowie den Grenzschutz treten.

Mit Rumänien, Italien, Spanien und Polen wurden Zahlungsabkommen und Clearing-Verträge abgeschlossen, das Verrechnungsabkommen mit Deutschland ausgebaut und verändert (Bundesratsbeschuß v. 22. Juli 1936 und Verf. v. 29. Aug.). Handelsverträge wurden mit Amerika und Brasilien (provisorisch) abgeschlossen; ein Niederlassungsvertrag mit Finnland, ein Zollstrafungsabkommen mit Schweden.

Reichs-Rechtsanwaltskammer

Probe- und Anwaltsassessoren

Im Einverständnis mit dem Reichsminister der Justiz gibt der Präsident der Reichs-Rechtsanwaltskammer nachstehend folgendes bekannt:

1. Dienstalter

Das Dienstalter als Probeassessor beginnt mit dem Zeitpunkt, in welchem dem Assessor die seine Übernahme in den Probendienst aussprechende Verfügung des Reichsministers der Justiz zugeht.

Das Dienstalter als Anwaltsassessor beginnt mit dem Zeitpunkt, zu dem der Assessor in den Anwärterdienst überwiesen wird.

Wird der Anwärterdienst abgekürzt, so errechnet sich das Dienstalter als Anwaltsassessor in der Weise, daß dem in der Überweisungsurkunde genannten Zeitpunkt die Zeit hinzuzurechnen ist, um welche die Ausbildungszeit verkürzt wird; das Dienstalter ist also entsprechend vorzudatieren.

2. Urlaub

Jede Urlaubsbewilligung gilt nur für den Anlaß, aus dem sie erfolgt ist. Die Verwendung des Urlaubs zu einem anderen Zweck bedarf der besonderen Einwilligung des Ausbildungsanwalts, der dem Präsidenten der zuständigen Rechtsanwaltskammer Mitteilung macht und, wenn es sich um einen Probeassessor handelt, auch den Oberlandesgerichtspräsidenten benachrichtigt.

a) Erholungsurlaub

Der Assessor im Probe- und Anwärterdienst erhält den gleichen Urlaub wie der Assessor im staatlichen Probendienst. Maßgebend ist die Urlaubsordnung — *AB. d. RM.* vom 21. April 1933 (*JMBl. S. 133*) — sowie die *AB. d. JM.* v. 26. April 1933 (*JMBl. S. 130*) betreffend Ferienurlaub im Rechnungsjahr 1933 (vgl. *AB. v. 10. April 1934 — DJ. 1934, 466* —, 1. April 1935 — *DJ. 1935, 550* — und 23. April 1936 — *DJ. 1936, 636*).

Hiernach beträgt die Urlaubsdauer:

	unter 30 Jahren:	über 30 Jahren:	über 40 Jahren:
im Probendienst:	21 Tg.	31 Tg.	35 Tg.
im 1. Anwärterjahr:	23 Tg.	31 Tg.	35 Tg.
im 2. Anwärterjahr:	25 Tg.	31 Tg.	35 Tg.
im 3. Anwärterjahr und einer etwa verlängerten Anwärterdienstzeit:	28 Tg.	31 Tg.	35 Tg.

Das Urlaubsjahr beginnt jeweils mit dem Tage, an dem der Assessor den Dienst als Probe- oder Anwaltsassessor angetreten hat.

Der Stichtag für die Bemessung des Urlaubs, soweit es sich um die Zugehörigkeit zu den Altersabteilungen handelt, ist der letzte Tag des Urlaubsjahres.

Wird der Assessor im Laufe eines Urlaubsjahres zwei oder mehreren Ausbildungsanwälten nacheinander zugewiesen, so hat er gegen jeden der Anwälte einen Anspruch auf die Dauer der Tätigkeit bei dem Anwalt entsprechenden Urlaubstage.

Der Urlaub wird von dem Ausbildungsanwalt erteilt, der dem Präsidenten der zuständigen Rechtsanwaltskammer von Grund und Dauer Mitteilung macht und bei einem Probeassessor gleichzeitig den Oberlandesgerichtspräsidenten benachrichtigt.

Die Beurlaubung kann widerrufen werden, wenn die ordnungsmäßige Wahrung der dem Ausbildungsanwalt obliegenden Dienstgeschäfte es erfordert. Der beurlaubte Assessor hat dafür zu sorgen, daß er für entsprechende Verfügungen des Ausbildungsanwalts erreichbar ist.

Der Assessor erhält auch während des Erholungsurlaubs von dem Ausbildungsanwalt die ihm zustehenden Bezüge.

b) Krankheitsurlaub

Eine Erkrankung, die Dienstunfähigkeit zur Folge hat, ist dem Anwalt unverzüglich anzuzeigen.

Ist der Assessor länger als drei Tage an der Wahrnehmung der Dienstgeschäfte behindert, und sucht er mit Rücksicht auf seinen Gesundheitszustand um Urlaub nach, so kann der ausbildende Anwalt die Vorlegung einer ärztlichen Bescheinigung verlangen. Nach Ablauf von sieben Tagen ist dem Anwalt auf Verlangen auch eine amtsärztliche Bescheinigung vorzulegen. Die Kosten der Arzzeugnisse trägt der Assessor.

Der ausbildende Anwalt ist verpflichtet, dem Assessor im Krankheitsfalle die Bezüge weiterzuzahlen, und zwar nach einer Dienstzeit von:

weniger als drei Monaten bis zur Dauer von zwei Wochen,
mindestens drei Monaten bis zur Dauer von drei Wochen,
mindestens sechs Monaten bis zur Dauer von vier Wochen.

In Fällen, in denen die Weiterzahlung der Bezüge an einen erkrankten Assessor für den Ausbildungsanwalt eine besondere Härte darstellt, insbesondere dann, wenn er gezwungen ist, an Stelle des erkrankten Assessors einen anderen Assessor als Hilfsarbeiter einzustellen und zu besolden, kann dem Anwalt ein Zuschuß zur Befoldung des erkrankten Assessors aus Mitteln der Reichs-Rechtsanwaltskammer gewährt werden. Zuschußgesuche sind unter Darlegung der wirtschaftlichen Verhältnisse, insbesondere des im letzten Jahre erzielten steuerpflichtigen Einkommens, an den Präsidenten der Rechtsanwaltskammer zu richten, der sie mit einer gutachtlichen Stellungnahme an den Präsidenten der Reichs-Rechtsanwaltskammer weiterleitet.

Ist der Assessor nach Ablauf von fünf Wochen noch nicht in der Lage, den Dienst anzutreten, so kann der Ausbildungsanwalt bei dem Oberlandesgerichtspräsidenten, dem der Probeassessor untersteht, oder bei dem Präsidenten der Rechtsanwaltskammer, wenn es sich um einen Anwaltsassessor handelt, beantragen, das Dienstverhältnis zwischen ihm und dem Assessor mit Ablauf der sechsten Urlaubswoche für beendet zu erklären. Diesem Antrag wird in der Regel stattgegeben werden. Der Assessor hat, sobald er zur Ableistung des Probe- oder Anwärterdienstes wieder in der Lage ist, dem Präsidenten der Rechtsanwaltskammer, und wenn es sich um einen Probeassessor handelt, auch dem zuständigen Oberlandesgerichtspräsidenten Mitteilung zu machen, damit er erneut einem Anwalt zur weiteren Ausbildung überwiesen werden kann. Der Assessor soll, wenn irgend möglich, wieder dem Anwalt überwiesen werden, bei dem er zur Zeit der Erkrankung beschäftigt war. Ob und inwieweit die Zeit, in der der Assessor aus gesundheitlichen Gründen beurlaubt ist, auf den Probe- und Anwärterdienst anzurechnen ist, wird von Fall zu Fall entschieden.

c) Urlaub zur Ableistung von Wehrdienstübungen:

Wird der Assessor zur Ableistung einer Wehrdienstübung einberufen, so ist ihm von dem ausbildenden Anwalt der erforderliche Urlaub zu erteilen. Der Urlaub ist mangels anderweitiger Vereinbarung außerhalb des dem Assessor zustehenden Erholungsurlaubs zu gewähren. Eine Fortzahlung der Bezüge während der Dauer dieses Urlaubs findet nicht statt.

Der Ausbildungsanwalt und der Assessor können vereinbaren, daß der Urlaub zur Ableistung der Wehrdienstübung ganz oder teilweise auf den Erholungsurlaub angerechnet

net wird. In diesem Falle sind, soweit eine Anrechnung auf den Erholungsurlaub erfolgt, die Bezüge an den Assessor auch während der Dauer des Urlaubs zur Ableistung der Wehrdienstübung zu zahlen.

Inwieweit die durch Ableistung von Übungen in der Wehrmacht verbrachte Zeit auf den Probe- und Anwärterdienst anzurechnen ist, bestimmt der Reichsminister der Justiz. Die Anrechnung wird voraussichtlich in der Weise erfolgen, daß auf das Probejahr eine achtwöchige Übungszeit angerechnet wird und die volle Wehrdienstzeit auf die gesamten vier Ausbildungsjahre.

Rechte und Pflichten des einberufenen Assessors ergeben sich im übrigen aus der VO. über die Einberufung zu Übungen der Wehrmacht v. 25. Nov. 1935 (RGBl. I, 1358) in der Fassung der VO. v. 28. März 1936 (RGBl. I, 326) und dem Gesetz über die Unterstützung der Angehörigen der einberufenen Wehrpflichtigen und Arbeitsdienstpflchtigen vom 30. März 1936 (RGBl. I, 327). Hiernach erhält der Assessor während der Dauer der Übung von der Wehrmacht Unterstützung, Verpflegung, Bekleidung und Löhnung oder Übungsgeld; im Falle der Erkrankung erhält er freie Heilfürsorge und, wenn er verheiratet ist, Familienunterstützung.

3. Umzugskostenvergütung und Trennungsschädigung

Der Probe- und Anwaltsassessor hat in keinem Falle Anspruch auf Umzugskostenvergütung oder auf eine Beihilfe zu den Umzugskosten. Er kann auch Trennungsschädigung nicht verlangen.

Das Gesetz über die Umzugskostenvergütung der Beamten v. 3. Mai 1935 (RGBl. I, 566) findet keine Anwendung.

Nur aus Billigkeitsgründen und zur Vermeidung besonderer Härten kann dem Assessor im Einzelfall ausnahmsweise aus Mitteln der Reichs-Rechtsanwaltskammer ein Zuschuß zu den Umzugskosten oder eine Beihilfe gewährt werden, wenn der Assessor aus dienstlichen Gründen erfolgen mußte und der Assessor genötigt ist, vorübergehend einen getrennten Haushalt zu führen. Gesuche um Gewährung eines solchen Zuschusses sind unter Darlegung der wirtschaftlichen Verhältnisse bei dem zuständigen Kammerpräsidenten einzureichen und von diesem mit einer gutachtlichen Stellungnahme an den Präsidenten der Reichs-Rechtsanwaltskammer weiterzugeben. Offenbar unbegründete Gesuche kann der Präsident der Rechtsanwaltskammer ohne weiteres zurückweisen.

(Umdruck Nr. 11/37 v. 18. Febr. 1937.)

Aus der Deutschen Rechtsfront

Rechtsanwaltsverzeichnis

In einem im „Mitteilungsblatt“ 1937, Ausgabe Februar, veröffentlichten Rundschreiben v. 28. Jan. 1937 teilt der Reichsgeschäftsführer mit, daß die Vorarbeiten für den Neudruck des Rechtsanwaltsverzeichnisses 1937 begonnen haben.

Es ist notwendig, daß die Berufsgenossen die Eintragungen im Verzeichnis 1936 überprüfen, insbesondere, ob die bisherigen Angaben über Anschrift, Zulassung, Parteikennzeichnung usw. noch zutreffend sind.

Bei Unstimmigkeiten oder inzwischen eingetretenen Veränderungen ist eine Meldung der richtigen Angaben unmittelbar an die Reichsgeschäftsstelle des Nationalsozialistischen Rechtswahrer-Bundes in Berlin W 35, Tiergartenstr. 20, zu richten.

Veröffentlichungen von Bundesmitgliedern

Der Reichsgeschäftsführer fordert in einem Rundschreiben v. 19. Jan. 1937 („Mitteilungsblatt“ 1937, Ausgabe Februar) sämtliche Bundesmitglieder auf, bis zum 15. März 1937 eine vollständige Liste ihrer Veröffentlichungen an die Reichsgeschäftsstelle des NSRB. (Hauptabteilung Verlagswesen und Presse), Berlin W 35, Tiergartenstr. 20, zu schicken. Die Liste soll aus zwei getrennten Teilen bestehen:

1. Teil: Bücher, Broschüren, veröffentlichte Gutachten usw. mit Angabe des genauen Titels, des Erscheinungsortes und -jahres und des Verlages.
2. Teil: Aufsätze und Abhandlungen in Zeitschriften (Zeitungsnur bei Veröffentlichungen grundsätzlicher Natur), wissenschaftlichen Archiven usw. mit Angabe des genauen Zeitschriftentitels, der betr. Nummer und Seitenzahl.

Die Erhebung dient rein archivarischen und statistischen Zwecken und soll für die Förderung der Bundesarbeit und der Bundesmitglieder selbst ausgewertet werden.

Die Arbeit der NS-Rechtsbetreuungsstellen im Jahr 1936

In JW. 1936, 1882 ist eine Übersicht über die Inanspruchnahme der NS-Rechtsbetreuungsstellen im ersten Kalendervierteljahr 1936 veröffentlicht. Nachdem jetzt die Zahlen für das gesamte Jahr 1936 vorliegen, wird die nachstehende Zusammenstellung bekanntgegeben. Sie läßt erkennen, daß die NS-Rechtsbetreuungsstellen in stärkstem Maße in

Anspruch genommen worden sind. Der in dem früheren Artikel ausgesprochene Wunsch, daß die NS-Rechtsbetreuungsstellen in ihrer Eigenschaft als Gütestellen in größerem Umfang tätig werden sollen, ist, wie die Aufstellung ergibt, zu einem erheblichen Teil bereits in Erfüllung gegangen. Der Hundertsatz der im Güteverfahren erledigten Sachen ist wesentlich gestiegen.

Überblick über die Inanspruchnahme der NS-Rechtsbetreuungsstellen im Kalenderjahr 1936

Lfd. Nr.	Gau	Inanspruchnahme insgesamt	Dav. überwiesen an einen Anwalt	Im Güteverfahren erledigt
1.	Baden	7476	345	1
2.	Bayer. Ostmark	3136	560	20
3.	Berlin	69 26	12200	—
4.	Danzig	1050	208	38
5.	Düsseldorf	13 69	1566	61
6.	Essen	14358	1517	9
7.	Franken	1576	778	7
8.	Halle-Merseburg	4224	246	—
9.	Hamburg	35043	1096	3938
10.	Hessen-Nassau	22 54	1649	124
11.	Koblenz-Trier-Bit. F.	12 5	101	—
12.	Köln-Aachen	21430	2097	32
13.	Kurhessen	2268	256	62
14.	Kurmark	5858	1637	340
15.	Magdeburg-Anhalt	4183	593	—
16.	Mainfranken	1649	452	5
17.	Mecklenburg-Vorpomm.	4851	563	54
18.	München-Obb.	10479	687	21
19.	Ost-Hannover	2460	436	3
20.	Ostpreußen	3692	419	25
21.	Pommern	4405	407	40
22.	Saarpalz	3342	226	14
23.	Sachsen	22 51	1496	102
24.	Schlesien	16665	2843	298
25.	Schleswig-Holstein	1 902	2100	33
26.	Schwaben	1718	231	2
27.	Süd-Hannov. Braunschw.	9951	4 5	137
28.	Thüringen	6733	918	11
29.	Weier-Ems	5248	357	13
30.	Westfalen-Nord	5803	441	41
31.	Westfalen-Süd	10 63	1287	43
32.	Württemberg-Hohenzoll.	13336	3062	64
		343524	41199	5538

Gau Ausland des NSRB.

Die Gaugeschäftsstelle des Gaues Ausland des NSRB. befindet sich ab 1. Febr. 1937:

Berlin W 9, Bellevuestr. 13
Telefon: B 2 Lützow 4696.

Tagung der Bezirksgruppenwaller Rechtsanwälte des Gaues Kurmark des NSRB.

Am 17. Dez. 1936 versammelten sich auf Anordnung des Gauführers Kurmark des NSRB. die Bezirksführer-Rechtsanwälte und Bezirksgruppenwaller Rechtsanwälte des Gaues Kurmark, um durch die vorbereiteten Tätigkeitsberichte der Bezirksvertreter einen Einblick in die tatsächlichen Verhältnisse der Stellen zu gewinnen, die sich z. B. außerhalb der Rechtsanwaltschaft mit der Rechtsberatung befassen, und um diese Tätigkeit einer kritischen Überprüfung zu unterziehen.

Einleitend führte der Gauführer Rühle aus: Die Frage einer zuverlässigen Rechtsberatung gehe nicht etwa allein die Rechtsanwälte an, sondern die ganze Volksgemeinschaft; die Rechtsberatung sei Vertrauenssache; eine Zersplitterung schädige

die Volksgemeinschaft und gefährde die Rechtsicherheit; eine durch den berufenen Rechtsstand ausgeübte Rechtsberatung werde das Vertrauen in die Einheit des Rechts und in das gerechte Urteil stärken; die Ursachen der jetzigen Vertrauenskrisis seien beseitigt, es könne und müsse nunmehr an den Neuaufbau herangegangen werden; das habe zur Voraussetzung ein starkes Rechtsvertrauen, das ein einigendes Band der Volksgemeinschaft sei; einer Zersplitterung der Rechtsberatung, die zu einem Abbröckeln der Arbeitsgebiete der Rechtsanwaltschaft führe, müßte beizeiten gesteuert werden.

Anschließend legte RA. Dr. Ristow den Anwesenden die Vorbereitungsarbeiten im Sinne eines Herausstellens besonders typischer Fälle unzulässiger Rechtsberatung klar. Die Berichte der Bezirksvertreter brachten eine überraschend große Zahl von Fällen, in denen öffentliche Stellen und private Vereine sich über ihre eigene Zuständigkeit hinaus mit der Rechtsberatung unter Ausschluß und gelegentlich sogar unter bewußter Ausschaltung der Anwaltschaft befaßt hatten.

Die gemeinschaftlich erarbeiteten Ergebnisse der Tagung, die RA. Dr. Ristow zusammenfaßte, werden in einer Denkschrift dem zuständigen Amtsstellen des NSRB. für einheitliche Maßnahmen zur Abwehr unzulässiger Einbrüche in das Arbeitsgebiet der Rechtsanwaltschaft vorgelegt werden.

Schrifttum

Sermann Reuß, RA. in Berlin, Dozent der Verwaltungsakademie Berlin: Das Verwaltungsstreitverfahren — nach dem Recht Preußens —. (Schriftenreihe der JW. Nr. 7.) Leipzig 1937. W. Moeser Buchhandlung. 63 S. Einzelpreis 2,50 RM.

Der Verf. hat sich die Aufgabe gestellt, einen kurzen, aber alles Wesentliche umfassenden Überblick über die Grundgedanken und allgemein gültigen Regeln zu geben, die das Verwaltungsstreitverfahren in Preußen, das Verfahren also vor den preußischen Verwaltungsgerichten beherrschen. Die Lösung dieser Aufgabe ist ihm in vorbildlicher Weise gelungen.

Das von den preußischen Verwaltungsgerichten zu beobachtende Verfahren ist durch die betreffenden Bestimmungen des Gesetzes über die allgemeine Landesverwaltung v. 30. Juli 1883 nur in seinen äußersten Grundzügen geordnet. Eine der JP. vergleichbare gesetzliche Regelung ist nicht erfolgt. Deswegen oblag es der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte, insonderheit der des OVG. in einer den Zivil- und Strafgerichten unbekanntem Reichweite die gesetzlich aufgestellten Verfahrensrichtlinien des näheren zu entwickeln und fortzubilden. Wer eine zuverlässige und praktisch brauchbare Darstellung des Verwaltungsstreitverfahrens geben will, muß sich daher mit der einschlägigen Rechtsprechung genau vertraut machen. Dies hat Reuß mit größtem Verständnis und ebensolcher Umsicht und Sorgfalt getan. Aus diesem Grunde ist die von ihm vorgenommene Zusammenstellung der für die Abwicklung des Verwaltungsstreitverfahrens maßgeblichen Rechtsgrundsätze lückenlos und schlechterdings mustergültig. Die Abhandlung kommt auch einem dringenden Bedürfnis entgegen. Denn an einer allen Anforderungen der Praxis genügenden straffen systematischen Beschreibung des preußischen Verwaltungsstreitverfahrens in seiner gegenwärtigen Gestalt fehlte es bisher. Die Reußsche Abhandlung ist deshalb für jeden Rechtsanwalt und Verwaltungsbeamten, der auf dem Gebiet der Verwaltungsrechtspflege tätig ist, ein unentbehrlicher Wegweiser und Ratgeber. Auch den angehenden Rechtswahrern ist sie zum Studium dringlichst zu empfehlen.

Dem Rechtsanwalt und dem mit der kostenmäßigen Abfertigung betrauten Beamten wird sie außerdem auch noch besonders willkommen sein, weil sie auf einem verhältnismäßig breiten Raum alle Fragen behandelt, die sich auf die Kostenersatzung und die Streitwertfestsetzung beziehen. Dabei treten, ohne daß eine kritische Stellungnahme erfolgt, die Mängel der

derzeitigen grundlegenden Vorschrift des § 103 VVG. klar zutage, die eine Vertretung der Partei durch einen Rechtsanwalt im Verwaltungsstreitverfahren nur ganz unzulänglich berücksichtigt und der obliegenden Partei einen beträchtlichen Teil der Gebühren ihres Anwalts aufbürdet.

OVG. Dr. Frege, Berlin.

Dr. jur. E. S. Bockhoff: Völker-Recht gegen Bolschewismus. (Schriften des Instituts zur wissenschaftlichen Erforschung der Sowjetunion.) Berlin-Leipzig 1937. Ribelongen-Verlag GmbH. 251 S. Preis kart. 4 RM., geb. 5 RM.

Der Ribelongen-Verlag, der seit Jahren im Kampf gegen den Bolschewismus federführend ist, hat ein neues Werk herausgebracht, das im Rahmen der Schriften des Instituts zur wissenschaftlichen Erforschung der Sowjetunion erschienen ist und sich in seiner Darstellung und seiner Beweisführung ganz besonders an den Juristen wendet. Könnten ausländische Juristen dieses Buch „Völker-Recht gegen Bolschewismus“ mit der Objektivität lesen, die nach Bockhoff eine gewisse Subjektivität erfordert, so würden sie und dann auch ihre Völker und Regierungen wohl doch ihre Stellung gegenüber der Sowjetunion und ihren weltzerstörenden Methoden ändern. Sie würden sich in die Front derer einreihen, die im Interesse ihres eigenen Volkes und im Interesse des Friedens der gesamten Welt den Bolschewismus in jeder Form bekämpfen, sie würden Verständnis finden für Deutschlands Haltung und die Kampfansage Adolf Hitlers an den Bolschewismus auf den Reichsparteitag der NSDAP.

Bockhoff unterzieht in seinem Buch, das durch ein Vorwort des Reichsrechtsführers, RA. Min. Dr. Frank, eingeleitet wird, den Bolschewismus einer rechtstheoretischen Beurteilung in staats- und völkerrechtlicher Hinsicht. Er gibt unter wissenschaftlich einwandfreier, eingehender Zitterung der sowjetrussischen Machthaber und Schriftsteller ein Bild von der bolschewistischen Feindschaft gegenüber Staat, Recht und Volk und zeigt mit nüchternen Beweisen die juristischen Übertölpelungsmethoden auf, die der Bolschewismus zur Verdeckung seiner Illegalität verwendet.

Die Arbeit ist in zwei Teile gegliedert: „Der Rechts-Bolschewismus“ und „Rechtsnotwehr gegen Bolschewismus“. In dem ersten Teil untersucht der Verf. die Antistaats- und Antirechtslehre der Sowjets, ihr Weltrevolutions- und Verfassungs-

system und die neue Scheinverfassung der Sowjetdemokratie. Im zweiten Teil werden dann die rechtlich-logischen und praktischen Folgerungen aus dem Ergebnis des ersten Teiles gezogen.

Unter eingehender Verwertung der sowjetischen Literatur kommt Bockhoff zu der Feststellung: Der Bolschewismus steht den Rechtsbegriffen Volk, Staat, Völker in absoluter Feindschaft gegenüber, weil er völkische Rechtsbegriffe negiert und nur in Weltmaßstäben denkt. Der Staat soll vernichtet werden, weil er „Macht auf der einen und Unterdrückung auf der anderen Seite“ und „das Produkt und die Äußerung der Unversöhnlichkeit der Klassegegensätze“ ist (Lenin). Wer den „Staat als Organ der Klasseverjüngung“ ansieht, „verfälscht die Lehre des Marxismus“ (Lenin). An die Stelle des nach der erfolgreichen Durchführung der Revolution des Proletariats „ins Museum für Altentümer, neben das Spinnrad und die bronzene Axt“ kommenden Staates tritt eine staaten- und klassenlose Zukunftsorganisation, eine „selbsttätige, bewaffnete Organisation der Bevölkerung“ (Engels), die sich nach Lenin „nur durch die Kompliziertheit, die Vollkommenheit ihrer Technik usw. von der primitiven Organisation einer Herde Affen, die zu Stöcken greifen, oder Urmenschen unterscheiden“ wird. „An die Stelle der Regierung über Personen tritt die Verwaltung von Sachen und die Leitung von Produktionsprozessen. Der Staat wird nicht abgeschafft, sondern stirbt ab“ (Lenin).

Aus diesen — hier nur ganz kurz angedeuteten — Selbstzeugnissen der bolschewistischen Führer folgert Bockhoff mit Recht, daß dem internationalen Weltrevolutionssystem der Sowjetunion aus logischem Zwang heraus die Staatsqualität abgesprochen werden muß (S. 29). Es geht nicht an, zu formulieren, „Staat ist da, sobald Volk, Gebiet und Gewalt irgendwie beisammen sind“ und „damit die Staatsqualität jedem mächtig organisierten Bürokratismus voraussetzungslos zuzuerkennen“ (S. 211). Vielmehr wird mit der Sowjetunion „das Problem der Wichtigkeit eines Staates kraft Illegalität erstmalig als Rechtsfrage aufgeworfen“ und „diese Erkenntnis zu erhärten und zu beschleunigen, ist die faktulare Aufgabe des Staats- und Völkerrechts der Gegenwart“ (S. 26).

Die Sowjets vertreten aber nicht nur eine Anti-Staats-, sondern auch eine Anti-Rechtslehre. Nach Lenin gibt es in der kommunistischen Zukunftsgesellschaft die Frage nach dem Recht überhaupt nicht mehr (S. 37), da hier „jeder frei nach seinen Bedürfnissen nimmt“ und eine „Normierung seiner Rechtsverhältnisse nicht benötigt“ (Lenin). Nach Engels ist die „juristische Weltanschauung die klassische Weltanschauung der Bourgeoisie“. Von hier aus setzt die Kritik der allgemeinen Rechtslehre ein. Für die Sowjets ist also „Paragrafenjurisprudenz“ mit „bürgerlicher Jurisprudenz“ gleichbedeutend. Da nun heute für den Bolschewismus als Gegner kein anderer als dieser besagte „Paragrafenjurist“ erscheint, so ist die Beseitigung der bürgerlichen Rechtslehre für sie identisch mit der Forderung nach Beseitigung der Jurisprudenz schlechthin (S. 41), denn das „Recht“ ist eine „Kampfwaffe der Bourgeoisie zur Unterdrückung des Proletariats“ (Baskutanis).

In den weiteren Darlegungen zeigt Bockhoff dann das auf ein gemeinsames Ziel — die „Weltrevolution des Proletariats“ — gerichtete Doppelspiel zwischen der „Regierung“ der Sowjetunion und der Komintern. In ganz knappen Zahlenangaben und Tatsachenregistrierung gibt er ein Bild von den unaufhörlichen Unruhen in aller Welt, die von der Sowjetdiplomatie vorbereitet und von den Komintern ausgeführt werden (S. 134—138), von den verheerenden Auswirkungen der völlig verfehlten Agrarpolitik usw. Mit wissenschaftlicher Genauigkeit und Gründlichkeit wird das „Rechts“leben der Sowjetunion und seine „Verfassung“ untersucht, ganz besonders die neue mit großen Reklameaktionen eingeführte „sowjetdemokratische“ Verfassung, und treffend als eine jeden Rechtes bare Scheinverfassung, als Versuch, mit juristischen Manövern die Welt zu übertölpeln, gebrandmarkt (S. 80 ff., 165 ff.).

Am Schluß des zweiten Teiles, in dem die rechtlich-logischen und praktisch-politischen Folgerungen aus dem gewonnenen Ergebnisse gezogen werden, kommt Bockhoff zu der Feststellung (S. 227):

„Die Sowjetunion ist für uns der rote Antistaat. Das ist ein Nichtstaat im Rechtsinne, ein aktiver Nichtstaat, die organisierte Form eines aktiven Nihilismus. Die Sowjetunion ist für uns nicht mehr als eine faktische Tatsache, jedoch kein Rechtsbegriff, und besitzt keine rechtliche Qualität. Sie ist der Nihilismusbegriff aller Antirechtsbegriffe. Selbstverständlich wird nicht genug, um ihr die Existenz im politischen Sinne abzuspochen oder sie gar zu übersehen. Weil sie aber faktisch als politisches Machtgebilde existiert, ist sie noch kein Staat.“

Daher fordert er, daß die Sowjetunion, „da sie kraft politischer Existenz ein Tatbestand fortgesetzter Interventionen ist, als im völkerrechtlichen Ausnahmezustand befindlich erklärt“ wird (S. 238). „Eine Völkerrechtsauffassung, die den sowjetischen Antistaat als Rechtssubjekt anerkennt, bekennt sich zu einem derartigen moralischen, ethischen, politischen und juristischen Nihilismus, daß man dann gar nicht mehr vom Völkerrecht, sondern nur noch von seiner letzten Auflösung sprechen müßte“ (S. 242).

Rudolf Leppin, Berlin.

SenPräs. Dr. Koch und DRegR. Dr. Wirckau: Umsatzsteuergesetz v. 16. Okt. 1934 mit den Durchführungsbestimmungen für Umsatz- und Ausgleichsteuer, Erlassen und Buchführungsvorschriften (Besche Kurzkomm. Bd. 19). Nachtrag nach dem Stand v. 1. Jan. 1937. München und Berlin. C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung. 56 S. Einzelpreis für den Nachtrag 1 R.M., Hauptwerk mit Nachtrag 8 R.M.

Durch den Nachtrag wird das JW. 1936, 94 besprochene Hauptwerk auf den Stand vom 1. Jan. 1937 ergänzt. D. S.

Reichsabgabenordnung und Steueranpassungsgesetz nach dem Stande v. 1. Dez. 1936. Textausgabe mit Sachverzeichnis. 3. durchgesehene Auflage. München und Berlin 1937. C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung. 200 S. Preis kart. 1,80 R.M.

In der bekannten Beck'schen Steuerammlung sind die nunmehr geltenden Fassungen der Reichsabgabenordnung und des Steueranpassungsgesetzes abgedruckt. Das 17 Seiten umfassende Sachverzeichnis gestattet ein müheloses Zurechtfinden in beiden Gesetzen. Da die Änderungen der Reichsabgabenordnung durch das EinkStG. v. 1. Dez. 1936 verhältnismäßig umfangreicher Natur sind, rechtfertigt sich die sofortige Herausgabe der neuen Textsammlung.

RA. Dr. Dr. Megow, Rüstern.

RA. Dr. Friß Koppe, Berlin: Wie führe ich meine Steuerakten? 3. Aufl. 48 S. Preis kart. 1,50 R.M.

Die Umsatzsteuererklärung 1937. 44 S. Preis kart. 1,50 R.M.

Die Einkommensteuererklärung und Körperschaftsteuererklärung 1937. 75 S. Preis kart. 1,50 R.M.

Berlin 1937. Industriebuchverlag Spaeth u. Linde.

Der Hauptschriftleiter der Zeitschrift: „Deutsche Steuerzeitung und Wirtschaftlicher Berater“ hat drei für die Praxis sehr brauchbare Broschüren herausgegeben:

1. Die in 3. Auflage jetzt vorl. Schrift über die Anlegung und Führung der Steuerakten behandelt die Führung der Steuerakten, gibt Abrechnungs- und Übersichtstafeln und in einem Anhang einen Auszug aus den wichtigsten Buchführungsbestimmungen. Dem Verf. ist durchaus darin beizutreten, daß leider in steuerlichen Dingen nur eine sehr geringe äußere Ordnung herrscht. Mit Recht fordert Koppe die Anlegung eines individuellen Terminkalenders. Die wesentlichsten bei der Aufrechterhaltung zu berücksichtigenden Gesichtspunkte sind in allgemein verständlicher Weise dargestellt. Die Abrechnungs- und Übersichtstafeln gestatten gleichzeitig einen leichten Überblick

über die fällig werdenden Einzelsteuern. Die Zusammenstellung der wichtigsten gesetzlichen Bestimmungen über die Buchführungs-, Aufzeichnungs- und Ausführungsvorschriften ist ebenfalls zweckmäßig, weil die einzelnen Bestimmungen vielfach verstreut liegen. Bis zur bevorstehenden Neuregelung der Buchführungspflicht der Angehörigen freier Berufe sind die vorläufigen Richtlinien v. 22. Juni 1932 weiterhin anwendbar lediglich mit der Abweichung, daß nach dem Urteil des RGH. v. 30. Sept. 1936, VI A 320 und 321/36 (RStBl. 1937, 94) sowohl umsatzsteuerlich als auch einkommensteuerlich Vorschüsse bei Rechtsanwälten ohne Rücksicht auf die Art der Verbuchung bereits im Zeitpunkt des Zustehens als Einnahmen zu behandeln sind. Zur rückzahlende Vorschüsse stellen auch nach Einkommensteuerrecht im Jahre der Rückzahlung Betriebsausgaben des Anwalts dar.

2. Die Umsatzsteuererklärung 1937 erfolgt entsprechend den bereits für 1936 eingeführten Formularen, jedoch sind die gesetzlichen Änderungen des Jahres 1936 zu berücksichtigen. Koppes hat seiner Schrift das geltende Umsatzsteuerrecht in kurzen Büchern vorangestellt. Dann folgt eine Übersicht über die steuerfreien und abzugsfähigen Umsätze. Formularmuster, Freilisten, Beispiele usw. ergänzen das auf die Bedürfnisse der Praxis abgestimmte Heft.

3. Die Darstellung Koppes über die Einkommensteuererklärung und Körperschaftsteuererklärung 1937 ist als besonders gelungen zu bezeichnen. Auch hier folgt zunächst eine systematische Darstellung des Einkommensteuergesetzes. Dann werden die Einkommensteuer- und Körperschaftsteuererklärungen an Hand von ausgefüllten Mustern eingehend dargestellt. Praktisch höchst bedeutsam ist die abgedruckte, 32 Seiten umfassende alphabetische Zusammenstellung der abzugsfähigen und nichtabzugsfähigen Beträge bei der Einkommensteuer. Da in der Zusammenstellung jedesmal auf das Schrifttum verwiesen ist, gibt diese Übersicht gleichzeitig die Möglichkeit zu einem tieferen Eindringen in die zu lösenden Spezialfragen.

Die Steuerpraxis kann an diesen drei Heften Koppes kaum vorübergehen.

RH. Dr. Dr. Megow, Rüstlin.

Arbeitszeitordnung v. 26. Juli 1934 nebst den amtlichen Erläuterungen, den Ausführungsbestimmungen und anderen arbeitszeitrechtlichen Bestimmungen. Erläutert von Dr. Richard Schneider, Personalreferent beim Reichstag, unter Mitwirkung von Hans Wolkersdorfer, Reichsamtseleiter der Deutschen Arbeitsfront, M. d. R. (Gutentagische Sammlung Deutscher Reichsgesetze Nr. 201.) Berlin und Leipzig 1937. Verlag Walter de Gruyter & Co. 442 S. Preis geb. 8 RM.

Der vorliegende kleine Kommentar gibt die Erläuterung zum Teil in zusammenfassenden Vorbemerkungen zu einzelnen Abschnitten des Gesetzes und zum Teil in kurzen Fußnoten zu den Gesetzesworten. Dazu wird eine Fülle amtlichen Materials, namentlich aus den Begründungen älterer Gesetzentwürfe und aus Ministerialerlassen, wörtlich mitgeteilt, und es ist dankenswert, daß die Herausgeber auf diese Weise wertvolle Unterlagen für die Geschichte der sozialpolitischen Gesetzgebung in Deutschland darbieten. Die Erläuterungen selbst werden indessen durch dieses Material etwas zu stark belastet und unübersichtlich gemacht. So findet man S. 199—202 den Ministerialerlaß betr. Versorgung der Kraftfahrzeuge mit Betriebsstoffen v. 7. Mai 1926 mit der amtlichen Erläuterung von demselben Tage abgedruckt, und beides muß man durchlesen, um zu erfahren, daß die Abgabe von Betriebsstoffen an Kraftfahrzeuge auch in der Zeit von 7 Uhr abends bis 7 Uhr morgens sowie an Sonn- und Festtagen gestattet ist. Vielleicht wäre es zweckmäßig, hier einen kurzen Hinweis auf das Wesentliche in die Erläuterungen aufzunehmen, damit der Benutzer des Kommentars sich rascher unterrichten kann. Entsprechendes darf wohl von den Bestimmungen des § 24 Abs. 5 ArbZD. über Warenautomaten gelten, zu denen sich der Leser die Erläuterung gar aus vier Bescheiden des RArbM., S. 202—206, und aus dem Text des AutomatenG. v. 6. Juli 1934 mit Begründung und zwei Ausführungsverordnungen, S. 246—255, selbst herausfinden muß.

RH. Dr. W. Doppermann, Dresden.

„Das deutsche Warenzeichenrecht“, Kommentar zum Warenzeichengesetz v. 5. Mai 1936 nebst den internationalen Verträgen. Zweite, neubearbeitete Auflage von Dr. Werner Pinzger, Reichsgerichtsrat, o. Hon.-Prof., unter Mitarbeit von Kurt Schroeter, Dipl.-Ing. Patentanwalt in Berlin. München und Berlin 1937. E. S. Beckhe Verlagsbuchhandlung. Preis: brosch. 16 RM., geb. 20 RM.

Wie schon bei der ersten Auflage, so kommen auch bei der vorliegenden, sehr sorgfältigen und teilweise recht weitgehenden Neubearbeitung weder der Wissenschaftler noch der Zeichenrechtspraktiker zu kurz. Für jeden, der sich mit dem „ausgefallenen“ Gegenstande des Warenzeichenrechts zu befassen hat, bietet das Werk einen wahren Schatz an Wissenswerten schon allein deshalb, weil es ausgezeichnet die wichtigste Voraussetzung für einen wirklich brauchbaren Warenzeichenkommentar erfüllt, eine Berücksichtigung und Würdigung der Rechtsprechung des RG. wie auch des RPatM. in weitem Ausmaße, insbes. des letzten Jahrzehntes. Hervorhebung verdienen in dieser Beziehung vor allem die eingehenden, von reicher Erfahrung zeugenden Erläuterungen zu den Bestimmungen der §§ 4, 5, 10, 11, 25, 26, 31 des Gesetzes. Erfreulich ferner die gründliche Behandlung des Unionsvertrags und des Madrider Markenabkommens. Was die Übung des RPatM. anbelangt, so erscheint u. a. besonders bemerkenswert, daß der Verf. (auf S. 70) die langjähriger Rechtsprechung des PatM. entgegengesetzte Auffassung des RG. bekämpft, die Hinzufügung eines Ortsnamens zum Worte „Pilsener“ (Kadeberger Pilsener u. dgl.) als Kennzeichnung nicht aus Pilsen stammender Biere beseitige die Täuschungsgefahr.

Zu den Vorzügen des Werkes gehören nicht zuletzt die gebührende Beachtung völkischen Gedankenguts, die flüssige, durch keinerlei Fußnoten gehemmte Darstellung, die Handlichkeit und Meidung des Lateindrucks.

ObRegR. R. Bindewald, Berlin.

Das Recht der Neuzeit. Ein Führer durch das geltende Recht des Reichs und Preußens von 1914—1937. Begründet von Schlegelberger-Hoche. 12. Aufl. von MinR. Dr. Werner Hoche. Berlin 1937. Verlag Franz Vahlen. 446 S. Preis kart. 6,25 RM., geb. 6,85 RM.

Büchlich zum Beginn des neuen Jahres liegt auch die neue Auflage von Hoche's „Recht der Neuzeit“ wieder vor, inhaltlich überarbeitet und vervollständigt nach dem Gesetzesstand v. 31. Dez. 1936. Das Lob, das berechtigterweise den vorangegangenen elf Auflagen gezollt wurde, verdient auch die zwölfte Auflage, die die bald unübersichtbare Flut von Rechtsvorschriften in die bewährte Form der Stichwörter zwingt und sie so jedem Benutzer des Werkes übersichtlich macht. Die Zahl der Stichwörter und der Umfang des Buches haben dabei naturgemäß eine Erweiterung gefunden. Gleichwohl ist der Preis gegenüber der letzten Auflage nicht erhöht worden. D. S.

Das neue Recht in Preußen. Herausgegeben von StSchr. Dr. Roland Freisler u. Ludwig Grauert, StSchr. i. e. R., unter Mitwirkung von Ostl. Dr. Karl Krug. Lieferung 29 und 30. Berlin 1937. Industrie-Verlag Spaeth & Linde. Preis je Blatt 5 Rpf. zuzüglich Postgebühren.

Wenn auch die Gesetzgebung der Länder im wesentlichen aufgehört hat, so gibt es doch noch genug Angelegenheiten, die innerhalb der einzelnen Länder selbständig geregelt werden müssen. Die seit Anfang August 1936 bis Anfang Dezember ergangenen Verordnungen und Erlasse usw. Preußens sind in den Lieferungen 29 und 30 des „Neuen Rechts in Preußen“ nahezu lückenlos veröffentlicht. Die beiden Lieferungen umfassen etwa 275 Blatt. D. S.

Reform des Anwartschaftsrechts in der Rentenversicherung. (Schriften der Akademie für Deutsches Recht.) Berlin 1937. Verlag Franz Vahlen. 32 S. Preis kart. 0,60 RM.

Ein Beileitwort des Reichsorganisationsleiters Dr. Ley und ein Vorwort des Ausschußvorsitzenden Alfred Au-

ders) bilden die Einleitung der Abhandlung. Sie bringt in erweiterter Form das dem R.- u. PrArbMin. im Oktober 1936 überreichte Gutachten und gliedert sich in drei Hauptteile. Die in drei Abschnitte zerfallende Vorbemerkung (A) gibt zunächst einen Überblick über die geltenden Anwartschaftsvorschriften der sozialen Renten- (Invaliden-, Angestellten- und knappschaftlichen Pensions-) Versicherung (I). Dann werden die zutage tretenden Mängel geschildert (II) und (in Abschnitt III) erörtert, ob auf der jetzigen Grundlage überhaupt eine Reform gesucht oder besser vielleicht von den bestehenden Vorschriften gänzlich abgegangen werden soll. Das Ergebnis wird in dem Hauptteil B gebracht, nämlich in den auf Grund der Ausschussberatungen vorgeschlagenen Leitsätzen für eine Vereinfachung des Anwartschaftsrechts. Der Hauptteil C gibt dazu eine ausführliche Begründung. Die Vorschläge zur Invalidenversicherung sollen sinngemäß für die Angestelltenversicherung gelten; ob eine entsprechende, für wünschenswert erachtete Anwendung auch auf die knappschaftliche Pensionsversicherung möglich ist, bleibt besonderer Prüfung vorbehalten. Auf die (8) Leitsätze im einzelnen einzugehen, würde zu weit führen; ihr Studium ist jedenfalls für die beteiligten Kreise von größter Wichtigkeit. Zusammenfassend darf aber gesagt werden, daß die Leitsätze den Bedürfnissen der Praxis Rechnung tragen, den Interessen sowohl der Versicherten als auch der Versicherungsträger dienen, und daß dabei die Versicherungsethik vor der nüchternen, bloßen Versicherungsrechnung den Vorzug erhält. Sollten die Vorschläge zum Gesetz erhoben werden, so würde damit die Sozialversicherung sicherlich noch viel an Volkstümlichkeit gewinnen.

SenPräs. Dr. Arendts, Magdeburg.

RA. Herbert Schneider, Karlsruhe: Verfahrensrechtssfälle aus allen Gebieten des Zivilprozeßrechts mit Lösungen und Aktenstücken. Hamburg 1936. Hanseatische Verlagsanstalt. 240 S. Preis kart. 4 RM.

Verfasser hat 29 Fälle aus den wichtigsten Gebieten des Verfahrensrechts ausgewählt und bearbeitet. Die einzelnen Fälle hat er mit einem Stichwort gekennzeichnet, wie z. B. Amtsgerichtsprozeß, Aussetzung des Verfahrens, Klagezurücknahme, Rechtskraft, Schiedsurteil. Es muß anerkannt werden, daß die getroffene Auswahl recht geschickt ist und die bearbeiteten Fälle auch praktisch bedeutsame und interessante Rechtsfragen enthalten.

Die Arbeit gliedert sich in drei Abschnitte. Im ersten Teil finden sich die Fälle selbst, im zweiten ihre Lösungen. Als eine Art Anhang hat der Verf. am Schluß auf 30 Seiten „Aktenstücke“ eingefügt, die sich sachlich an einige der vorher behandelten Fälle anschließen. Allerdings ist die Bezeichnung „Aktenstücke“ hier wohl kaum angebracht. Verf. gibt nur in einem Fall eine einigermaßen vollständige Darstellung des Inhalts eines Aktenstücks, indem er bei dem ersten behandelten Rechtsfall ein formell vollständig durchgeführtes Verfahren mit allen Verfügungen und Beschlüssen, Anträgen und Entscheidungen in abgekürzter Form wiedergibt. Der weitere Inhalt der „Aktenstücke“ gibt aber lediglich Beispiele einiger prozessualer Handlungen, z. B. eines Streitverkündungsschriftsatzes, einer Beitrittserklärung, eines Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses. Es handelt sich insoweit also lediglich um eine Art Formularbuch. Als vorteilhaft muß hierbei allerdings hervorgehoben werden, daß Verf. auf die Vorschriften der Gesetze hingewiesen hat, die für die Gestaltung der Protokolle und Verfügungen maßgeblich sind. In wichtigen Fällen sind den Paragraphenziffern auch kurze Erläuterungssätze angefügt.

Dieser letzte Abschnitt des Buches läßt vermuten, daß der Verf. ein Hilfsmittel für den bereits in der praktischen Ausbildung stehenden Rechtswahrer schaffen wollte. Es ist dies weder in einem Vorwort noch sonst an einer anderen Stelle gesagt. Die Rechtsfälle selbst sind in Form einer Geschichtserzählung gehalten, an die sich eine Anzahl Fragen anschließt. Diese enthalten teils Probleme, die bei einer richtig aufgebauten Arbeit ohnehin Berücksichtigung finden müßten, oder sie wandeln den Sachverhalt ab, um eine neben der Sache liegende Rechtsfrage erörtern zu können.

Die Lösungen, die der Verf. dann gibt, schließen sich an die gestellten Fragen an. Dadurch ergibt sich notwendig eine lehrhafte Form, weil die Vielzahl der auftauchenden Rechtsfragen umfangreiche wissenschaftliche Erörterung erfordert. Verf. kann deshalb gar nicht die Lösung im Stil der Entscheidungsgründe eines Urteils bringen. Er schreibt aber auch keinen eigentlichen Gutachtenstil, der sich darauf beschränken müßte, in knapper Form formelle Voraussetzungen des Rechtsstreits und materielle Rechtslage zu untersuchen. Er hat vielmehr an Hand des Rechtsfalls — begünstigt durch die dem Sachverhalt angehängten zahlreichen Sonderfragen — eine umfassende wissenschaftliche Arbeit über jedes in der Überschrift des Falles gekennzeichnete Problem abgefaßt.

Diese Art der Darstellung hat den Vorzug, daß sie sich nicht zu beschränken braucht auf die Lösung einer Einzelfrage, sie kann daneben das ganze Rechtsgebiet unter Hinweis auf viele einzelne Gesetzesvorschriften erläutern. Auf diese Weise wird jedoch der unmittelbare Zusammenhang mit dem Sachverhalt und die frische Lebendigkeit der Entscheidung eines praktischen Falles aufgehoben. Die vom Verf. gewählte Art der Darstellung rechtfertigt m. E. den Titel des Buches „Verfahrensrechtssfälle mit Lösungen und Aktenstücken“ nicht. Der Referendar, der das Buch ergreift, wird dem Titel nach nicht die systematische Behandlung möglichst vieler Rechtsfragen erwarten. Wenn er das wünscht, wird er sich ein Lehrbuch des Zivilprozesses vornehmen oder einen Kommentar. Er wird vielmehr annehmen, daß ihm Verf. die examensmäßige Lösung eines praktischen Rechtsfalles unter Berücksichtigung aller Fragen des Aufbaus eines mustergültigen Tatbestands mit rechtlich zutreffenden Entscheidungsgründen zeigt. Ein solches „Lehrbuch“ braucht er für das große Staatsexamen! Ob dabei die Form vollständiger Aktenauszüge erforderlich ist oder eine gedrängte Form der Sachverhaltsdarstellung unter Weglassung der Formalien genügt, ist eine Frage, die dem Erfordernis des Einzelfalles und dem Geschick des Herausgebers überlassen bleiben muß. — Auch dem Studierenden wird das Buch bei seiner Vorbereitung auf das schriftliche Referendarexamen kaum viel weiterhelfen, weil es auch ihm nur die Lösung einzelner Rechtsfragen ohne Berücksichtigung der Fragen des Aufbaus (Quoasit actio?) gibt. Gerade das ist es aber, was der junge Rechtswahrer braucht und von einem Fällebuch erwartet. Für den Erwerb der Kenntnisse des geltenden Rechts steht ihm eine Fülle von Lehrbüchern zur Verfügung.

Hierin liegt der grundsätzliche Unterschied der Auffassungen über das Wesentliche eines Fällebuches. Meines Erachtens hat es allein den Zweck, den jungen Rechtswahrer zu einer sachgemäßen Lösung von Rechtsfällen zu erziehen, damit er in der Lage ist, an Hand des Gesetzestextes einen Rechtsfall zu lösen. Dies kann nur dann erreicht werden, wenn die Bearbeitung der Fälle der juristischen Logik entspricht. Nur die Beachtung der Grundsätze des Aufbaus einer Arbeit kann den jungen — und auch den alten Rechtswahrer — davor bewahren, unerhebliche Ausführungen zu machen. So klar und vollständig wie nur irgend möglich müssen die für die verschiedenen Klausurgebiete verschiedenen Aufbauarten — Schlüssigkeitprüfung, Anspruchsprüfung, historische Prüfung — herausgearbeitet und folgerichtig in den bearbeiteten Fällen beachtet werden. Das können braucht der Student und Referendar zuerst, das Wissen erst danach, weil er es erst dann auch nutzbringend anwenden kann.

Wenn der Verf. sich darauf beschränken wollte, dem jungen Rechtswahrer nur ein Buch zu geben, das ihm zeigt, welche Fragen etwa im mündlichen Examen bei der Prüfung eines Rechtsfalles auftauchen können, so hat er sein Ziel erreicht. Wenn der Lernende das Werk unter diesem Gesichtspunkt durcharbeitet, wird er eine Fülle von Anregungen und eine wertvolle Bereicherung seines Wissens erhalten. Um dieses Ziel zu erreichen, erscheint aber eben die Wahl eines Fällebuches nicht geeignet.

Zusammenfassend ist zu sagen: Verf. vermittelt Wissen, ein Fällebuch soll können vermitteln.

RA. Dr. D. Rilk, Berlin.

Rechtssprechung

Nachdruck der Entscheidungen nur auszugsweise und mit genauer Quellenangabe gestattet

Reichsgericht: Zivilsachen

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

*** 1. §§ 157, 242 BGB.; §§ 23 ff. BGB. Zur Frage der freien Nachprüfbarkeit von Versicherungsbedingungen in der RevInst.

1. Hat eine für einen bestimmten Personkreis gegründete Versicherungsgesellschaft den Versicherungsvertrag mit einem nicht zu diesem Kreis gehörenden Versicherungsnehmer abgeschlossen — in Kenntnis der Sachlage —, so kann sie sich dann zur Begründung ihrer Zahlungsverweigerung nicht darauf berufen, daß sie dem Versicherungsnehmer nach ihren Geschäftsbedingungen grundsätzlich habe keinen Versicherungsschutz gewähren dürfen.

2. Die Anbringung eines seitlichen Beiwagens an einem in Versicherung genommenen Krafttrader vermag möglicherweise die Annahme einer Gefahrerhöhung i. S. der §§ 23 ff. BGB. zu rechtfertigen. Sie ist aber für die Versicherungsgefahr nicht so wesentlich, daß sie das versicherte Fahrzeug zu einem nicht unter die Versicherung fallenden machen könnte.

3. Für die Frage der freien Nachprüfbarkeit der Versicherungsbedingungen in der RevInst. kommt es nur darauf an, ob die Versicherungsbedingungen grundsätzlich für alle gleichartigen Versicherungsverträge des Versicherers zu gelten bestimmt sind, und ob dessen Wirkungskreis über den Bezirk eines OLG. hinausgeht. — Die Versicherungsverträge müssen, um als sog. typische Vertragsurkunden in diesem Sinne gelten zu können, in den Bezirken mehrerer OLG. für eine Vielheit bereits bestehender oder künftiger Rechtsbeziehungen benutzt werden. — Es besteht allerdings kein Anlaß, den Grundsatz der freien Nachprüfbarkeit weiter auszudehnen, als es die Rücksicht auf die Rechtseinheitlichkeit erfordert. †)

Der Kl. ist Halter eines Krafttrades. Auf seinen Antrag, ihn gegen Haftpflicht zu versichern, hat die verklagte Haftpflichtversicherungsgesellschaft seinem Vater, der bei ihr allgemein wegen der Staatsgutsverwaltung D. etwa treffenden Haftpflichtansprüche versichert war, ihr Einverständnis mitgeteilt und einen auf die Staatsgutsverwaltung D. lautenden Versicherungsschein über eine Haftpflichtversicherung für den Halter eines Kraftfahrzeuges übersandt. Nach Abschluß der Versicherung brachte der Kl. an dem Krafttrader einen Beiwagen an, ohne dies der Bf. zu melden. Eines Abends hat er das Krafttrader mit Beiwagen vor einem Gasthof abgestellt. Während er dort saß, bemächtigte sich gegen Mitternacht ohne sein Wissen der Tankstellenwart B., der keinen Führerschein hatte, der Maschine und überfuhr in der Nähe des Gasthofs den Geschäftsführer Th., der von dem Beiwagen erfaßt und schwer verletzt wurde. Auf dessen Klage hat das OLG. rechtskräftig festgestellt, daß der jetzige Kl. dem Verletzten allen künftigen Schaden aus dem

Anfall zu ersetzen habe, soweit dieser nicht von öffentlich-rechtlichen Versicherungsträgern Schadenersatz bekomme.

Mit der jetzigen Klage verlangt der Kl. Feststellung, daß die Bf. verpflichtet sei, ihm für den Unfall Versicherungsschutz zu gewähren und ihn von allen Ansprüchen zu befreien, die Th. wegen des Unfalls gegen ihn jetzt und in Zukunft geltend mache. Das OLG. hat die Klage abgewiesen, das OLG. hat auf Berufung des Kl. die beantragte Feststellung getroffen.

Die Rev. war erfolglos.

1. Die Rev. bemängelt die Ausführungen des Bf. über die Sachbefugnis des Kl.; jedoch zu Unrecht. Allerdings lautet der Versicherungsschein auf die Staatsgutsverwaltung D., nicht auf den Kl. Der Bf. weist aber demgegenüber mit Recht auf die Umstände hin, unter denen die Versicherung zustande gekommen ist. Die Bf. wußte aus dem Versicherungsantrag v. 4. Mai 1933, daß der Kl. und nicht sein Vater oder die Staatsgutsverwaltung Halter des zu versichernden Krafttrades war, und daß der Kl. selbst Versicherungsschutz haben wollte. Sie hat dem Vater des Kl. mitgeteilt, daß sie bereit sei, dem Kl. Versicherungsschutz als Halter des Krafttrades zu gewähren. In dem Versicherungsschein v. 8. Juni 1933 heißt es, sie gewähre Versicherungsschutz, „nach Maßgabe des Antrages v. 4. Mai 1933“. Nach dem Unfall hat sie den Kl. so behandelt, als ob der Versicherungsschein auf seinen Namen laute. Noch im ersten Rechtszuge des jetzt anhängigen Rechtsstreits hat sie gegen die Berechtigung des Kl. aus dem Versicherungsvertrage keine Einwendungen erhoben. Dies alles zeigt, daß nach dem Willen der Vertragsschließenden nicht die Staatsgutsverwaltung D., sondern der Kl. Rechte aus dem Versicherungsvertrage erwerben sollte. Gerade hierin liegt der Unterschied von dem im Urf. vom 6. Juli 1934, VII 108/34 (JurRdschBrVerf. 1934, 248) behandelten Falle. Die Bf. darf sich gegenüber ihrem bisherigen Verhalten nicht darauf berufen, daß sie dem Kl. nach ihren Geschäftsbedingungen grundsätzlich keinen Versicherungsschutz habe gewähren dürfen, weil er kein selbständiger Landwirt war, und deshalb den Versicherungsschein auf die Staatsgutsverwaltung ausgestellt habe. Ein solches Verhalten ist mit der gebotenen Rücksicht auf Treu und Glauben im Verkehrsleben nicht zu vereinigen.

2. Die Anbringung eines seitlichen Beiwagens an dem in Versicherung genommenen Krafttrader vermag möglicherweise die Annahme einer Gefahrerhöhung i. S. der §§ 23 ff. BGB. zu rechtfertigen. Sie ist aber für die Versicherungsgefahr nicht so wesentlich, daß sie das versicherte Fahrzeug zu einem nicht unter die Versicherung fallenden machen, die Eigenschaft der versicherten Sache also aufheben, eine Bestandsveränderung i. S. der einschlägigen Bestimmungen des Versicherungsvertrags begründen könnte. Das ergibt sich schon daraus, daß nach der eigenen Darstellung der Bf. bei ihr die Anbringung eines seitlichen Beiwagens allenfalls zur Erhebung eines Zuschlags von 5 RM zur Jahresprämie von 35 RM führen würde, während andere Versicherungsgesellschaften — wie der Bf. ausdrücklich feststellt — dafür überhaupt keinen Zuschlag verlangen, solange der Beiwagen mit dem Krafttrader verbunden ist.

Soweit aber der Bf. der Richter entsprechend der Verteidigung der Bf. die Anbringung eines seitlichen Beiwagens an dem versicherten Rade und die Inbetriebnahme des so veränderten Kraftfahrzeuges unter dem Gesichtspunkte der Gefahrerhöhung betrachtet und beurteilt hat, schlägt seine Erwägung durch, daß weder der Kl. die insoweit aufgestellte Anzeigepflicht schuldhaft verletzt habe noch die von ihm vorgenommene Gefahrerhöhung auf einem Verschulden des Kl. beruhe (§ 23 Abs. 1 und 2, § 25 Abs. 2 Satz 1 und 2 BGB.). Dabei rechnet ihm der Bf. zugute, er habe der Ansicht sein können, daß durch die Anbringung eines Beiwagens die Gleitgefahr wesentlich vermindert werde und das Fahrzeug ruhiger fahre, daß also trotz

der durch den Beiwagen an sich bedingten Gefahrvergrößerung im Ergebnis die Gefahr durch den Beiwagen nicht höher werde; zudem habe der Kl. wegen der hervorgehobenen Unklarheit in den Tarifbestimmungen der Bekl. des Glaubens sein dürfen, daß diese für die Anbringung eines seitlichen Beiwagens keinen Zuschlag erhebe, sie somit selbst nicht als eine Gefahrerhöhung ansehe, wie ferner — nach Kenntnis des Kl. — auch von anderen Versicherungsgesellschaften in solchen Fällen kein Zuschlag erhoben, also offensichtlich in der Anbringung eines Beiwagens keine wesentliche Gefahrerhöhung gefunden werde. Das BU. beruht demnach in diesem Punkte allein auf einer Würdigung der Schuldfrage, und es liegt im wesentlichen an der eigentümlichen Fassung der Versicherungsbedingungen der Bekl. im Zusammenhang mit den dem Kl. bekannten sonstigen Verhältnissen im Versicherungswesen, daß der Vorderrichter angenommen hat, der Kl. habe eine Anzeige gem. § 23 Abs. 2 VVG. ohne Fahrlässigkeit unterlassen dürfen und eine Verletzung der Vorschrift des § 23 Abs. 1 VVG. beruhe nicht auf einem Verschulden des Kl. Diese Würdigung gründet sich auf die besonderen Umstände des vorl. Falles, die der Vorderrichter im einzelnen geprüft und erwogen hat; einen Rechtsirrtum lassen seine Ausführungen nicht erkennen.

3. In § 3 der erwähnten Besonderen Bedingungen ist die Haftung des Versicherers für Schadenserfahansprüche geregelt, die gegen den Versicherungsnehmer in seiner Eigenschaft als Halter des versicherten Fahrzeugs geltend gemacht werden. Unter Nr. 3 dieser Bestimmungen heißt es:

„Der Versicherungsschutz wird nur dann gewährt, wenn der Führer (sei es der Halter oder eine dritte Person) bei Eintritt des Schadensereignisses einen Führerschein besaß; hat das Fahrzeug ein Dritter geführt, der sich nicht im Besitz eines Führerscheins befand, so wird der Versicherungsschutz dem Halter nur dann gewährt, wenn dieser entschuldbarerweise annehmen konnte, daß der Dritte einen Führerschein besaße.“

Der VerN. hält nach der maßgeblichen Regelung in § 3 Nr. 3 die Ersatzpflicht der Bekl. für gegeben. Die ganze Bestimmung soll sich nach seiner Ansicht nicht auf Schwarzfahrten ohne Führerschein (sog. wilde Schwarzfahrten) beziehen; denn der unbefangene Leser müsse aus dem letzten Halbsatz entnehmen, daß die Bestimmung in Nr. 3 nur Fälle im Auge habe, in denen der Halter einem anderen die Führung des Fahrzeugs überlasse; auf wilde Schwarzfahrten angewendet sei § 3 Nr. 3 Halbs. 2 auch sinnlos, weil in einem solchen Falle der Halter nicht wisse, wer sein Fahrzeug führe, sich also keine Vorstellung darüber mache, ob der unbefugte, ihm unbekannt Führer einen Führerschein besitze. Wenn die Bekl. die Bestimmung in § 3 Nr. 3 auch auf Schwarzfahrten habe angewendet wissen wollen, dann hätte sie — so meint der Vorderrichter — dies deutlicher ausdrücken müssen. Dazu sei sie nach Treu und Glauben verpflichtet. Wer sich versichere, müsse sich ein Bild über den Versicherungsschutz machen können; § 3 Nr. 3 könne deshalb nicht auf wilde Schwarzfahrten bezogen werden.

Diese Auslegung der Besonderen Versicherungsbedingungen durch den VerN. ist in der RevJnst. nicht frei nachzuprüfen. Es handelt sich hier nicht um Versicherungsbedingungen von der Art, wie sie der freien Auslegung des RevG. unterworfen sind. Nach der von ihr vorgelegten Satzung (§ 1) hat die Bekl. ihren Sitz in W. Versicherungsnehmer können nur Betriebsunternehmer sein, die Mitglied einer Thüringer landwirtschaftlichen Berufsgenossenschaft sind; diese können auch mit ihren außerhalb des Gebiets der Berufsgenossenschaft, aber in Thüringen oder in benachbarten Gebieten gelegenen land- und forstwirtschaftlichen, sowie zugehörigen gewerblichen Betrieben aufgenommen werden (§ 12). Nach § 32 der Satzung gilt für Streitigkeiten aus dem Versicherungsverhältnis als Gerichtsstand der jeweilige Sitz der Anstalt. Danach ist für die bei der Bekl. versicherten thüringischen Landwirte für Streitigkeiten aus dem Versicherungsvertrag ein allgemeiner Gerichtsstand in W. begründet. Die mündlich vorgetragene Meinung der Rev., daß diese Regelung nicht für den Kl. in seinem Vertragsverhältnis zur Bekl. gelten könne, weil er nicht zu dem in § 12 bezeichneten Kreise von Personen gehöre, für welche die Versicherungseinrichtungen der Bekl. satzungsgemäß bestimmt seien, kann nicht als richtig

anerkannt werden; denn wenn der Kl. einmal zur Versicherung zugelassen worden ist, muß die allgemeine Regelung auch für das Vertragsverhältnis mit ihm gelten. Aber für die Frage der freien Nachprüfbarkeit der Versicherungsbedingungen in der RevJnst. kommt es hierauf nicht an. Entscheidend für diese Frage ist vielmehr nur, ob die Versicherungsbedingungen grundsätzlich für alle gleichartigen Versicherungsverträge des Versicherers zu gelten bestimmt sind und ob dessen Wirkungskreis über den Bezirk eines OLG. hinausgeht (RGZ. 81, 117 = JW. 1913, 316²; RGZ. 144, 301 = JW. 1934, 1849²; RGZ. 149, 69 = JW. 1936, 319²; RGEntsch. v. 25. Okt. 1935, VII 77/35, abgedr.: JurRdschPrVerf. 1935, 361 Nr. 1). Die Versicherungsverträge müssen, um als sog. typische Vertragsurkunden in diesem Sinne gelten zu können, in den Bezirken mehrerer OLG. für eine Vielheit bereits bestehender oder künftiger Rechtsbeziehungen benutzt werden. Der Grund für diese Beschränkung der freien Auslegbarkeit „typischer“ Vertragsurkunden in der RevJnst. liegt, wie in der Rspr. des RG. seit langer Zeit feststeht, darin, daß verhindert werden soll, daß die Allgemeinen oder die allgemeine für alle Versicherungsverträge bestimmter Art geltenden Besonderen Bedingungen etwa von verschiedenen OLG. verschieden ausgelegt werden. Die Rücksicht auf die Rechtseinheitlichkeit erfordert ihre gleichmäßige und ohne Rücksicht auf den einzelnen Streitfall übereinstimmende Auslegung (RGEntsch. v. 17. Okt. 1933, III 128/33, abgedr.: JW. 1934, 346²). Es besteht aber kein Anlaß, den Grundsatze der freien Nachprüfbarkeit weiter auszudehnen, als es die bezeichnete Rücksicht erfordert. Im vorl. Fall ist die Gefahr nicht einheitlicher Auslegung der maßgeblichen Versicherungsbedingungen durch verschiedene OLG. nicht begründet, obwohl der Geschäftsbereich der Bekl. sich nicht auf den Oberlandesgerichtsbezirk Jena beschränkt, vielmehr auch die zum OLG. Erfurt (OLG. Naumburg) gehörigen Gebiete des Landes Thüringen umfaßt. Denn im Rahmen der erwähnten Rücksicht ist nicht in Betracht zu ziehen, daß ein Streitfall der vorl. Art, worin über die Auslegung der einschlägigen Versicherungsbedingungen zu entscheiden sein wird, im zweiten Rechtszug vor das OLG. Naumburg oder ein anderes OLG. außer dem zu Jena gelangen könnte. Nach der Vorschrift in § 32 der Satzung hat die verklagte Anstalt ihren Gerichtsstand für alle Streitigkeiten aus dem Versicherungsverhältnisse an ihrem Sitze, also im Bezirke des OLG. Jena, und es ist nicht damit zu rechnen, daß für sie gem. § 48 VVG. auch der besondere Gerichtsstand am Wohnsitze oder an dem Orte der gewerblichen Niederlassung eines Versicherungsagenten in Frage kommen könnte. Daß die Bekl. überhaupt Agenten beschäftigt, und insbes. solche, die außerhalb des Sitzes der Anstalt in jenen Landesteilen, die zum Oberlandesgerichtsbezirk Naumburg gehören, ihre gewerbliche Niederlassung haben, ist im vorl. Verfahren nicht herorgetreten. Weber auf dem Amtrage des Kl. noch auf dem Versicherungsscheine der Bekl. ist irgendein Vermerk enthalten, der die Mitwirkung eines Agenten ersehen ließe. Es fehlt an jedem Anhalte dafür, daß eine Mitwirkung von Agenten in dem auf der Grundlage der Gemeinnützigkeit aufgebauten Geschäftsbetriebe der Bekl. überhaupt stattfindet. Die Möglichkeit, daß dies dennoch der Fall sein könnte, und daß ausnahmsweise doch einmal ein Streit der vorl. Art vor ein anderes OLG. als das OLG. Jena gelangen könnte, ist nicht glaubhaft gemacht und erscheint dem erf. Sen. jedenfalls so gering, daß von der Anwendbarkeit des Grundsatzes der freien Auslegbarkeit, der eine Ausnahme von einer sonst geltenden Rechtsregel bildet und bilden muß, unbedenklich abgesehen werden kann. Auch der Hinweis der Rev. in der mündlichen Verhandlung, daß ausnahmsweise dennoch ein Rechtsstreit der vorl. Art im zweiten Rechtszuge vor ein anderes OLG. gelangen könne, z. B., wenn die verklagte Anstalt selbst einmal außerhalb ihres Sitzes zu klagen, etwa eine verneinende Feststellungsklage zu erheben, veranlaßt sein sollte, kann eine andere Beurteilung nicht rechtfertigen. Solche Ausnahmen können möglicherweise auch dann einmal eintreten, wenn der Geschäftsbereich eines Versicherers ausschließlich auf den Bezirk eines einzelnen OLG. beschränkt ist. Seltene Ausnahmefälle dieser Art vermögen eine weitergehende Durchbrechung des allgemein gültigen Grundsatzes der beschränkten Nachprüfbarkeit der Auslegung von Vertragsurkunden in der RevJnst. nicht zu begründen.

Danach hat der erl. Sen. nur zu prüfen, ob die Auslegung des BG. in dem bezeichneten Punkte (§ 3 Nr. 3 der Besonderen Bedingungen) den allgemeinen Auslegungsgrundsätzen widerspricht. Dies ist nicht der Fall. Die Auslegung des Vorderrichters, wonach für sog. wilde Schwarzfahrten der vertragliche Versicherungsschutz nicht ausgeschlossen ist und die Beschränkung in § 3 Nr. 3 der Besonderen Bedingungen (Erfordernis des Führens) für Haftpflichtfälle aus solchen Fahrten nicht in Betracht komme, ist weder unmöglich noch tritt darin eine Verletzung der allgemeinen Auslegungsregeln oder eines sonstigen Rechtsfehlers zutage. Bei dem engen Zusammenhange, in dem die verschiedenen Vorschriften des § 3 Nr. 3 der Bedingungen äußerlich wie innerlich zueinander stehen, kann der bezeichneten Auslegung mit rechtlichen Erwägungen nicht entgegengetreten werden.

(RG., VII. ZivSen., U. v. 20. Nov. 1936, VII 111/36.) [R.]

(= RGZ. 153, 62.)

Anmerkung: I. Zu dem rein vertragsrechtlichen Teil des Urteils ist nichts weiter zu bemerken. Dem RG. ist darin zuzustimmen, daß von einer schuldhaften Verletzung der Gefahrhandspflicht nicht gesprochen werden kann, wenn durch die Erhöhung des Risikos in einem Punkte gleichzeitig die Gefahrlage in einem anderen Punkte verbessert wird („Gefahrenaufrechnung“) — und die Identität der versicherten Sache bleibt trotz größter Gefahrerhöhung immer gewahrt, selbst wenn die höhere Gefahr „nach den für den Geschäftsbetrieb des Versicherers maßgebenden Grundsätzen auch gegen eine höhere Prämie nicht übernommen“ wird (§ 41 Abs. 2 BGB.). Daß der haftpflichtversicherte Autohalter auch gegen Ansprüche aus einer Schwarzfahrt gedeckt ist — wie das BU. angenommen hat —, entspricht der h. M. (RG.: WluffBrVerf. 1932 Nr. 2384 = JurRdschBrVerf. 1932, 6; Prölsch, Anm. 4 zu § 3 AllgKraftfahrzVerfBed. — S. 280 —; Stiefel 64, 65). Interessanter sind die beiden anderen Fragen.

II. Das RG. nimmt an, daß nach den Grundsätzen von Treu und Glauben die Aktivlegitimation des Kl. nicht bestritten werden könne. Auch körperschaftsrechtliche Erwägungen würden zu diesem Ergebnis geführt haben: Nach der Satzung können nur selbständige Landwirte bei dem beklagten VVaG. versichert werden. Das gilt aber, wenn, wie anzunehmen ist, die Satzung nichts anderes vorschreibt, nur für Mitglieder, nicht für Versicherte (Koenige-Petersen³, Anm. 1 zu § 20). Der beklagte Verein kann also ohne Bedenken im Wege der Fremdversicherung auch solche Personen versichern, die die Voraussetzungen für die Mitgliedschaft nicht erfüllen. Hier ist erkennbar eine Versicherung für fremde Rechnung gewollt: Der Kl. hat einen Versicherungsantrag gestellt, „nach Maßgabe des Antrages“ ist dem Vater des Kl. — der Mitglied des beklagten Vereins werden konnte — der Versicherungsschein für das Kraftfahrzeug zugefertigt worden.

III. Für die Revisibilität von Versicherungsbedingungen verlangt das RG., daß die Bedingungen im Bezirk mehrerer OLG. gelten (vgl. § 554 ZPO.). Infolgedessen hat es stets abgelehnt, die Auslegung der Bedingungen durch ein OLG. frei nachzuprüfen, wenn sie nicht über den Bezirk eines OLG. hinaus gelten (vgl. z. B. RGZ. 113, 278; JurRdschBrVerf. 1935, 361).

Hier ist nun die Frage aufgeworfen worden, ob die Bedingungen nur dann nicht revisibel sind, wenn a u s n a h m s = l o s ein und dasselbe OLG. mit ihnen befaßt wird, oder ob eine freie Nachprüfung schon dann einsetzen kann, wenn a u s n a h m s w e i s e ein anderes OLG. in die Lage kommt, die Bedingungen auszulegen. Das RG. will die Bedingungen in keinem der beiden Fälle frei nachprüfen — mit Recht. Die uneinheitliche Auslegung gleichlautender Bedingungen ist für die Öffentlichkeit und den praktischen Versicherungsbetrieb nur dann von Belang, wenn die Bedingungen mit einer gewissen Regelmäßigkeit von verschiedenen OLG. angewandt und ausgelegt werden müssen. Hat grundsätzlich nur ein OLG. zu entscheiden und nur ausnahmsweise ein anderes, so wird sich möglicherweise jenes andere Gericht der ständigen Praxis häufig mit der Auslegung der Bedingungen befassen OLG. anschließen — und selbst eine einzelne abweichende Entsch. würde

weder die Öffentlichkeit beunruhigen noch den Versicherungsbetrieb zu stören vermögen.

Der bloße Hinweis auf § 48 BGB. kann übrigens dem RG. die freie Nachprüfung nicht ermöglichen; denn wenn diese Vorschrift auch unanfechtbar ist, so müssen doch die tatsächlichen Voraussetzungen ihrer Anwendung dargetan werden; es muß also glaubhaft gemacht werden, daß das Versicherungsunternehmen mit einer Außenorganisation arbeitet. Ist das nicht der Fall, so läßt sich über § 48 BGB. die Revisibilität der Bedingungen nicht begründen.

Es kann aber vorkommen, daß die Bedingungen revisibel sind, obwohl sie nur im Bezirk eines OLG. angewendet werden und ein anderes OLG. kaum jemals berufen sein wird, sie auszulegen — nämlich dann, wenn diese Bedingungen mit den in den Bezirken anderer OLG. gebräuchlichen wörtlich übereinstimmen, also nicht auf den besonderen örtlichen Wirkungskreis zugeschnitten sind (Verbandsbedingungen). So liegen die Dinge z. B. bei den meisten öffentlichen Feuerversicherungsanstalten, soweit es sich um die Mobiliarfeuerversicherung und um die Einbruchdiebstahlversicherung handelt. In solchen Fällen muß das RG. befugt sein, die Bedingungen frei auszulegen; denn auch hier muß „die übereinstimmende Auslegung und Anwendung der Bedingungen für alle ihnen unterstellten Rechtsverhältnisse“ gesichert werden; es wäre unerträglich, wenn dieselben Bedingungen in Hamburg und in Harburg verschieden ausgelegt werden könnten.

RA. Dr. Erich R. Prölsch, Hamburg.

2. § 537 Abs. 2 BGB. „Zugesicherte Eigenschaften“. Nicht jede durch Frage des anderen Vertragsteils verursachte wichtige Erklärung über Eigenschaften der Kauf- (Miet-, Pacht-) Sache wird zugesicherte Eigenschaft, sondern nur eine solche, die nach beiderseitigem Willen Vertragsbestandteil werden soll.

Die Bekl. haben gegenüber der Behauptung, daß sie mit Leistungen aus dem Pachtvertrage rückständig und deshalb zur Zahlung, aber auch zur Räumung verpflichtet seien, u. a. geltend gemacht, sie seien von der Kl. auf ihre Frage nach dem Umsatz des Vorpächters arglistig getäuscht worden. Die Kl. und ihr Schwiegersohn hätten ihnen nämlich den Monatsumsatz auf 10 000 RM angegeben, während ihnen bekannt gewesen sei, daß der Vorpächter J. trotz seiner Tüchtigkeit einen weit geringeren Umsatz gehabt und deshalb von der Fortsetzung der Pacht abgesehen habe. Gegenüber dem Bestreiten der Kl. hat das BG. auf Grund der Zeugenaussagen tatsächlich festgestellt, daß die Kl. und ihr Schwiegersohn die behaupteten Angaben gemacht haben. Es findet in diesen Angaben über den Umsatz des Vorpächters die Zusicherung einer Eigenschaft i. S. des § 537 Abs. 2 BGB. Nach Anlaß und Zweck der von den Bekl. gestellten Frage nach dem Umsatz sei es für die Verpächterin ohne weiteres erkennbar gewesen, welche Bedeutung die Gegner jenen Angaben beigemessen hätten, indem sie davon offensichtlich ihre Entschließung über die Zusage des von ihnen geforderten Pachtzinses abhängig machen wollten. Das sei für die Kl. und ihren Schwiegersohn um so klarer gewesen, als sie gewußt hätten, daß der geforderte Pachtzins zum mindesten außerordentlich hoch und nur bei einem entsprechenden Geschäftsumsatz aufzubringen gewesen sei. Auf die Betriebsergebnisse des Vorpächters, dessen berufliche Tüchtigkeit außer Streit sei, habe sich ein Nachfolger verlassen und darauf bauen können, daß das eine besonders zuverlässige Grundlage für die Beurteilung der Ertragsfähigkeit des Unternehmers darstelle. Aus den Umständen sei somit unmißverständlich zutage getreten, daß die Pächter nicht lediglich eine einseitige Schätzung oder bloße Meinungsäußerung des anderen Teils hätten hören wollen, sondern daß es ihnen auf eine verbindliche und ernstliche Zusage angekommen sei, für deren Richtigkeit die Kl. einzustehen habe, indem sie selbst nur beim Vorhandensein einer solchen Zusicherung abzuschließen gedächten. Nach Treu und Glauben hätten die Bekl. wenigstens die Erklärungen der Kl. und ihres Schwiegersohns in dieser Form verstehen müssen. Gegen die nach den Umständen begründete Annahme einer Zusicherung spreche es auch nicht, daß

diese Zusicherung in der Vertragsurkunde nicht niedergelegt sei, denn bei einer Abrede von derartiger Erheblichkeit, wie sie hier zu bejahen sei, rechtfertige sich ohne weiteres die Auffassung, daß die Parteien dauernd an ihr hätten festhalten wollen. Das folge schon daraus, daß die Pächter gerade wegen der Zusicherung abschlußbereit gewesen seien. Damit werde die zu vermutende Vollständigkeit der Vertragsniederschrift ausreichend widerlegt.

Die erörterte Garantierung einer Eigenschaft des Pachtgegenstandes sei ein wesentlicher Teil des Pachtvertrages selbst und hätte nach § 566 BGB. der Schriftform bedurft. Mangels Einhaltung dieser Form fehle es an einem schriftlichen Vertrage und das Pachtverhältnis gelte nur auf unbestimmte Zeit. Es sei nach § 595 BGB. kündbar. Zwar sei die im Nov. 1934 durch die Klagerhebung erklärte Kündigung zunächst nur als fristlose gemeint gewesen. Aus den Umständen und dem im Rechtsstreit ausgedrückten Willen der Kl. folge aber, daß diese das Pachtverhältnis auf alle Fälle lösen und deshalb wenigstens zum nächsten zulässigen Termin kündigen wolle. Infolgedessen sei der Räumungsanspruch seit Ablauf des zweiten Pachtjahres, also seit dem 31. Dez. 1935 begründet.

Den Zahlungsanspruch erachtet das BG. dagegen für unbegründet, weil die unrichtige Zusicherung der Kl. zum mindesten, auch wenn sie nicht arglistig erfolgt sein sollte, ein Minderungsrecht der Bekl. begründe und die Minderung nach den näheren Ausführungen eine ungedeckte Schuld der Bekl. über den vom LG. zuerkannten Betrag hinaus nicht mehr bestehen lasse.

Die Rev. gegen diese Entsch. ist begründet.

Die Angabe über Höhe des früheren Umsatzes kann, insbes. bei Verpachtung einer Gastwirtschaft, die Zusicherung einer Eigenschaft sein, denn es ist in ständiger Rspr. angenommen worden, daß unter den Begriff einer Eigenschaft auch tatsächliche Verhältnisse fallen, welche zufolge ihrer Beschaffenheit und vorausgesetzten Dauer nach der Verkehrsanschauung Einfluß auf die Werthschätzung der Sache zu haben pflegen (RGZ. 52, 1; JW. 1902, 270), wie es auch nicht erforderlich ist, daß die Zusicherung auf die Zukunft gerichtet ist (RGZ. 56, 47; 95, 176 = JW. 1919, 446). Eine vertragliche Zusicherung, die Gewährleistungsansprüche begründet und für die das Formerfordernis des § 566 BGB. allein in Betracht kommen kann, liegt aber nur vor, wenn beide Teile die Zusicherung als Bestandteil des Vertrages gewollt haben, wenn sie als Vertragsinhalt von dem einen, hier den Pächtern, gefordert, von dem anderen, hier der Verpächterin, erteilt ist (RGZ. 54, 219; WarnRspr. 1914 Nr. 48). Dieser Wille kann nicht schon deshalb bejaht werden, weil die Angabe über eine Eigenschaft für den anderen Vertragsteil hinsichtlich der Rentabilität der Pachtung oder des Kaufes von besonderer Wichtigkeit sein müßte (RGZ. 101, 64) oder weil sie durch eine Frage des anderen Vertragsteils verursacht wurde. Auch in einem solchen Falle bedarf es noch besonderer Anzeichen dafür, daß eine Zusicherung als Vertragsbestandteil gewollt und gegeben ist, denn nicht jede wichtige und für die Entschließung des anderen Teils zum Vertragsabschluß maßgebliche Zusicherung ist auch eine vertragliche. Andernfalls würde bei Besprechungen über Eigenschaften der Sache die Grenze zwischen Irrtum des Pächters oder Käufers im Beweggrund mit Beschränkung auf die Rechte aus arglistiger Täuschung einerseits und vertraglicher Zusicherung von Eigenschaften mit voller Haftung aus Vertragsverletzung andererseits gänzlich verwischt sein. Es entspricht aber nicht der Rechtslage und der Verkehrsanschauung, daß der Verkäufer, Vermieter oder Verpächter, der auf die Frage des anderen oder in Erkenntnis der Wichtigkeit seiner Äußerung Angaben über Verhältnisse macht, die als Eigenschaft der Sache gelten können, unterschiedslos für ihre Richtigkeit aus Vertrag haftet. Deshalb hat das RG. (WarnRspr. 1914 Nr. 48) in einem Falle, in dem die angeblige Zusicherung in der Vertragsurkunde keine Aufnahme gefunden hatte, die Angabe als vertragliche Zusicherung nicht gelten lassen, und das, obwohl der andere Vertragsteil behauptet hatte, er habe gerügt, daß in der Vertragsurkunde die Angabe über die Geschäftseinnahmen fehle, und darauf sei diese Angabe mündlich wiederholt worden.

Geht man von diesen Anforderungen an den Nachweis einer vertraglichen Zusicherung aus, so hat das BG. seiner tatsächlichen Feststellung einer solchen keine rechtlich ausreichende Grundlage gegeben. Es hat wohl erwogen, daß die Bekl. auf die Umsatzhöhe des Vorpächters großen Wert legten, daß sie ihr die Bedeutung mit Recht beimaßen und sich von der Angabe der Kl. in ihrer Entschließung bestimmen ließen, ferner daß die Gegenseite die falsche Angabe machte, obwohl ihr erkennbar war, welches Gewicht die Bekl. der Angabe für ihren Entschluß beilegten. Es hat aber zu Unrecht angenommen, daß diese Umstände für sich allein schon ergäben, es sei eine vertragliche Zusicherung zustande gekommen. Das erforderte bei den Bekl. den Willen, einen vertraglichen Anspruch aus der Zusicherung zu erwerben, und bei der Kl. die Absicht, sich durch die Angabe vertraglich zu verpflichten. Gerade wenn die Kl. die Angabe über die Umsatzhöhe unrichtig oder auch nur ohne Unterlage machte, spricht das nur gegen das Vorhandensein eines solchen Verpflichtungswillens. Daß der Wille, einen Vertragsanspruch zu erwerben, bei den Bekl. vorhanden war, darf auch nicht schon daraus gefolgert werden, daß sie auf die Richtigkeit der Angabe vertrauten und an dieser Richtigkeit ein erhebliches Interesse hatten. Gerade wenn sie an ihr nicht zweifelten, liegt die Absicht, sie zum Vertragsinhalt zu machen, nicht besonders nahe. Besondere Umstände hat das BG. dem Fall nicht entnommen, die für das Zustandekommen einer vertraglichen Zusicherung beweiskräftig erscheinen. Solcher Beweise hätte es um so mehr bedurft, als das Schweigen der Vertragsurkunde über die angeblige Zusicherung gegen ihre Vertragsnatur spricht. Diejenige Umstände hat das BG. mit Unrecht gar keine Bedeutung beigelegt. Es glaubt vielmehr, aus allgemeinen Erwägungen, die an sich rechtlich nicht ausreichen, das Vorliegen der vertraglichen Zusicherung entnehmen zu können, und spricht dem Inhalt der Vertragsurkunde und ihrer anscheinenden Unvollständigkeit ohne weiteres die Bedeutung ab, weil eben die Zusicherung vertraglich gegeben sei. Daß aber die Urkunde über eine solche Zusicherung völlig schweigt, mußte so lange gegen den Willen der Beteiligten zur vertraglichen Zusicherung sprechen, als kein Grund dafür ersichtlich war, diese angeblige Vertragsbestimmung trotz ihrer Wichtigkeit aus der Urkunde wegzulassen.

(U. v. 12. Nov. 1936; IV 148/36. — Köln.)

[R.]

**** 3.** § 777 Abs. 1 Satz 2 BGB. Rechtsnatur der Anzeige des Gläubigers an den Zeitbürgen. Die Stundungsgesetzgebung hindert den Gläubiger nicht, durch eine Anzeige nach § 777 Abs. 1 Satz 2 BGB. die zeitliche Begrenzung der Bürgschaftsverpflichtung zu beseitigen. †)

Die Kl. gewährte der Wohnungsbau mbH. im Jahre 1929 ein Darlehen von 30 000 RM., das durch Hypotheken sichergestellt wurde. Die Bekl. übernahm unter Verzicht auf die Einrede der Vorausklage die Bürgschaft für das Darlehen, jedoch mit der Einschränkung: „Die Bürgschaft erlischt am 31. Dez. 1934.“

Durch § 1 WD. des RPräf. v. 11. Nov. 1932 wurde vorgeschrieben, daß die Rückzahlung einer durch Hypothek an inländischen Grundstücken gesicherten Forderung nicht vor dem 1. April 1934 verlangt werden könne. Diese Stundungsfrist wurde mehrfach verlängert zunächst um ein Jahr (§ 4 Gef. v. 20. Dez. 1933), dann bis zum 1. Juli 1936 (§ 11 Gef. v. 20. Dez. 1934), im Dez. 1935 erfolgte eine weitere Verlängerung der Stundung um drei Jahre. Sollte es sich jedoch um eine zinsgesenkte Forderung i. S. der §§ 1, 2 in Kap. III WD. des RPräf. v. 8. Dez. 1931 handeln, was nicht festgestellt ist, so würde der Gläubiger nach § 4 a. a. D. die Forderung nicht vor dem 31. Dez. 1933 haben kündigen können. Durch § 1 des erwähnten Gef. v. 20. Dez. 1933 ist der Kündigungsfrist bis 31. Dez. 1934 und durch § 9 Gef. v. 20. Dez. 1934 bis 31. Dez. 1935 und im Dez. 1935 um drei Jahre bis zum 31. Dez. 1938 verlängert worden.

Bevor das dritte StundungsG. v. 20. Dez. 1934 erlassen wurde, verhandelten die Parteien im Nov. 1934 über die ver-

tragsmäßige Verlängerung der Bürgschaft, dieser Briefwechsel wurde auch nach dem 1. Jan. 1935 fortgesetzt. Die Kl. behauptet, sie habe die Anzeige nach § 777 Satz 2 BGB. erstattet, obwohl sie dazu wegen der Stundung der Hauptforderung nicht verpflichtet gewesen sei. Eine solche Anzeige sei schon früher erklärt und jedenfalls in ihrem Briefe v. 24. Jan. 1935 enthalten und noch rechtzeitig geschehen. Da die Befl. die Wirksamkeit der Bürgschaft bestreitet, hat die Kl. die Feststellung begehrt, daß die Befl. aus der Bürgschaft noch hafte.

Der vom BG. abgewiesenen Klage hat das OBG. stattgegeben. Die Rev. war ohne Erfolg.

Hat sich der Bürge für eine bestehende Verbindlichkeit auf bestimmte Zeit unter Verzicht auf die Einrede der Vorausklage verbürgt, so wird er nach dem Ablaufe der bestimmten Zeit frei, wenn nicht der Gläubiger ihm unverzüglich anzeigt, daß er ihn in Anspruch nehme. Danach wird die Haftung des Bürgen zunächst kraft Gesetzes um die kurze Zeitspanne verlängert, welche erforderlich ist, um dem Gläubiger die unverzügliche Anzeige zu ermöglichen; denn der Bürge wird nicht mit, sondern nach dem Ablaufe der Frist frei, wenn nicht der Gläubiger die Anzeige erstattet. Das Gesetz legt sodann der einseitigen Erklärung des Gläubigers die Macht bei, daß die zeitliche Begrenzung der Bürgschaft hinausgeschoben oder überhaupt beseitigt wird. Daß gerade die Worte, der Bürge werde in Anspruch genommen, gebraucht werden müßten, ist aus dem Gesetze nicht zu entnehmen. Nach dem Sinn und Zweck der Vorschrift muß aus der Erklärung der Wille des Gläubigers deutlich hervorgehen, daß der Bürge weiter haften solle, ohne sich auf die zeitliche Beschränkung seiner Haftung berufen zu können. Im Schrifttum herrscht Streit darüber, was unter der „Anzeige“ i. S. des Gesetzes zu verstehen ist. Im Anschluß namentlich an *Rein*, *Anzeigepflicht im Schuldrecht* 1908, der an seiner Ansicht im *ArchBürgR.* 33, 250 gegenüber Angriffen festgehalten hat, meint das OBG., die Anzeige sei kein Rechtsgeschäft, sondern eine Rechtshandlung, also die Äußerung eines Willens, welche Rechtswirkungen hervorbringe, auch ohne auf diese gerichtet zu sein. Demgegenüber nehmen *Planck*, *BGB.*, § 777 Anm. 4 b unter Anführung weiteren Schrifttums und *Staudinger*, 9. Aufl., Anm. 2 f zu § 777 an, daß eine rechtsgeschäftliche einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung gemeint sei (vgl. auch *RGRKomm.*, *BGB.*, Vorbem. 1 vor § 104). Kein Zweifel kann darüber bestehen, daß eine empfangsbedürftige Erklärungshandlung des Gläubigers vorliegen muß. Eine solche nimmt auch *Reina* a. a. O. an, indem er S. 32 sagt, der Anzeigende müsse den Willen zur Erklärungstätigkeit haben und S. 40, die Erklärung sei empfangsbedürftig. Jener Meinungsstreit über die Einordnung der Anzeige über bestimmte Rechtsbegriffe bedarf keiner Entsch., sofern nur im einzelnen Fall den Vorschr. des § 777 BGB. hinsichtlich der Anzeige genügt ist.

Das BG. will nun allerdings seine Ansicht über die Rechtsnatur der Anzeige bei der Auslegung des Briefes v. 24. Jan. 1935 verwerten. Aber das Urteil beruht nicht darauf. Der VerR. findet in dem Briefe eine doppelte Äußerung. Die Kl. lege darin ihre Meinung dar, daß durch das StundungsG. die Bürgschaftsverpflichtung verlängert sei, weil die Kl. durch das StundungsG. gehindert sei, gegen die Hauptschuldnerin Klage zu erheben, wobei sie offenbar an den Fall des § 777 Satz 1 gedacht habe. Mit dem ersten Satz des Briefes, die Kl. müsse darauf bestehen, daß die Bürgschaft der Befl. weiter bestehe, bringe sie ihren Willen zum Ausdruck, die Haftung solle jedenfalls nicht erlöschen, die Befl. werde als Bürgin noch in Anspruch genommen. Es war auch nicht unzulässig, zur Auslegung die vor dem 1. Jan. liegenden Briefe der Kl. heranzuziehen, wenngleich diese als Anzeige nach *RGZ.* 96, 133 = *JW.* 1919, 823 nicht in Betracht kamen. In diesen Briefen hatte die Kl. Zahlung von der Befl. verlangt und erklärt, sie wolle Rechte aus der Bürgschaft nicht aufgeben oder verlieren. Das BG. nimmt an, daß die Kl. ihren Willen geäußert habe, die Befl. noch (nach dem Zeitablauf) in Anspruch zu nehmen; es läßt nur offen, ob der Wille der Kl. daneben gerade darauf gerichtet gewesen sei, die Wirkung der Anzeige herbeizuführen. Das OBG. stellt ausdrücklich fest, daß der Brief eine Anzeige i. S. des § 777 Abs. 1 Satz 2 enthalte. Gegenüber dieser einwandfrei getroffenen Feststellung ist un-

erheblich der Zusatz, der Wille des Anzeigenden brauche nicht auf die Hervorbringung der an die Anzeige geknüpften gesetzlichen Wirkung gerichtet zu sein. Denn der Zweck der Vorschrift ist, dem Bürgen klarzumachen, daß er mit seiner Inanspruchnahme noch zu rechnen habe. Dieser Zweck ist hier voll erreicht. Da aber hiernach die Anzeige nach § 777 Abs. 1 Satz 2 richtig gemacht worden ist, so ist unerheblich, ob die Kl. die Bedeutung der beiden Sätze im § 777 Abs. 1 BGB. völlig klar erkannt hat. Da eine Form und der Gebrauch bestimmter Worte für die Anzeige nicht vorgeschrieben sind, so ist ein besonders strenger Maßstab bei der Beurteilung der Erklärung i. S. des § 777 Abs. 1 Satz 2 nicht anzulegen. Die Auslegung des BG. ist möglich und enthält keinen Rechtsverstoß. Die Kl. war gegen die ihr nachteilige Stundungsgesetzgebung machtlos. Wenn sie infolgedessen von 1932 bis 1939 weder die Hauptschuldnerin noch die Bürgin in Anspruch nehmen konnte, so war sie dadurch nicht rechtlich gehindert, vorsorglich von der ihr eingeräumten Befugnis Gebrauch zu machen, durch Anzeige nach § 777 Abs. 1 Satz 2 BGB. die zeitliche Begrenzung der Bürgschaftsverpflichtung zu beseitigen. Die Rev. meint, eine Anzeige i. S. des § 777 Satz 2 BGB. komme nicht in Frage und sei nicht zulässig, weil die Vorschrift die Möglichkeit voraussetze, die Bürgschaftschuld einzuziehen. Dem ist nicht beizutreten. Eine Pflicht des Gläubigers, den Bürgen alsbald zu verklagen, ist dem Gesetze nicht zu entnehmen. Der Zweck der Anzeige, dem Bürgen den Einwand zu nehmen, die Bürgschaft sei infolge Ablaufs der zeitlichen Begrenzung erloschen, ist auch in dem Fall erreichbar, wenn der Gläubiger auf Jahre hinaus gesetzlich gehindert ist, den Hauptschuldner und den Bürgen in Anspruch zu nehmen. Die Stundungsvorschriften enthalten nichts darüber und es kann entgegen der Annahme der Rev. nicht als Wille des Gesetzgebers angesehen werden, daß dem Gläubiger über die ihm auferlegte Stundung hinaus die Rechtsbehelfe aus § 777 Abs. 1 mit dem Ergebnis abgeschnitten werden sollten, daß er die in der Bürgschaft bestehende Sicherheit von vornherein verliere (*Schlegelberger-Sarmenting*, *Das Hypothekensmortuarium* 1933, Nr. 11 zu § 1).

Unter den besonderen Umständen des Falls durfte das BG. die Erklärung v. 24. Jan. noch als eine unverzügliche ansehen. (Wird ausgeführt.)

(RG., VI. ZivSen., II. v. 17. Dez. 1936, VI 257/36.) [2.]

Anmerkung: Das Urteil behandelt Rechtsfragen der sogenannten *Zeitbürgschaft*. Steht dem Bürgen die Einrede der Vorausklage nicht zu, so wird er nach dem Ablaufe der bestimmten Zeit frei, wenn nicht der Gläubiger ihm unverzüglich anzeigt, daß er ihn in Anspruch nehme (§ 777 Abs. 1 S. 2 BGB.). Ist diese Anzeige erfolgt, so bleibt die Haftung des Bürgen bestehen. Jedoch beschränkt sie sich auf den Umfang, den die Hauptschuld bei Fristablauf hat. Hat der Gläubiger diese Anzeige ohne schuldhaftes Zögern (§ 121 BGB.) nicht gemacht, so wird der Bürge frei.

Vor dem Ablaufe der bestimmten Zeit hat der Gläubiger die Inanspruchnahme des Bürgen nicht einzuleiten (*RGRKomm.* § 777 Anm. 2). Eine allgemeine Sorgfaltspflicht ist dem Gläubiger gegenüber dem Bürgen grundsätzlich nicht auferlegt (*RGZ.* 87, 328; 88, 411 = *JW.* 1916, 1476). Im gemeinen Recht bestand für den Gläubiger dem Bürgen gegenüber die Pflicht, seine Rechtsverfolgung gegen den Hauptschuldner sorgfältig zu betreiben. Er haftet für culpa in exigendo. Das BGB. kennt Gläubigerpflichten nur in zwei Fällen: a) bei Aufgabe von Sicherheiten, § 776 BGB., b) bei der Zeitbürgschaft, § 777 BGB. (*Heck*, „Grundriß des Schuldrechts“, § 127 Anm. 3).

Mit Recht hebt das RG. zunächst hervor, daß der Bürge nicht mit, sondern erst nach dem Fristablauf frei werden kann. Für die Weiterhaftung des Bürgen ist die unverzügliche Anzeige des Gläubigers von entscheidender Bedeutung. Hier hat das RG. zwei Fragen aufgeworfen:

1. Welche Rechtsnatur hat die Anzeige?
2. Welche Worte muß sich der Gläubiger in der Anzeige bedienen?

Das BGB. spricht an verschiedenen Stellen von einer

Anzeige (vgl. z. B. § 170 Anzeige des Erlöschens der Vollmacht, § 374 Abs. 2 Anzeige der Hinterlegung, § 409 Anzeige der Abtretung einer Forderung, § 478 Anzeige von Mängeln der Kaufsache, § 485 Anzeige beim Viehkauf, § 545 Anzeige bei der Miete, § 639 Anzeige beim Werkvertrag, § 663 Anzeige der Ablehnung des Auftrages usw.). Zu dem Streit der Meinungen, in welche Hauptgruppe der juristischen Handlungen die Anzeige einzuordnen sei, nimmt das RG. nicht entscheidend Stellung. Einer solchen Stellungnahme bedurfte es im vorl. Fall auch nicht. Die Rechtsnatur der Anzeige kann nicht allgemein, sondern nur von Fall zu Fall entschieden werden. So kann z. B. die Anzeige nur den Charakter einer Mitteilung haben (z. B. § 409 BGB.), während in anderen Fällen eine geschäftsähnliche Handlung vorliegt (Cecerus-Ripperden, Allgemeiner Teil, § 128, S. 415 ff.). M. E. handelt es sich bei der Anzeige des § 777 Abs. 1 S. 2 BGB. um eine geschäftsähnliche Handlung. Sie ist richtungs- und empfangsbedürftig¹⁾ (§ 130 BGB.). Bringt der Gläubiger in ihr „zum Ausdruck“, daß er den Bürgen in Anspruch nehme, so wird die Weiterhaftung des Bürgen nicht durch den Willen des Erklärenden, sondern durch das Gesetz bestimmt. Der Wille des Erklärenden braucht nicht auf diese Rechtsfolge gerichtet zu sein. Weiterhaftung wie Freiwerden im Falle unterlassener Anzeige treten nicht ex voluntate, sondern ex lege ein. Der Vergleich mit der Mahnung scheint daher geboten. — Mit Recht kommt das RG. sodann zu dem Ergebnis, daß die Kl. hier klar zum Ausdruck gebracht habe, daß sie den Bürgen haftbar zu machen gedente. Bestimmter Worte braucht sich der Gläubiger nicht zu bedienen. Im Buchstaben als Auslegungsmittel darf nicht der Weisheit letzter Schluß gesehen werden. Der Bürge konnte klar und eindeutig aus dem Gesamtverhalten der Kl. die Erkenntnis gewinnen, daß diese ihn in Anspruch zu nehmen beabsichtige. Damit liegt eine rechts-erhaltende Anzeige nach § 777 Abs. 1 S. 2 vor.

Endlich verdient bei dem Schweigen der Stundungsvorschriften die Ansicht des RG. volle Zustimmung, daß es nicht i. S. der Stundungsgesetzgebung liege, dem Gläubiger über die ihm auferlegte Stundung hinaus die Rechtsbehelfe des § 777 Abs. 1 BGB. zu nehmen. Eine solche Schädigung des Gläubigers entspricht nicht dem Zweckstreben der Stundungsgesetzgebung. Wäre sie beabsichtigt, so hätte es eines klaren Ausspruches des Gesetzgebers bedurft. Das Hypothekennovatorium betrifft nur die Fälligkeit der Hauptforderung, läßt aber den Bestand der akzessorischen Nebenrechte unberührt. Von einer Novation kann nicht die Rede sein.

RA. Dr. Wilhelm Weimar, Köln.

**** 4. §§ 779, 242 BGB.** Auch wenn die Voraussetzungen des § 779 BGB. nicht gegeben sind, kann dem Festhalten an einem auf irriger Geschäftsgrundlage zustande gekommenen Vergleich u. U. mit Recht der Einwand der Arglist entgegengesetzt werden. Der Einwand der arglistigen oder — soweit § 242 BGB. in Frage kommt, zutreffender — der unrichtigen Rechtsausübung kann allen Schuldverhältnissen und somit auch einem Vergleich gegenüber durchgreifen. Es ist unerheblich, auf was für ein Rechtsverhältnis sich der Vergleich bezieht. Die Geltendmachung des Einwands der unrichtigen Rechtsausübung hat nicht zur Folge, daß der Vergleich im ganzen als unwirksam anzusehen wäre, sondern veranlaßt nur die Prüfung, ob und wie weit das Festhalten des Gegners am Vergleich durch den anderen Vertragsteil auf Erlangung eines den guten Sitten zuwiderlaufenden Vorteils gerichtet ist. †)

Die Rev. der Kl. bittet, die frühere Rspr. nachzuprüfen, nach der, auch wenn die Voraussetzungen des § 779 BGB. nicht

gegeben seien, unter besonderen Umständen die Einrede der Arglist gegenüber der Geltendmachung der Rechte aus dem Vergleich durchgreifen könne. Es entspricht allerdings der ständigen Rspr. des RG., daß, auch wenn die Voraussetzungen des § 779 BGB. nicht gegeben sind, dem Festhalten an einem auf irriger Geschäftsgrundlage zustande gekommenen Vergleich u. U. mit Recht der Einwand der Arglist entgegengesetzt werden kann (RGZ. 122, 200 [203] = JW. 1929, 320; Urt. v. 15. Dez. 1927, IV 217/27 = JW. 1928, 400*; Urt. v. 30. Okt. 1928, II 204/28 = JW. 1929, 504*; Urt. v. 15. März 1929, VII 517/28; Urt. v. 17. Juni 1929, IV 679/28 = RGWarn. 1929 Nr. 128; Urt. v. 5. Mai 1931, VII 372/30; Urt. v. 15. Dez. 1933, VII 290/33 = RGWarn. 1934 Nr. 36). An dieser Rechtsauffassung hat der erf. Sen. auch noch in seinem Urt. v. 27. Sept. 1935, VII 89/35 = JW. 1936, 34² festgehalten. Es besteht kein Anlaß, hiervon abzugehen. Es ist unrichtig, daß diese Rspr. mit § 779 BGB. nicht in Übereinstimmung stehe, wie die Rev. ausführt. Denn wenn diese Gesetzesbestimmung unter gewissen Voraussetzungen einen Vergleich für unwirksam erklärt, so steht dem nicht entgegen, daß, auch wenn jene Voraussetzungen nicht gegeben sind, derjenige unter besonderen Umständen gegen Treu und Glauben i. S. von § 242 BGB. verstößt, der den anderen Vertragsteil an dem Vergleich festhalten will. Der Einwand der arglistigen oder — soweit § 242 BGB. in Frage kommt, wohl zutreffender — der unrichtigen Rechtsausübung kann allen Schuldverhältnissen gegenüber durchgreifen und somit auch gegenüber einem Vergleich. Erst recht würde es heute dem gesunden Rechtsempfinden des Volkes widersprechen, diesen Einwand gegenüber einem Vergleich grundsätzlich auszuschließen. Es ist ferner unerheblich, auf welches Rechtsverhältnis sich der Vergleich bezieht. Die in den vorgenannten Entsch. behandelten Vergleiche betreffen Rechtsverhältnisse verschiedener Art. Es ist kein Anlaß gegeben, dem Einwand der unrichtigen Rechtsausübung etwa solche Vergleiche zu entziehen, die zur Beseitigung von Streitigkeiten aus Handelsgeschäften geschlossen worden sind. Denn für diese Geschäfte gilt der Grundsatz der Berücksichtigung von Treu und Glauben im Verkehr genau so wie für alle anderen Rechtsverhältnisse. Zudem hat die Geltendmachung dieses Einwands keineswegs die Folge, daß der Vergleich — wie im Falle des § 779 BGB. — im ganzen als unwirksam anzusehen wäre; sie gibt vielmehr nur zu der Prüfung Anlaß, ob und wie weit das Festhalten des Gegners am Vergleich durch den anderen Vertragsteil auf Erlangung eines den guten Sitten zuwiderlaufenden Vorteils gerichtet ist, wie der erf. Sen. schon in seinem Urt. v. 5. Mai 1931 hervorgehoben hat. Des weiteren hat er in seinem Urt. v. 15. Dez. 1933 auch betont, daß in einem derartigen Falle die Umstände, aus denen sich ein solches Verhalten ergeben soll, besonders sorgfältig zu prüfen sind.

Vorliegend hat sich der VerR. an diese Grundsätze gehalten.

Er stellt zunächst auf Grund tatsächlicher Erwägungen fest, daß bei dem Vergleichsabschluß beide Teile davon ausgegangen seien, das von der Kl. gelieferte Destillat sei, wenigstens in kleinen Mengen, unter anderem Destillat gemischt, im Betrieb der Bckl. verwendbar, und daß deshalb ein wesentlicher Punkt des Sachverhalts, den beide Parteien beim Vergleichsabschluß vorausgesetzt hätten, bei völliger Unverwendbarkeit des Brennweins nicht vorhanden sei. Er sieht also in der Unverwendbarkeit des Destillats eine wesentliche Geschäftsgrundlage des Vergleichs. Er hält weiter einen Verstoß gegen Treu und Glauben nur dann für gegeben, wenn das aus dem Brennwein gewonnene Destillat im Betriebe der Bckl. völlig unverwendbar sei und die Bckl. auch zur Zeit des Vergleichsabschlusses ihre Rechte wegen mangelhafter Beschaffenheit des Brennweins noch gehabt und auch später nicht verloren habe, die Kl. sich aber gleichwohl auf den Vergleich berufe, um der Bckl. ihre Rechte wegen der mangelhaften Beschaffenheit der Ware abzuschneiden. In dieser Auffassung liegt kein Rechtsverstoß, insbes. keine Verletzung des § 242 BGB.

Es ist auch unerheblich, daß der VerR. — worauf die Rev. hinweist — mit der Möglichkeit rechnet, die Kl. sei selbst von ihren Alkohollieferern hintergangen worden. Denn auch in diesem Falle ist sie der Bckl. für die vertragsmäßige Beschaffen-

¹⁾ Vgl. Fleuster, „Bürgschaft auf Zeit“ S. 78 in „Auszüge aus den der Jur. Fakultät der Universität Gießen vorgelegten Dissertationen“ VI, 1919—1921.

heit der Ware verantwortlich, und deren Recht auf Wandlung wird dadurch nicht berührt. Deshalb bleibt auch dann der Verstoß gegen Treu und Glauben bestehen, der, falls die Kl. zunächst guten Glaubens war, gerade darin gefunden werden muß, daß sie sich, auch nachdem im Rechtsstreit die Unverwendbarkeit des Destillats für die Zwecke der Bekl. bewiesen worden ist, gleichwohl noch auf den Vergleich beruft, um der Bekl. ihr Recht auf Wandlung zu nehmen.

Dem VerK. fällt auch bei seiner Feststellung, daß die Bekl. beim Vergleichsabschluß das Recht der Mängelrüge noch nicht verloren gehabt habe, kein Rechtsverstoß zur Last, ebensowenig bei der Feststellung, daß der Brennwein im Betrieb der Bekl. unbrauchbar gewesen sei.

(RG., VII. Zivilsen., U. v. 1. Dez. 1936, VII 107/36.) [R.]

(= RGZ. 152, 403.)

Anmerkung: 1. Die Lehre, daß einem Vergleich auch über die besonderen Voraussetzungen des § 779 BGB. hinaus § 242 BGB. entgegengehalten werden kann, ist, wie das Rechtsgebilde der Verwirkung, im Zusammenhang mit der Aufwertung entwickelt und seitdem für alle Rechtsgebiete anerkannt worden.

Es dürfte für die Erkenntnis der heutigen Lage des deutschen Rechts nützlich sein, sich darüber klar zu werden, daß diese Überflügelung des § 779 durch § 242 ein typischer Fall ist. Unser Recht ist in einer starken Entwicklung begriffen. Diese Entwicklung vollzieht sich nicht immer gleichmäßig; bald bricht sie hier, bald dort durch. In manchen besonders brennenden Fragen hat der Gesetzgeber schon Teile des neuen Rechtsdenkens vorweggenommen. Diese vorweggenommenen Teile laufen Gefahr, in ihrer Tragweite verkannt und nicht als erste Anfänge, vielmehr als bereits abschließende, den weiteren Vorwärtsschritt hindernde Regelung gewertet zu werden.

Hierzu einige Beispiele: § 226 BGB. liegt durchaus im Zuge neuen Rechtsdenkens; aber anstatt in ihm nur einen Sonderfall und in diesem Sonderfall die grundsätzliche Anerkennung des Einwandes der unzulässigen Rechtsausübung zu erblicken, hat man lange genug aus ihm umgekehrt geschlossen, andere Fälle unzulässiger Rechtsausübung gäbe es nicht. — Das Arbeitsrecht kennt die Kündigungswiderrufklage wegen unbilliger Härte; gerade diese Regelung hat viele zu der Annahme verleitet, die Kündigung des Arbeitsverhältnisses könne — eben wegen der milderen, angeblich ausschließlichen Regelung der Kündigungswiderrufklage — niemals aus § 138 BGB. nichtig sein. — Das Ges. v. 18. Aug. 1923 (RGBl. I, 815) regelt die Abänderung vereinbarter geldlicher Anteilsleistungen; das hindert manche daran, Anteilsnaturalleistungen selbst bei starker Änderung der wirtschaftlichen Verhältnisse nach § 242 BGB. zu behandeln. — Die RotW. vom 6. Okt. 1931 sieht die Herabsetzung übermäßig hoher Dienstbezüge vor; RG.: JW. 1935, 2877¹ und Siebert: JW. 1935, 2870 ff. mußten sich gegen den Irrtum wenden, als ob dadurch weitergehende Kürzungen aus § 242 BGB. gänzlich ausgeschlossen seien. — Irrtümlich wird ein Vertrag bestätigt, der in der äußeren Form einer Kindesannahme lediglich die Übertragung eines Namens bezweckt (§ 1754 Abs. 2 Ziff. 2 BGB.); zu Unrecht meinen einige, die Bestätigung lasse es nicht zu, daß die Annahme gemäß dem allgemeinen Grundsatz des § 138 BGB. nichtig sein könne. — Das Erbhofeigentum ist, wie sich aus dem Grundgedanken des RErbhofG. ergibt, gebundenes Eigentum; aber es muß immer wieder gegen diejenigen angeknüpft werden, die behaupten, andere Bindungen des bürgerlichen Eigens als die im RErbhofG. einzeln und ausdrücklich genannten beständen nicht. — Und wie sehr hemmen heute die einst so sozial gemeinten Bestimmungen des AnfG., Rechtsgeschäfte als nichtig zu erkennen, die für uns heutige Schlechterdings unerträglich sind und die jeder für nichtig hielt — wenn eben nicht das AnfG. wäre, das seinerseits gerade jenen Machenschaften zu Leibe rücken wollte!

Diese Beispiele bezeichnender, aber nicht ungefährlicher Übergangsschwierigkeiten ließen sich vermehren. In allen diesen Fällen handelt es sich darum, daß neues Rechtsdenken in einer besonders dringlichen Frage einen gesetzgeberischen Teilsieg errungen hat und daß nun von hier aus geschlossen wird: der

Gesetzgeber hat gesprochen, er hat die Frage ausschließlich geregelt, für weitere Anwendung neuen Rechtsdenkens ist kein Raum mehr. Aus Stellungen, die als Stützpunkte des Neuen ausgebaut worden waren, sind Sperrforts gegen weiteres Vorrücken dieses Neuen geworden! Auf diese gerade für die Rechtsanwendung überaus wichtige Erscheinung mußte einmal kurz, aber nachdrücklich hingewiesen werden. In der Tat ist es notwendig, in allen solchen Fällen zwar mit Vorsicht, aber viel großzügiger als bisher zu prüfen, ob man mittels Umkehrschlusses das Neue und Soziale niederhalten oder ob man von den vorgeschobenen Punkten aus mittels rechtsähnlicher Anwendung weiter marschieren will. Gerade unter diesem Gesichtspunkt ist es sehr lehrreich, daß die Anwendung des § 242 BGB. schon längst über die Sonderregelung des § 779 BGB. hinausgegangen ist.

2. Das Urteil ist zugleich als eine weitere Erschütterung des Alles-oder-nichts-Grundsatzes zu begrüßen. Das BGB. ist „mitleidlos“ (Lange), es kennt im allgemeinen nur volle Leistungspflicht oder gar keine Leistungspflicht des Schuldners. Auch in der Frage der Nichtigkeit von Rechtsgeschäften finden wir diese Starrheit, und selbst § 139 BGB. bleibt noch hinter dem Rechtspruchwort zurück: *utile non debet per inutile vitari*. Schon *Crome* (Bd. 1 S. 338) hat darauf hingewiesen, nur vor Abschluß des Geschäfts hätten die Vertragsteile freie Hand, ob sie sich binden wollen oder nicht; sei das Geschäft abgeschlossen, so müsse bei der Würdigung im Rahmen des § 139 BGB. dieser vollendeten Tatsache Rechnung getragen werden. Heute erkennen wir mehr und mehr, daß man hierbei auch die Lebensbeziehungen, die sich nach Tätigung des Rechtsgeschäfts gestaltet haben, nicht immer den §§ 812 ff. BGB. überlassen oder gar einfach als ungeesehen betrachten kann, selbst wenn auf Grund des BGB. an sich Nichtigkeit des ganzen Geschäfts anzunehmen wäre. Die Einsicht, daß man mit Rücksicht auf diese Zusammenhänge vielfach an die Stelle der Nichtigkeit eine entsprechende inhaltliche Wandlung des Rechtsverhältnisses treten lassen muß, ist eine Auswirkung des Gemeinschaftsdenkens; sie hat sich sowohl in der Gesetzgebung (vgl. z. B. § 32 Abs. 2 ArbZG. [Tariflohn]) wie in der Rspr. (vgl. z. B. RG.: JW. 1937, 157^o [Wertlohn bei Güterfernverkehr]) bereits Bahn gebrochen. Eine aufschlußreiche Ablehnung der Nichtigkeit findet sich auch in RG.: JW. 1935, 2719⁷ (Genossenschaftsbeschlüsse). Auf dieser lebensnahen Linie bewegt sich vorstehendes Urteil mit seiner grundsätzlichen Bemerkung über die Folgen des Einwandes aus § 242 BGB. für Vergleich.

Prof. Dr. Wilhelm Herschel, Köln.

*

** 5. §§ 1, 2, 3 Abs. 2, 36 SGB.; § 28 Abs. 2 FGG.

1. Unternehmungen des Reiches, eines Landes oder eines inländischen Kommunalverbandes oder in § 1 SGB. aufgeführten Art, die im Handelsregister eingetragen sind, müssen auf Antrag im Handelsregister gelöscht werden, wenn keine beachtlichen Gründe der Rechts- oder Verkehrssicherheit der Löschung im Wege stehen.

2. Die nach der Verordnung über die Zuständigkeit der Oberlandesgerichte in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit und der Kostenordnung v. 23. März 1936 (RGBl. I, 251) nunmehr allein für die weitere Beschwerde zuständigen Gerichte (Kammergericht und Oberlandesgericht München) können von früheren Entscheidungen der jetzt zu ihrem Zuständigkeitsbereich gehörenden Oberlandesgerichte abweichen, ohne die Sache nach § 28 Abs. 2 FGG. dem Reichsgericht vorlegen zu müssen. †)

1. Auf Antrag der Stadtgemeinde G. ist i. J. 1886 das ihr gehörige und von ihr betriebene Gaswerk im Handelsregister unter der Firma „Städtisches Gaswerk G.“, die dann im folgenden Jahr in „Städtisches Gas- und Wasserwerk G.“ geändert wurde, eingetragen worden. J. J. 1934

hat die Stadtgemeinde beantragt, die Firma im Handelsregister zu löschen, weil der Betrieb nach § 36 HGB. nicht eintragungspflichtig sei und die Eintragung im Handelsregister nur zur Folge habe, daß die Stadt für das Gaswerk als einzigen der seit 1933 zu einer einheitlichen Verwaltung zusammengefaßten städtischen Betriebe einen Beitrag zur Industrie- und Handelskammer entrichten müsse.

Das OLG. hat den Löschantrag abgewiesen, das LG. die Beschwerde zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die weitere Beschwerde, der das OLG. München abhelfen möchte. Es sieht sich jedoch hieran durch den in RGZ. 28, A 213 veröffentlichten Beschluß des RG. v. 14. Nov. 1904 gehindert und hat deshalb die Beschwerde gemäß § 28 Abs. 2 FGG. dem RG. zur Entsch. vorgelegt. Dabei hat es noch darauf hingewiesen, daß es sich durch den hinsichtlich der Auslegung des § 36 HGB. mit dem Beschluß des RG. übereinstimmenden Beschluß des OLG. Jena v. 5. Mai 1900: RN. 1, 52 zu einer Vorlegung an das RG. nicht veranlaßt gesehen haben würde, weil infolge der WD. über die Zuständigkeit der OLG. in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und der Kostenordnung v. 23. März 1936 (RWB. I, 251) das Recht des OLG. Jena die in seinem Beschluß vertretene Ansicht aufzugeben, nunmehr auf das OLG. München übergegangen sei.

II. Die in erster Linie zu prüfende Frage, ob die Voraussetzungen des § 28 Abs. 2 FGG. für die Vorlegung der Beschwerde gegeben sind, ist zu bejahen. Die weitere Beschwerde der Stadtgemeinde G. gegen den Beschluß des LG. ist dem OLG. Darmstadt vorgelegt und von diesem alsdann mit Recht gemäß § 1, II und § 5 WD. v. 23. März 1936 zuständigkeitshalber an das OLG. München weitergeleitet worden. Dem OLG. München ist sodann darin beizutreten, daß es durch den Beschluß des OLG. Jena v. 5. Mai 1900 an eigener abweichender Stellungnahme zur Auslegung des § 36 HGB. nicht gehindert wäre; denn auf Grund der WD. v. 23. März 1936 ist die bisherige Zuständigkeit des OLG. Jena zur Entsch. solcher Handelsregister-Beschwerdefachen nunmehr auf das OLG. München übergegangen. Die Sachlage kann deshalb nicht anders beurteilt werden, als wenn das OLG. Jena selbst von seinem bisherigen Rechtsstandpunkt abweichen wollte. Dem stünde sein Beschluß v. 5. Mai 1900 nicht entgegen. Denn nur, wenn von der Entsch. eines anderen OLG. abgewichen werden will, ist nach § 28 Abs. 2 FGG. die Vorlegung an das RG. notwendig und zulässig. Anders verhält es sich freilich mit dem Beschluß des RG. v. 14. Nov. 1904. Er ist ergangen auf weitere Beschwerde, und zwar gerade auch in einer Handelsregister-sache, welche die Rechtsfrage betraf, ob ein im Handelsregister eingetragenes Unternehmen eines inländischen Kommunalverbandes auf dessen Antrag ohne weiteres wieder zu löschen ist. Auch insofern lag der damalige Fall dem jetzt zur Entsch. stehenden tatbeständlich gleich, als es sich ebenfalls um ein städtisches Gaswerk handelte, dessen Eintragung im Handelsregister vor dem 1. Jan. 1900 erfolgt war. Die damalige Entsch. des RG. beruht auch unzweifelhaft auf einer Auslegung des § 36 HGB., die eben das OLG. München für unzutreffend erachtet und von der es deshalb abweichen möchte. Die Voraussetzungen des § 28 Abs. 2 FGG. sind daher gegeben.

III. Zur Begründung seines Rechtsstandpunkts hat das OLG. München im einzelnen ausgeführt: Ein unter § 36 HGB. fallendes Unternehmen könne jedenfalls dann wieder im Handelsregister gelöscht werden, wenn es „Grundhandels-geschäfte“ betreibt und deshalb trotz etwaiger Löschung im Handelsregister nach wie vor ein kaufmännisches Unternehmen bleibe sowie wenn sich die Eintragung im Handelsregister auf die in § 36 HGB. aufgeführten Punkte beschränke. Beide Voraussetzungen seien hier gegeben. Es sei kein Grund ersichtlich, weshalb alsdann ein nach § 36 HGB. an sich nicht eintragungspflichtiges Unternehmen auf Antrag des Berechtigten im Handelsregister nicht solle gelöscht werden können, wenn diese Eintragung für seine Stellung im Rechtsleben ohne Bedeutung sei, auch Nachteile für seine Kunden und die Allgemeinheit aus der Löschung nicht ent-

stehen könnten; laute der Lösungsvermerk im Handelsregister dahin, daß das bestehenbleibende Unternehmen auf Antrag der Stadtgemeinde gemäß § 36 HGB. als nicht eintragungspflichtig gelöscht werde, so könne auch nicht der Irrtum entstehen, es sei die Löschung wegen Betriebsaufgabe erfolgt. Ob die Löschung für die Stadt selbst von Nachteil sei, etwa wegen Wegfall des Firmenschutzes nach § 30 HGB., könne ihrer eigenen Entschließung überlassen bleiben. Sei endlich die Verpflichtung zur Leistung des Handelskammerbeitrags an die Eintragung der Firma im Handelsregister geknüpft, so sei dies ein Umstand, der mit der Zweckbestimmung des Handelsregisters nichts zu tun habe und deshalb außer Betracht bleiben müsse. Die für die gegenteilige Meinung angeführten Gründe seien nicht überzeugend. Richtig sei zwar, daß § 36 HGB. besage, das Unternehmen brauche nicht eingetragen zu werden, nicht, es brauche nicht eingetragen zu sein, und daß § 36 HGB. eine Ausnahмоворschrift enthalte. Die Frage sei jedoch eben, ob die Worte „eingetragen zu werden“ auch dann zu einer Festhaltung an der einmal geschenehen Eintragung zwingen, wenn alle sachlichen Gründe dafür fehlten, und ob der Sinn der Ausnahмоворschrift nicht gerade der sei, ein nicht eintragungspflichtiges Unternehmen auch nicht grundlos an eine einmal erfolgte Eintragung zu binden. Auf den Wortlaut des § 36 HGB. und den Ausnahμεcharakter dieser Bestimmung lasse sich deshalb die Zurückweisung des Lösungsbegehrens nicht stützen. Ebensovienig könne diese Auffassung damit begründet werden, daß § 36 HGB. den früheren Eintragungszwang beseitigt habe und unter dem Rechtszustand vor 1900 eine freiwillige Löschung nicht vorgesehen gewesen sei. Das letzte sei selbstverständlich und hinsichtlich der Beseitigung des Eintragungszwangs sei wiederum eben die Frage aufzuwerfen, ob nicht da, wo sachliche Gründe für eine Beibehaltung der Eintragung nicht bestünden, die Beseitigung der Eintragungspflicht nicht gleichzeitig die Einführung der Lösungs-freiheit bedeute. Zu dem Gesichtspunkt, ob die Lösungs-freiheit für Unternehmungen, die zufolge der unter der Herrschaft des aHGB. bestehenden Anmelde- und Eintragungspflicht zur Eintragung im Handelsregister gelangt seien, sich nicht schon daraus ergeben würde, daß die Eintragung jetzt überhaupt freigestellt sei, brauche nicht Stellung genommen zu werden. Der Schlusssatz des § 3 Abs. 2 HGB. betreffe sodann einen Fall, in welchem die Kaufmannseigenschaft von der Eintragung im Handelsregister abhängig sei. Es spreche nichts dafür, daß § 36 HGB. als durch § 3 Abs. 2 HGB. ergänzt anzusehen sei auch für die Fälle, in denen es sich um einen kaufmännischen Betrieb nach § 1 HGB. handle. Die öffentlichen Verbände könnten ferner sehr wohl, z. B. wegen einer Umorganisation ihrer Betriebe, ein erhebliches Interesse an der Löschung im Handelsregister haben. Andere sich der Gegenstand des eingetragenen Unternehmens und treffe die bisherige Firma nicht mehr zu, so müßten, wenn die Lösungs-freiheit nicht anerkannt werde, auch diese Änderungen im Handelsregister eingetragen werden, also ein Teil eines Gesamtbetriebs weiter im Handelsregister ohne sachlichen Grund eingetragen bleiben. Die Befürchtung, die Städte könnten von diesem Standpunkt aus das Handelsregister in Unordnung bringen, indem sie sich heute eintragen, morgen wieder löschen, übermorgen wieder eintragen ließen usw., sei nicht stichhaltig; denn eine solche Befürchtung sei nicht begründet.

IV. Darüber, ob die in § 36 HGB. gesetzlich festgelegte Beseitigung der handelsregisterlichen Anmelde- und Eintragungspflicht hinsichtlich handels-gewerblicher Unternehmungen der daselbst bezeichneten öffentlich-rechtlichen Verbände gleichzeitig auch für diese die Befugnis einschließt, nach freiem Ermessen trotz Weiterbestehens des Unternehmens die Löschung im Handelsregister herbeizuführen, sind im Schrifttum die Ansichten geteilt. Ein Teil der Schriftsteller bejaht die freie Lösungs-befugnis, ein anderer Teil verneint sie. Seitens der Gerichte ist, soweit ersichtlich, bisher nur in den beiden oben angeführten Beschlüssen des OLG. Jena und des RG. zu der Streitfrage Stellung genommen worden, und zwar in einem die Lösungs-freiheit durchaus verneinend

den Sinn. Die zur Stütze dieser Rechtsmeinung angeführten Gründe sind von dem OLG. München in seinem vorstehend unter III im wesentlichen wiedergegebenen Vorlagebeschluss zutreffend aufgeführt.

Dem OLG. München ist darin beizupflichten, daß diese Gründe jedenfalls für einen Tatbestand wie den vorliegenden Weber im einzelnen noch zusammengenommen überzeugend sind. Mit der Entstehungsgeschichte und dem Wortlaut des § 36 sind mindestens beide Auslegungen vereinbar. In der Denkschrift zum Entwurf eines HGB. von 1897 S. 46 ist ausgeführt, daß nach dem damals geltenden Recht streng genommen alle handlungsgewerblichen Unternehmungen des Reichs, der Bundesstaaten, der Kommunalverbände in das Handelsregister eingetragen werden müßten. Tatsächlich sei aber eine Eintragung nur ausnahmsweise erfolgt. Es bestehe auch kein Bedürfnis in dieser Richtung; denn für die Öffentlichkeit der Rechtsverhältnisse sei bei den staatlichen Unternehmungen schon in anderer Weise gesorgt, und eine Eintragung der mit der Leitung betrauten Personen und des Umfangs ihrer Befugnisse lasse sich mit Rücksicht auf die in erster Linie im öffentlichen Recht wurzelnde Stellung der betreffenden Beamten nicht durchführen. Für die Gewerbebetriebe der Gemeinden und der sonstigen Kommunalverbände, wie z. B. städtische Straßenbahnen, Gasanstalten, gelte im wesentlichen das gleiche. Deshalb sei im § 35 des Entwurfs (heute § 36 des Ges.) bestimmt, daß in betreff solcher Unternehmen der bezeichneten öffentlich-rechtlichen Verbände eine Verpflichtung zur Eintragung im Handelsregister nicht bestehe. Das Recht hierzu bleibe diesen Verbänden gewahrt; denn es seien Verhältnisse denkbar, in denen eine solche Eintragung erwünscht sei. Namentlich müsse die Möglichkeit gegeben sein, öffentlich-rechtliche Unternehmungen, die nur nach § 2 des Entwurfs, also nur im Fall der Eintragung im Handelsregister als Handelsunternehmen gelten, durch diese Eintragung dem Handelsrecht zu unterstellen. Es sind also keineswegs Gründe der Rechts- und Verkehrssicherheit gewesen, welche zu der Vorschrift des § 36 HGB. geführt haben. Im Gegenteil beruht diese Vorschrift gerade auf dem Gedanken, daß die im § 36 genannten Verbände, soweit sie ein Grundhandelsgewerbe betreiben und deshalb nach dem damaligen Rechtszustand der Eintragungspflicht unterworfen waren, hiervon befreit sein sollten, weil anderweit schon für die im Interesse der Rechts- und Verkehrssicherheit erforderliche Offenlegung der in Betracht kommenden Rechtsverhältnisse ausreichend gesorgt sei und deshalb nicht wie bei anderen handlungsgewerblichen Unternehmungen die Verlautbarung der einschlägigen Verhältnisse im Handelsregister erforderlich erweise, um berechnigte Verkehrsbelange sicherzustellen. Der sonst maßgebliche gesetzgeberische Grund für die Eintragungspflicht kaufmännischer Unternehmungen im Handelsregister trifft also bei den im § 36 HGB. bezeichneten Unternehmungen nicht zu. Darauf ist von dem Gesetzgeber eben die Befreiung solcher Unternehmungen von der Eintragungspflicht überhaupt gestützt worden. Dieser dem § 36 HGB. zugrunde liegende Gedanke trägt folgerichtig durchgedacht weiter. Die einmal erfolgte Eintragung im Handelsregister ändert an der durch die sonstigen maßgebenden öffentlich-rechtlichen Vorschriften gesicherten Offenlegung der Rechtsverhältnisse der bezeichneten Verbandspersönlichkeiten nichts. Ihre Bedeutung wird insbes. durch eine Löschung der Firma bei Fortbestand des Unternehmens in keiner Weise berührt. Sie genügen vielmehr alsdann den Bedürfnissen des Handelsverkehrs gerade so, wie wenn eine Eintragung im Handelsregister überhaupt nicht erfolgt wäre. Geht man aber davon aus, so ist nicht ersichtlich, weshalb den im § 36 HGB. genannten Verbänden jedenfalls insoweit, als es sich um den Betrieb von Unternehmungen der im § 1 HGB. aufgeführten Art handelt, grundsätzlich und schlechthin die Möglichkeit der Herbeiführung der handelsgerichtlichen Löschung bei Fortbestand des Unternehmens selbst versagt sein sollte. An dem sachlich-rechtlichen Rechtszustand, d. h. an der Unterwerfung solcher Betriebe unter die sonst dafür maßgeblichen einschlägigen handelsrechtlichen Bestimmungen ändert sich deshalb nichts. Sie unterliegen vielmehr insofern

genau den gleichen Vorschriften, die für gleichartige Verbandsbetriebe gelten, welche, sei es dem vor 1900 geltenden Rechtszustand zuwider, sei es auf Grund des § 36 HGB. zu Recht, im Handelsregister überhaupt nicht zur Eintragung gelangt sind. Zu alledem könnten aus der erfolgten Löschung im Handelsregister Rechte und Einwendungen Dritter gegenüber nur dann und insoweit hergeleitet werden, als es sich um Rechtsbeziehungen handelt, die erst nach erfolgter Löschung bzw. gehöriger Bekanntmachung entstanden sind. Es lassen sich sodann sehr wohl auch Fälle denken, wo berechnigte Belange des öffentlich-rechtlichen Verbands für eine Löschung des Eintrags im Handelsregister sprechen, auch wenn keiner der Tatbestände vorliegt, die sonst allgemein hin zur Stellung eines solchen Antrags berechnigen oder gar verpflichten. Daß der gewerbsmäßige Betrieb eines Gaswerks durch eine Stadtgemeinde, wie er hier in Frage steht, unter die in § 1 Abs. 2 Ziff. 1 HGB. genannten handlungsgewerblichen Betriebe fällt, ist nicht zu bestreiten.

Der Hinweis darauf, daß der hier vertretene Standpunkt Mißbräuchen Tür und Tor öffnen würde, ist nicht stichhaltig. Hiergegen bietet schon der Umstand genügenden Schutz, daß es sich um Verbände des öffentlichen Rechtes handelt, deren Leitern die gewissenhafte und sorgsame Wahrung der ihnen anvertrauten Gesamtbelange zur besonderen Amtspflicht gemacht ist. Dafür, daß im vorliegenden Fall mit einem solchen Mißbrauch zu rechnen wäre, fehlt vollends jeder Anhalt. Das OLG. hat freilich in seinem Beschwerdebeschluss die Ansicht vertreten, daß dem Lösungsbegehren der Stadtgemeinde hier der Einwand der Arglist entgegenstehe, und daraus neben der grundsätzlichen Verneinung freier Lösungsbefugnis einen zweiten selbständigen Entscheidungsgrund hergeleitet. Dem kann nicht gefolgt werden. Richtig ist allerdings, daß nach Art. 3 des Hess. Ges. betr. die Handelskammern die Verpflichtung zur Leistung der gesetzlichen Beiträge der Handelskammern grundsätzlich an die Eintragung des Unternehmens im Handelsregister geknüpft ist und daß hier keiner der sonst noch die Beitragspflicht begründenden Tatbestände vorliegt. Allein, es ist nicht ersichtlich, wieso diese Landesrechtlichen, auf einem ganz anderen Rechtsgebiet liegenden Vorschriften hierher für die Auslegung des § 36 HGB. von Bedeutung sein sollten. Wenn sodann die Stadtgemeinde in Wahrnehmung auch ihrer finanziellen Belange die Löschung des städtischen Gaswerks im Handelsregister betreibt, weil sie im übrigen dem Fortbestand der Eintragung durch die städtischen Interessen nicht für gerechtfertigt hält, so kann ihr daraus mit Grund ein Vorwurf, insbes. etwa der mißbräuchlichen Rechtsausübung, nicht gemacht werden. Der zweite Entscheidungsgrund des OLG. trägt daher den angefochtenen Beschluss keinesfalls. Darauf hinzuweisen ist endlich noch, daß die Stadtgemeinde ihren Lösungsantrag mit auch darauf gestützt hat, es sei zufolge einer i. J. 1933 vorgenommenen Neuorganisation ihrer gemeindlichen Unternehmungen im Gegensatz zu dem bisherigen Zustand das Gaswerk mit allen übrigen städtischen Betrieben in einer einheitlichen Verwaltungsgemeinschaft zusammengefaßt worden, das Gaswerk daher verwaltungsmäßig kein selbständiger Betrieb mehr.

Dahingestellt bleiben kann, wie zu entscheiden wäre, wenn es sich um einen Fall der §§ 2 oder 3 HGB. handeln würde, bei denen die Kaufmannseigenschaft und die aus ihr sich ergebenden kaufmännischen Rechte und Pflichten nicht, wie in den Fällen des § 1 HGB., sich ohne weiteres aus dem Gegenstand des Gewerbebetriebs ergeben, sondern weiterhin noch an die Eintragung im Handelsregister geknüpft sind und erst mit ihr und durch sie zur Entstehung gelangen. In Fällen dieser letzten Art ließen sich gegen eine freie Lösungsbefugnis bezüglich so gearteter Unternehmungen der im § 36 HGB. bezeichneten Körperschaften immerhin Gründe der Rechts- und Verkehrssicherheit anführen, wie sie offensichtlich mit gerade auch der Vorschrift des § 3 Abs. 3 letzter Satz HGB. zugrunde liegen. Sie würden freilich nicht darin bestehen, daß die Öffentlichkeit der in Betracht kommenden Verhältnisse sonst nicht ebenso gewährleistet wäre, wie in den Fällen des § 1 HGB. Wohl aber ließe sich in dieser Richtung anführen, daß zumal bei der Fälle der mit einem solchen

Betrieb gewöhnlich verknüpften Rechtsbeziehungen hinsichtlich des anzuwendenden Rechts — bürgerliches oder Handelsrecht — unter Umständen eine mit den Bedürfnissen des geordneten Verkehrs nicht mehr verträgliche Rechtsunsicherheit eintreten könnte. Gewiß müßten alle Rechtsbeziehungen, die während der Eintragung im Handelsregister begründet sind, nach den maßgeblichen handelsrechtlichen Bestimmungen abgewickelt werden und käme die Anwendung rein bürgerlich-rechtlicher Vorschriften vorab im wesentlichen nur für solche Rechtsverhältnisse in Betracht, deren rechtsbegründenden Tatsachen erst in die Zeit nach erfolgter Bekanntmachung der Löschung im Handelsregister fielen. Allein schon ein solches im Fall der Löschung des Unternehmens im Handelsregister alsdann unvermeidliches Nebeneinandergelten der handelsrechtlichen Sondervorschriften und der rein bürgerlich-rechtlichen Bestimmungen für gleichartige und in demselben Betrieb erwachsene Geschäfte wäre vom Standpunkt der Rechts- und Verkehrssicherheit aus ein höchst unerwünschtes Ergebnis. Dazu kommt, daß die Frage, ob der Rechtsgrund der einzelnen Rechtsverhältnisse in die Zeit vor oder nach der Löschung bzw. deren Bekanntmachung fielen, aller Wahrscheinlichkeit nach nicht selten zu erheblichen Zweifeln Anlaß geben würde. Allein zu alledem braucht hier nicht abschließend Stellung genommen zu werden, eben weil es sich jetzt um ein unter § 1 Abs. 1 Ziff. 1 HGB. fallendes Unternehmen handelt, das, gleichviel ob es im Handelsregister eingetragen ist oder nicht, nach dem zur Zeit geltenden Recht ohnehin den handelsrechtlichen Vorschriften unterworfen ist, soweit nicht im Gesetz selbst, wie es z. B. im § 42 HGB. geschehen ist, etwas anderes bestimmt wird. Eine verschiedene Behandlung der Fälle des § 1 HGB. einerseits, der §§ 2, 3 daf. andererseits würde auch eine sachliche Rechtfertigung gerade in der verschiedenen Bedeutung und Tragweite der Eintragung im Handelsregister finden. Wenn deshalb je aus den angeführten Gründen eine freie Löschungsbefugnis hinsichtlich der gemäß §§ 2, 3 HGB. im Handelsregister eingetragenen Unternehmen der in § 36 daf. bezeichneten Körperschaften zu verneinen wäre, so könnte auch daraus noch kein durchschlagender Beweisgrund dafür hergeleitet werden, daß etwa deshalb gleiche§ für die unter § 1 HGB. fallenden Unternehmen rechtens sein müßte.

Die Vorschrift des § 36 HGB. ist ersichtlich im öffentlichen Interesse getroffen. Es handelte sich bei ihr auch keineswegs darum, nur einem bis dahin weithin verbreiteten ungesetzlichen Rechtszustand eine rechtliche Grundlage zu geben. Die Begründung läßt vielmehr klar und deutlich erkennen, daß eine Anmeldungs- und Eintragungspflicht bezüglich der bezeichneten Unternehmen der öffentlichen Hand einmal sachlich nicht gerechtfertigt und zum anderen durch öffentliche Belange nicht erfordert wird. Gerade diese gesetzgeberischen Erwägungen dürfen bei Erforschung des Sinns und der Tragweite des § 36 HGB. nicht außer acht gelassen werden. Dann ist aber um so weniger abzusehen, weshalb nicht die bezeichneten öffentlichen Verbände hinsichtlich der Frage der Weiterbelassung eines Antrags im Handelsregister wenigstens dann ebenso freie Hand haben sollten, wie bei der Entsch. über die Eintragung, wenn irgendwelche beachtlichen Gründe der Rechts- oder Verkehrssicherheit einer Löschung nicht im Wege stehen. Eine solche Auslegung erscheint auch mit dem Charakter der Vorschrift durchaus vereinbar, eben weil es sich um eine im öffentlichen Interesse und im Hinblick auf die Eigenart solcher Verbandsunternehmungen getroffene Sonderbestimmung handelt, die ersichtlich gerade den öffentlich-rechtlichen Belangen tunlichst weitgehende Berücksichtigung angedeihen lassen will. Gegen den hier vertretenen Standpunkt läßt sich, wie schon dargelegt, aus § 3 Abs. 2 Satz 2 HGB. ein Beweisgrund nicht herleiten. Ebenso wenig steht der Wortlaut des § 36 HGB. ihm entgegen. Mit ihm sind vielmehr sehr wohl beide Auffassungen zu vereinigen. Endlich kommt auch dem Umstand keine irgendwie erhebliche Bedeutung zu, daß es sich hier um einen Fall handelt, bei dem die Eintragung erfolgt ist noch unter der Herrschaft des aHGB. in Erfüllung der damals geltenden gesetzlichen Anmeldungs- und Eintragungspflicht.

Nach alledem war mit dem OLG. München grundsätzlich, soweit es sich um Unternehmungen der in § 1 HGB. aufgeführten Art handelt, die freie aus § 36 HGB. herzuleitende Löschungsbefugnis der öffentlichen Verbände zu bejahen.

(RG., II. Zivilsen., Beschl. v. 3. Nov. 1936; II B 4/1936.)
[W. R.]

(= RGZ. 152, 307.)

Anmerkung: Ein Unternehmen des Reichs, eines Landes oder eines Kommunalverbandes „braucht nicht“ eingetragen zu werden, wie § 36 HGB. unzweideutig besagt. Zutreffend hebt daher das RG. hervor, daß die Herbeiführung der Eintragung ein „Recht“ dieser Verbände sei. Zutreffend leitet es aus der Gesetzesbegründung ab, daß eine Eintragungspflicht bzgl. ihrer Unternehmungen „einmal sachlich nicht gerechtfertigt und zum andern durch öffentliche Belange nicht gefordert wird“. Dies gilt um so mehr, als „die durch die sonstigen maßgebenden öffentlich-rechtlichen Vorschriften geforderte Offenlegung der Rechtsverhältnisse“ der genannten „Verbandspersönlichkeiten“ unberührt bleibt. Zutreffend billigt ihnen daher das RG. auch „hinsichtlich der Frage der Weiterbelassung eines Eintrags im Handelsregister“ wenigstens grundsätzlich „freie Hand“ zu. Daraus folgt: Das Recht, eingetragen zu „werden“, ist ein Recht, eingetragen zu „sein“. Es ist hier eine gleiche ausdehnende Auslegung des Wortes „werden“ aus dem Sinn und Zweck des Gesetzes am Platze, wie sie das RG. in der bekannten Entsch. zum § 18 Abs. 2 S. 1 HGB. angenommen hat (ZB. 1932, 2622).

Damit verlieren aber die vom RG. zur weiteren Begründung angegebenen Einzelheiten an Bedeutung. Nicht einzusehen ist insbes., weshalb sich das Recht der „Weiterbelassung eines Eintrags im Handelsregister“ auf die Fälle der Grundhandelsgeschäfte des § 1 HGB. beschränken soll. Wenn in den Fällen der §§ 2, 3 HGB. die Herbeiführung der Eintragung ebenfalls nur ein „Recht“ der öffentlich-rechtlichen Verbände ist, so müssen sie auch in diesen Fällen das Recht aufgeben können. Die aus der obigen Entsch. zitierten Sätze gelten in gleichem Maße auch in den Fällen der §§ 2, 3 a. a. D. „Werden“ i. S. des § 36 HGB. ist entweder niemals oder aber stets gleichbedeutend mit „sein“. Ein Mittelweg ist nicht möglich. Die Frage der „Kaufmannseigenschaft“ eines Hoheitssträgers kann m. E. im Rahmen des § 36 HGB. keine Rolle spielen.

Im Dritten Reich ist diese Frage endgültig geklärt i. S. der hier erweiterten Auffassung. Denn „Gewerbe“ ist dauernd fortgesetzte gleichartige wirtschaftliche Tätigkeit in Gewinnerzielungsabsicht. Diese „Gewinnabsicht“ fehlt den heutigen Hoheitsträgern in der Regel. Sie fehlt insbes. den Gemeinden, seitdem durch die DGBM. v. 30. Jan. 1935 (RGBl. I, 49) an Stelle wirtschaftlicher Einheit die politische Einheit und damit an Stelle der Kaufmannseigenschaft die Hoheitsträgereigenschaft unterstrichen worden ist. Wenn nach § 67 a. a. D. eine Gemeinde wirtschaftliche Unternehmungen nur betreiben darf, wenn der öffentliche Zweck es rechtfertigt, so ist die Erzielung privatwirtschaftlicher Gewinne ausgeschaltet zugunsten des Gemeinutzes der Gemeindeglieder. Im Zuge dieser Richtung bewegte sich hier offenbar schon im Jahre 1933 die in obiger Entsch. erwähnte Umorganisation der Stadtgemeinde G., die infolge Fehlens einer Gewinnabsicht hinsichtlich des Betriebes des Gas- und Wasserwerkes auch die Zahlung von Handelskammerbeiträgen als überflüssig erscheinen ließ, weil die Stadtgemeinde nunmehr keine Förderung wirtschaftlicher Interessen zu erwarten hatte. § 36 HGB. beschränkt sich auf Reich, Länder und Gemeinden. Die im Dritten Reich entstandenen öffentlich-rechtlichen Verbände der RDA, B. und ihrer Nebenorganisationen sind also nicht einbegriffen. Gleichwohl können sie nicht anders behandelt werden. Das folgt zwar nicht aus § 36 HGB., wohl aber aus §§ 1, 2, 33 HGB. Die Propagandaunternehmen, die diese vielfach in Form von Verlagsanstalten betreiben, sind in der Regel streng gemeinnützig aufgezogen und entbehren der Gewinnabsicht. Wandeln sie die Kapitalgesellschaft, insbes. GmbH., in die sie die Verlagsanstalten gekleidet haben, nach

dem Ges. v. 5. Juli 1934 (RGBl. I, 569) nebst DurchfWd. um durch Übertragung des Vermögens auf ihre öffentlich-rechtliche juristische Person als Allein- oder Hauptgesellschafter, so brauchen sie weder ins Handelsregister als juristische Person eingetragen zu werden noch dürfen sie es. Denn da ihnen Gewinnabsicht unterzagt ist, hat ihre Eintragung in das Handelsregister weder „mit Rücksicht auf den Gegenstand“ (§ 1 HGB.) noch „auf die Art und den Umfang“ (§ 2 HGB.) ihres Gewerbebetriebes“ zu erfolgen (§ 33 HGB.). Sie sind nicht Kaufleute, sondern Hoheitsträger.

Mit anderen Worten: im Dritten Reich ist § 36 HGB. überflüssig geworden. Aus diesem Grunde kommt m. E. obiger Entsch. des RG. für die Zukunft praktische Bedeutung nicht zu.

AGR. Groschuff, Berlin.

*

** 6. §§ 36, 41, 48, 63 Abs. 2 GenG. a. F.

1. Die Satzungsbestimmungen einer Genossenschaft, nach der der Vorstand eines Vereins ohne weiteres Mitglied des Aufsichtsrats werden soll, ist ungültig.

2. Wer sich jahrelang als Aufsichtsratsmitglied einer Genossenschaft betätigt, haftet, auch wenn die Bestellung fehlerhaft war, für Pflichtverletzungen wie ein ordnungsmäßig bestelltes Mitglied.

3. Die Verjährung von Schadensersatzansprüchen aus Pflichtverletzungen eines fehlerhaft bestellten Aufsichtsratsmitgliedes richtet sich nach den Bestimmungen des Genossenschaftsgesetzes.

4. Wer einen Schaden schuldhaft verursacht hat, kann sich nicht auf freiwillige, zur Ausgleichung des Schadens dienende Zuwendungen Dritter an den Geschädigten berufen.

5. Die Aufsichtsratsmitglieder einer Genossenschaft können sich nicht auf die von der irregeleiteten GenVers. erteilte Entlastung berufen. †)

Der Bekl. H. hat bestritten, daß er für den Schaden haftbar gemacht werden könne, der durch eine Pflichtverletzung des Aufsichtsrats entstanden sei, die in die Zeit vor seiner Wahl in den Aufsichtsrat vom 14. Febr. 1930, und zwar in die Zeit falle, in der er nur in seiner Eigenschaft als Vorsitzender des Gewerbevereins H. im Aufsichtsrat tätig gewesen sei. Während der letztgenannten Zeit sei er gar nicht Aufsichtsrat i. S. des GenG., sondern nur Delegierter des Gewerbevereins, des Gründers der Gewerbebank, gewesen. Die Bestimmung des § 8 des Statuts der Bank über die Berufung des ersten Aufsichtsratsmitgliedes verstoße gegen den § 36 GenG. Das BG. hält die mit dieser Begründung begehrte Befreiung des Bekl. von der Haftung nicht für gegeben. Die dagegen erhobenen Einwendungen der Rev. sind im Ergebnis nicht begründet. Die Bestimmung des § 243 HGB. und die ihr nachgebildeten Vorschriften des § 36 GenG. über die Bestellung und Abberufung des Aufsichtsrats sind zwingenden Rechtes, also der Abänderung durch die Satzung nicht fähig. Danach kann die Berufung des Aufsichtsrats nur durch Wahl der GenVers. erfolgen (die frühere Ausnahme — Entsendung von Betriebsratsmitgliedern — besteht nicht mehr). Eine Satzungsbestimmung, nach der Dritte das Recht haben sollen, eine oder mehrere von ihnen ausgewählte Personen in den Aufsichtsrat zu entsenden, oder nach der der Vorstand eines Vereins ohne weiteres Mitglied des Aufsichtsrats sein soll, ist deshalb ungültig (RGZ. 83, 377 = JW. 1914, 305; RGZ. 133, 90 = JW. 1931, 2958 m. Anm. u. 3493). Man kann auch nicht, wie das BG. will, sagen, dem Erfordernis der Wahl sei genügt; die GenVers. bestelle jeweils den Vorsitzenden des Gewerbevereins für die Dauer dieses Amtes als Aufsichtsratsmitglied; eine Zeitgrenze für die Wahl der Aufsichtsratsmitglieder sehe das Gesetz nicht vor. Wenn die jeweilige GenVers. tatsächlich den Vorsitzenden des Gewerbevereins als erstes Mitglied gewählt hätte,

so wäre allerdings der Vorschrift des Gesetzes insofern genügt. Aber dafür, daß sich die Wahlhandlung auf den Bekl. H. in der Zeit vor seiner Wahl zum Vorsitzenden des Gewerbevereins bis zum 14. Febr. 1930 tatsächlich erstreckt hätte, insbes., daß die GenVers. vor dem 14. Febr. 1930 eine Wahlhandlung hinsichtlich des ersten Aufsichtsratsmitgliedes vornehmen wollten, liegt nichts vor. In der Bestimmung der Satzung, wenn sie auch in ihrer jetzt gültigen Fassung von einer GenVers. beschlossen worden ist, liegt schon nach dem Begriffe der „Wahl“ keine solche. Nach § 8 des Statuts hatten künftige GenVers. gerade „keine Wahl“; vielmehr mußte die Genossenschaft den vom Gewerbeverein gewählten Vorsitzenden oder dessen Stellvertreter als erstes Aufsichtsratsmitglied auf die Dauer seiner Eigenschaft als Vorstandsmitglied des Gewerbevereins hinhinnehmen. Nach dem Sinne der Bestimmung sollte auch das jederzeitige Abberufungsrecht der jeweiligen GenVers. für das erste Mitglied ausgeschlossen sein. Die Satzungsbestimmung ist auch nicht deshalb gültig, weil das GenG. keine Zeitgrenze für die Wahl der Aufsichtsratsmitglieder vorsieht. Das Gesetz läßt es jedenfalls zu, in der Satzung die Amtsdauer des Aufsichtsrats zu begrenzen. Es gewährt der GenVers. auf alle Fälle ein Wahlrecht, wenn ein Aufsichtsratsmitglied aus irgendeinem Grunde ausscheidet. Bei Beurteilung der Frage, ob H. auch für die Zeit, in der er als Vorsitzender des Gewerbevereins dem Aufsichtsrat angehörte, als gewähltes Mitglied desselben angesehen werden kann, darf nach Ansicht des BG. nicht unberücksichtigt bleiben, daß er schon vor dieser Zeit ein Jahrzehnt lang als gewähltes Mitglied dem Aufsichtsrat angehört hat. Dem kann nicht beigetreten werden. Die Amtsdauer der gewählten Aufsichtsratsmitglieder betrug nach § 8 des Statuts drei Jahre. Da H. von 1920 bis 1929 nur als Vorsitzender des Gewerbevereins dem Aufsichtsrat angehörte, kann, wenn die Bestimmung über das ständige Mitglied ungültig ist, nicht angenommen werden, daß die frühere auf Wahl beruhende Stellung fortgedauert habe.

Mit Recht bejaht aber das BG. die Haftung des Bekl. auf Grund seiner tatsächlichen Betätigung als Aufsichtsratsmitglied. Wie der Senat bereits in dem Ur. v. 2. Juli 1909, II 630/1908: Recht 1909 Nr. 2938 für das GmbH.-Recht ausgesprochen hat, kann derjenige, der, ohne in rechtswirksamer Weise zum Geschäftsführer einer GmbH. bestellt zu sein, doch Jahre hindurch die Stelle eines Geschäftsführers tatsächlich bekleidet hat, auf Grund dieses tatsächlichen Verhältnisses für nachlässige Geschäftsführung verantwortlich gemacht werden. In RGZ. 144, 384 = JW. 1934, 2132⁵ m. Anm. hat der Senat ausgesprochen, daß der Nichtgenosse, der zum Vorstand einer Genossenschaft durch die GenVers. berufen worden ist, in dieser Stellung bleibt und sein Gehalt beanspruchen kann, auch wenn er entgegen § 9 GenG. später nicht Genosse wird, und daß er nur durch die GenVers. abberufen werden kann; rechtsbegründend wirke der durch die Wahl erklärte Wille der Genossenschaft, die dabei durch die GenVers. vertreten wird und die Annahme der Wahl durch den Gewählten. Wird aber so auf Grund der tatsächlichen Betätigung des als Organ der Genossenschaft Auftretenden auch im inneren Verhältnis zur Genossenschaft das Recht auf die vertragsmäßige Vergütung anerkannt, so müssen ihm folgerichtig auch die sich aus der Organstellung ergebenden Pflichten obliegen und muß ihn die Verletzung dieser Pflichten gleich einem ordnungsmäßig bestellten Organmitglied Schadensersatzpflichtig machen. Abt, wie in vorl. Falle, ein Dritter die Befugnisse als Aufsichtsrat tatsächlich aus, und nimmt die Genossenschaft die geleisteten Dienste entgegen, so kommt damit durch schlüssige Handlung ein Vertrag zustande, durch den sich der Dritte verpflichtet, der Genossenschaft die Dienste zu leisten, die ein gewähltes Aufsichtsratsmitglied zu leisten hat. Der Dritte übernimmt damit auch vertragsmäßig die Haftung, die dem gesetzmäßig gewählten Aufsichtsratsmitglied obliegt. In der genannten Entsch. des Senats von 1909 ist die Haftung unter dem Gesichtspunkt der Geschäftsführung ohne Auftrag §§ 677 ff. BGB. angenommen worden. In einem Falle, wie dem vorliegenden, wo der Genossenschaft die Betätigung des Bekl. während ihrer langjährigen Dauer zur Kenntnis gelangt ist (durch Teilnahme in den Aufsichtsratsitzungen, Teilnahme an den GenVers. und Betätigung auch in

diesen als Aufsichtsratsmitglied) ist aber die vertragsmäßige Übernahme der Geschäftsbesorgung als unbefoldestes Aufsichtsorgan als die natürlichste anzusehen. Sie entspricht der rechtlichen Natur des Rechtsverhältnisses, das zwischen der Genossenschaft und dem gewählten Aufsichtsratsmitglied besteht. Auch dieses Rechtsverhältnis wird auf einen zwischen der Genossenschaft und dem Aufsichtsratsmitglied abgeschlossenen Vertrag zurückgeführt (Dienstvertrag bei Recht auf Vergütung, andernfalls — wie hier — Auftrag). Nimmt man einen Vertrag mit dem bezeichneten Inhalt an, so ergeben sich daraus auch zwanglos die Rechtsfolgen einer Vertragsverletzung in dem Umfange, in dem sie sich nach dem GenG. (§ 41) gegenüber dem gewählten Aufsichtsratsmitgliede ergeben. Der mit ausdrücklichem oder durch jahrelange Duldung erklärtem Willen der Genossenschaft als deren Aufsichtsrat Tätige wird also, wenn nicht besondere Tatumstände eine andere Beurteilung rechtfertigen, so zu behandeln sein wie ein ordnungsmäßig gewähltes Aufsichtsratsmitglied. So wird ihm auch eine dem Aufsichtsrat erteilte Entlastung zugute kommen. Insbesondere richtet sich auch die Verjährung nach den Vorschriften des GenG. Wollte man lediglich die Vorschriften über den Auftrag oder die Geschäftsführung ohne Auftrag zugrunde legen, so würde die dreißigjährige Verjährung gelten. Derjenige, der, ohne gesetzmäßig bestelltes Aufsichtsratsmitglied zu sein, kraft besonderen Vertrages lediglich auf Grund seiner Betätigung haften würde, wäre dann schlechter gestellt als derjenige, der ordnungsmäßig bestellt ist und dem das GenG. eine günstigere Stellung hinsichtlich der Verjährung einräumt. Zu diesem Ergebnis kann aber die Ausdehnung der im GenG. begründeten Haftung auf solche, die nur tatsächlich die Funktionen des Aufsichtsrats ausüben, nicht führen. Die Rev. glaubt, die Haftung des Bekl. könne nicht aus Auftrag (§ 662 BGB.) hergeleitet werden; es könne nicht dem Willen der Parteien entprochen haben, dem Bekl. eine Aufsichtspflicht auch für den Fall aufzuerlegen, daß seine Bestellung als Aufsichtsratsmitglied ungültig sein sollte. Auch habe nach § 8 Abs. 1 Satz 2 des Statuts der Vorsitzende des Gewerbevereins oder dessen Stellvertreter offenbar nur das Recht zu Sitz und Stimme im Aufsichtsrat haben sollen. Diese Einwendungen sind unbegründet. Es liegt kein Anlaß zu der Annahme vor, daß der Bekl. nach dem Willen der Parteien nicht haften sollte, obwohl er das Amt als Aufsichtsratsmitglied jahrelang tatsächlich ausübte, sich die Kl. also auch seine Kontrolle gefallen ließ. Darauf, ob die Ausübung dieser Stellung auf einer gültigen Bestimmung der Satzung beruhte, kam es den Parteien nicht an. Nach der Lebenserfahrung ist anzunehmen, daß die Beteiligten, wenn sie die Dienstleistung des Bekl. wollten, auch wollten, daß er für seine Tätigkeit die Verantwortung tragen sollte. Jedenfalls hat der Bekl. nichts dafür vorgebracht, was auf einen gegenteiligen Willen der Parteien schließen ließe. Aus dem Wortlaut des § 8 Abs. 1 Satz 2 des Statuts ergibt sich auch nicht, daß der Bekl. nur das Recht auf Ausübung von Sitz und Stimme im Aufsichtsrat haben sollte. Es heißt dort nur, daß der Vorsitzende als ständiges erstes Mitglied mit Sitz und Stimme dem Aufsichtsrat angehört. Er sollte aber eines der in Abs. 1 Satz 1 genannten elf Mitglieder sein, ohne daß ein Unterschied zwischen ihm und den anderen gemacht wurde. Eine andere Auslegung kann aus dem Statut, auf dessen Inhalt es allein ankommt, nicht entnommen werden. Der angerufene Zeugenbeweis und die schriftliche Erklärung des früheren Vorsitzenden des Gewerbevereins wären nicht geeignet, den der Behauptung des Bekl. entgegenstehenden Inhalt des Statuts zu entkräften. Da es sich um die Auslegung einer Satzung handelt, ist eine Auslegung durch andere Beweismittel als die Satzungsurkunde nur zulässig, wenn sie sich mit dem Wortlaut der Urkunde vereinbaren läßt. Nachdem der Bekl. jahrelang für den Gewerbeverein den diesem nach der Behauptung des Bekl. zukommenden Einfluß in der Gewerbebank ausgeübt hat, würde es auch mit diesem Verhalten im groben Widerspruch stehen, wenn der Bekl. sich jetzt auf den Standpunkt stellen wollte, er habe nicht aus seiner Betätigung. So wenig jemand sich der Verwirkung eines Rechtes entziehen kann, wenn sein tatsächliches gegenständliches Verhalten, insbes. seine Untätigkeit, der Annahme der Aufrechterhaltung seines

Rechtes entgegensteht, kann in der Regel derjenige, der eine Tätigkeit als ein ihm zustehendes Recht jahrelang ausgeübt hat, sich den Folgen seiner Tätigkeit entziehen. Der Grundgedanke der unzulässigen Rechtsausübung muß mit der Folge, daß das Recht auf den Gebrauch eines solchen Einwandes verwirkt ist, auch auf einen solchen Sachverhalt Anwendung finden. Die Auffassung, daß derjenige, der sich jahrelang in einer Organstellung betätigt hat, auch wenn die Bestellung fehlerhaft war, für Pflichtverletzungen wie ein ordnungsmäßig bestelltes Organmitglied haftet, steht auch in Übereinstimmung mit dem Schrifttum.

Die Rev. bittet weiter, zu prüfen, ob nicht zu Unrecht ein Vorteilsausgleich mit den Nachläßigen der Genossenschaftsgläubiger im Vergleichsverfahren und der Reichshilfe abgelehnt worden sei.

Auch diese Rüge kann keinen Erfolg haben.

Mit Recht hat das BG. den ursächlichen Zusammenhang der Vorteile mit der schadensstiftenden Handlung oder Unterlassung und mit dem beschädigten Rechtsgut verneint. Das BG. stellt tatsächlich fest, daß weder der Staat bei seiner Stützung der Genossenschaft durch die Reichshilfe noch die den Nachlaß von 30 % gewährenden Gläubigergenossen ein Interesse daran hatten, den Aufsichtsrat vor Schadenersatzansprüchen zu schützen, daß vielmehr beide ihre Zuwendungen ausdrücklich davon abhängig gemacht haben, daß der Aufsichtsrat zur Verantwortung gezogen wird. Dann handelt es sich aber um rein freiwillige Zuwendungen eines Dritten, die mit dem zum Schadenersatz verpflichtenden Verhalten des Aufsichtsrats in keinem ursächlichen Zusammenhang stehen, mag man auch den Begriff dieses Zusammenhangs mit der Rspr. (vgl. RGZ. 146, 275 ff. = JW. 1935, 1242⁷) weit auffassen. Wie das BG. zutreffend unter Bezugnahme auf RGZ. 92, 57 (vgl. ferner RGZ. 141, 173 = JW. 1933, 2513⁸) erklärt, dürfen liberale Zuwendungen, auch wenn sie zur Ausgleichung eines dem Bedachten erwachsenen Schadens gemacht werden, nicht demjenigen zugute kommen, der den Schaden schuldhaft verursacht hat, da dies der wohlwärtigen Absicht des Zuwendenden, der nur dem Bedachten in seiner Not helfen will, zuwiderlaufen würde.

Das BG. befaßt sich mit dem Einwand der Entlastung nicht ausdrücklich. Das Urteil muß aber so verstanden werden, daß sich das BG. zu diesem Punkte einfach den Ausführungen erster Instanz anschließen wolle. Das BG. führt aus: Der Aufsichtsrat könne sich nicht darauf berufen, daß ihm von der GenVers. jederzeit Entlastung erteilt worden sei. Der Aufsichtsrat habe die übermäßigen Kreditüberschreitungen und ihre mangelhafte Deckung gefannt. Seine Pflicht sei es gewesen, die GenVers. hierüber aufzuklären. Die GenVers. müsse sich in erster Linie auf den Aufsichtsrat verlassen können. Der Aufsichtsrat habe aber in der GenVers., ohne einzuschreiten, die Berichte des Direktors R. mit angehört, der die Verhältnisse der Bank als solid und fest schilderte und sich bei seinem Vortrag meistens auf die Kredite des laufenden Jahres beschränkte. Wenn die GenVers. in Unkenntnis der hohen Kreditüberschreitungen und ihrer mangelhaften Deckung und irreführt durch die Berichte des Direktors R. den Aufsichtsrat, der stets die vorgelegte Bilanz zur Annahme befürwortete, Entlastung erteilt habe, so habe sie sich hiermit nicht ihres Schadenersatzanspruches beraubt. Denn die GenVers. könne nur auf Grund der ihr gemachten Vorlagen und erstatteten Berichte Entlastung erteilen.

Nach Ansicht der Rev. hat das BG. bei diesen Erwägungen übersehen, daß es (nur) auf die Erkennbarkeit der Pflichtverletzungen aus den Unterlagen ankomme. Wie im Aktienrecht die Erkennbarkeit für die Bilanzprüfer genüge, so dürfte im Genossenschaftsrecht die Erkennbarkeit für die Rev. ausreichen. Vom Revisor seien aber die Pflichtverletzungen nach den Feststellungen des BG. erkannt. In jedem Falle genüge die Erkennbarkeit für die GenVers. aus den Revisionsberichten, welche nach § 63 Abs. 2 S. 1 GenG. zum Gegenstand der Beschlussfassung gemacht worden seien. In den Revisionsberichten, welche wie das BG. feststelle, auf die Unzulässigkeit der die Höchstgrenze überschreitenden Kredite und auf die Haftung des Vorstandes und Aufsichtsrats hingewiesen und seien die Kreditüberschreitungen einzeln ausgeführt. Darauf, ob und inwieweit

die Berichte in den GenVers. verlesen worden sind, komme es für die Erkennbarkeit nicht an.

Die Rüge ist nicht begründet. Der Rev. ist zwar darin beizutreten, daß eine Entlastung in der Regel wirksam ist, wenn der GenVers. eine einen Schadenserzagsanspruch begründende Pflichtverletzung des Aufsichtsrats bei der Fassung des Beschlusses bekannt war oder wenn sie aus den ihr vorgelegten Unterlagen das Bestehen des Anspruchs erkennen konnte. Darauf, ob für den Verbandsrevisor die Pflichtverletzung des Aufsichtsrats erkennbar war, kann es aber nicht ankommen. Es ist nicht Aufgabe der GenVers., den Bericht des Revisors im einzelnen zu prüfen. Nach § 63 Abs. 2 GenG. ist der Revisionsbericht bei der Berufung der GenVers. als Gegenstand der Beschlussfassung anzukündigen. In der GenVers. hat der Aufsichtsrat sich über das Ergebnis der Rev. zu erklären. Ein Recht auf Einsicht in den Revisionsbericht steht den einzelnen Genossen nicht zu. Die GenVers. kann allerdings nach pflichtgemäßem Ermessen beschließen, daß der Revisionsbericht ihr im vollen Umfange zur Kenntnis gebracht wird, soweit dies zur Beschlussfassung über die Entlastung erforderlich ist. Soweit die Verlesung tatsächlich nicht erfolgt ist, kann aber in der Erteilung der Entlastung noch nicht der Verzicht der Genossenschaft auf Schadenserzags wegen solcher Pflichtverletzungen gefunden werden, die nur aus dem Revisionsbericht erkennbar waren. Anders wäre die Rechtslage, wenn aus der Bilanz die Verluste, und insbes. die Kreditüberschreitungen und damit die Pflichtverletzung des Vorstandes erkennbar waren, wenn etwa in der Bilanz die Schuldner und der Betrag ihrer Schuld und der Verlust des Guthabens angeführt waren. Denn über die Genehmigung der Bilanz hat die GenVers. zu beschließen. Die Bilanz soll auch zur Einsicht der Genossen ausgelegt oder sonst demselben zur Kenntnis gebracht werden (§ 48 GenG.). Hierum handelt es sich aber nicht. Von dem Befl. ist in den Schriftsätzen erster Instanz selbst vorgetragen worden, daß der Vorstand A., dessen Untreue sich später herausgestellt hat, den Revisionsbericht in der GenVers. vorgelesen hat. Das früher mit beklagte Aufsichtsratsmitglied D. sagt im Schriftsatz vom 9. Okt. 1933, ohne daß der Befl. S. dagegen Widerspruch erhoben hätte, daß A. bei der Verlesung des Revisionsberichts die ihm unangenehmen Stellen — also diejenigen über die unzulässige, die Genossenschaft gefährdende Kreditgewährung — weggelassen hat. Nach der Feststellung des LG. war der Aufsichtsrat in der GenVers. anwesend; er hat nichts gegen die Auslassungen eingewendet, die Genehmigung der Bilanz befürwortet, und auch noch in der GenVers. vom 31. März 1931, also kurz vor dem Zusammenbruch der Bekl., gegen den Vorschlag auf Verteilung einer Dividende von 6% nichts eingewendet. Unter diesen Umständen würde es gegen Treu und Glauben verstoßen, wenn der Aufsichtsrat sich auf die von der irreführten GenVers. erteilte Entlastung berufen wollte.

(RG., II. ZivSen., U. v. 9. Okt. 1936; II 43/36.)

← RGZ. 152, 273.)

Anmerkung: I. In dem ersten nicht zum Abdruck gelangten Teil der Entsch. wird dem Aufsichtsrat zum Vorwurf gemacht, daß er nicht gegen die ihm bekannte Überschreitung der Höchstkreditgrenze (§ 49 Ziff. 2 GenG.) vorgegangen sei. Der Befl. bestreitet, daß schon die Überschreitung allein eine Schadenserzagspflicht für Vorstand und Aufsichtsrat hinsichtlich des der Genossenschaft bei diesen Krediten erwachsenen Ausfalls begründe. Er meint, es komme allein darauf an, ob die Kredite an nicht genügend zahlungsfähige Personen oder ohne hinlängliche Sicherheit gegeben seien. Die Überschreitung der Kreditgrenze erachtet der Befl. als bloße Ordnungswidrigkeit. Das RG. hat gegen diese Ausführungen, obwohl es ihnen nicht folgt, nicht mit der wünschenswerten Deutlichkeit Stellung genommen. Es handelt sich bei diesem Vorbringen der Rev. um die Vermengung zweier ganz verschiedener Tatbestände, von denen jeder für sich allein ursächlich für den eingetretenen Schaden ist. Leichtfertige Kreditgewährung verpflichtet selbstverständlich den Schuldigen allemal zum Schadenserzags. Wird aber die Höchstkreditgrenze überschritten, so liegt schon darin eine Pflichtverletzung. Es hätte insoweit überhaupt kein Kredit

gegeben werden dürfen, auch nicht an zuverlässigste Schuldner. Die Leichtfertigkeit bei solcher Kreditgewährung kommt höchstens als erschwerendes Moment hinzu, ist aber im übrigen nur insofern von Belang, als durch genügende Sorgfalt bei der Gewährung des unerlaubten Kredits allenfalls die Entziehung eines Schadens hätte verhindert werden können. Das muß einmal mit aller Schärfe gesagt werden, um der in leitenden Genossenschaftskreisen vielfach anzutreffenden irrigen Meinung zu begegnen, die Überschreitung der Höchstkreditgrenze berge keine Haftungsgefahr in sich, wenn nur bei Gewährung oder Überprüfung des Kredits die erforderliche Sorgfalt beobachtet werde.

II. Durchaus zutreffend ist die Ansicht des RG., daß Satzungsbestimmungen, die dem jeweiligen Organ einer anderen Körperschaft die Stellung eines Aufsichtsratsmitgliedes zuweisen, ungültig sind. Man mag das bei Übertragung eines Vorstandsamts noch für zulässig halten, da § 23 Abs. 2 S. 2 „eine andere Art der Bestellung“ (außer durch Wahl der GenVers.) gestattet; ob freilich dem Erfordernis der „Bestellung“, die doch eine Mitwirkung der Genossenschaft selbst im Einzelfall begrifflich voraussetzt, genügt wird, bleibt selbst dann zweifelhaft. Die Zusammenfassung des Aufsichtsrats hingegen, des ausgesprochenen Vertrauensorgans der Mitglieder, muß nach dem Willen des Gesetzgebers von jeder Einflußnahme Dritter freibleiben, eine auch nur satzungsmäßige, also immerhin freiwillige Bindung an bestimmte Personen ist damit unvereinbar. Dazu kommt, daß die Auswahl der Aufsichtsratsmitglieder nach Maßgabe ihrer persönlichen Eignung für dieses Amt, nicht nach ihrer sonst bekleideten Stellung erfolgen soll. In der Praxis mag man sich vielleicht des öfteren über diesen Grundsatz hinwegsetzen. Aber es geht entschieden zu weit, daß die GenVers. sich auch der Möglichkeit einer Auswahl völlig begibt und sich an Personen bindet, die jeweils Inhaber einer Stellung außerhalb der Genossenschaft sind, also mittelbar durch Nichtgenossen zum Mitglied des Aufsichtsrats berufen und abberufen werden. Allgemein anerkannt ist, daß einer juristischen Person als solchen weder ein Vorstands- noch ein Aufsichtsratsamt wirksam übertragen werden kann. Die Zuweisung eines Aufsichtsratsitzes an den jeweiligen Leiter einer juristischen Person oder Körperschaft ist nur eine andere Form, mit der das gleiche Ergebnis wie in jenem Fall erzielt wird. Eine satzungsmäßige Personation mit anderen Vereinigungen und selbst mit anderen Genossenschaften ist also rechtlich ausgeschlossen.

III. Ebenso beifallswert ist die Auffassung des RG., daß auch das fehlerhaft bestellte Organmitglied der Organhaftung unterliege. Allerdings gibt die auf vertragsmäßige Übernahme der Geschäftsbeforgung gestützte Begründung zu gewissen Bedenken Anlaß. Die in den §§ 34 und 41 GenG. bestimmte Haftung trifft die Verletzung von Amtsverpflichtungen und ist nun einmal an die Stellung als Amtsträger, nicht an eine solche als Partner eines Dienstvertrags geknüpft. Vertragliche Dienstverpflichtungen können weitergehen oder auch enger sein (z. B. interne Unterordnung von Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern) als die durch die Amtsstellung bedingten Pflichten. Beide Art Pflichten können sogar in Kollision treten, wobei natürlich die Berufung auf Vertragspflicht nicht von der Innehaltung der Organpflichten befreien kann und den letzteren stets der Vorrang gebührt. Wo es aber an einer rechtsgültigen Bestellung fehlt, kann nur der Inhalt der vertraglich übernommenen Pflichten maßgebend sein. Sie werden sich, so wohl auch hier, zumeist mit den Amtspflichten decken, so daß die sorgfältige Erfüllung der Organpflichten auch so schon rechtlich gewährleistet ist. Aber man kann nicht einfach, wie es das RG. tut, die Normen über die Amtspflichthaftung in Anwendung bringen, soweit man mit der zugrunde gelegten vertraglichen Haftung zu unbilligen Ergebnissen kommen würde. Vielmehr zeigt dieser Bruch im Gedankenablauf, daß der Ausgangspunkt verfehlt ist. Man muß weitergehen und den tatsächlichen Amtsträger, der sich ohne rechtsgültige Bestellung anmaßt, eine Organstellung einzunehmen, dem rechtswirksam bestellten Dr-

ganmitglied gleichstellen. Die Lehre von der Haftung für veranlaßten Rechtschein eignet sich nicht nur für die Vornahme von Rechtsgeschäften durch Nichtberechtigte, also für die rechtsgeschäftliche Haftung, sondern läßt sich ohne Bedenken auch für Fälle der gesetzlichen Haftung, hier also aus Nichterfüllung von Organpflichten, anwenden. Man kann sogar behaupten, daß, wer einem unbeschränkten Personenkreis gegenüber als Berechtigter aufgetreten ist, und, ob gutgläubig oder nicht, die Stellung als Amtsträger in Anspruch genommen hat, mit größerer Berechtigung der Haftung unterworfen wird als derjenige, der nur im rechtsgeschäftlichen Verkehr gelegentlich unter falscher Flagge segelt. Dieser Gedanke klingt auch in den Ausführungen des RG. an, aber sehr nebenbei, in seiner Berufung auf die Unzulässigkeit des venire contra factum proprium und auf die Verwirkung des Einwands; er hätte schärfer herausgehoben und zur tragenden Grundlage der Entsch. gemacht werden sollen. Erkennt man diesen Gedankengang als richtig an, dann richten sich selbstverständlich auch Verjährung und Entlastung nach den für Organmitglieder geltenden Vorschriften.

IV. Daß ein Organmitglied sich nicht auf eine ihm erteilte Entlastung berufen kann, wenn die beschließende GenVers. von den verantwortlichen Beteiligten bewußt irreführt wurde, entspricht dem gesunden Rechtsempfinden und steht im Einklang mit der bisherigen Rspr. des RG. Die feststehende Ansicht, daß „erkennbare“ Pflichtverletzungen durch die Entlastung gedeckt werden, darf nicht überspannt werden, wie es in der bisher ziemlich weitgehenden Rspr. zum Teil geschehen ist. Haben die Organe, die zur Aufklärung der GenVers. berufen sind, den Tatbestand verschleiert oder gefälscht, so fehlt es eben an der nötigen Erkennbarkeit. Man wird hierbei jedoch scharf zwischen dem Tatbestand selbst und dessen Auswertung zu unterscheiden haben. Eine Irreführung, die den Tatbestand der Pflichtverletzung an sich unberührt läßt und sich lediglich auf dessen Ausdeutung und dessen rechtliche oder wirtschaftliche Bewertung beschränkt (sogenannte Beschönigungen), kann nicht genügen, um die geschehene Entlastung gegenstandslos zu machen. Eigene Urteilsbildung kann und muß von den Mitgliedern der GenVers. verlangt werden. Auch wird ein bloßes Schweigen der verantwortlichen Personen niemals genügen, um ihnen den Vorwurf der Irreführung einzutragen. Daß eine verantwortliche Person sich nicht selbst beschuldigt, damit muß die GenVers. stets rechnen.

Prof. Dr. R u t h, Halle a. S.

*

** 7. §§ 1, 13 Abs. 3, 14 U n l W G.; § 826 B G B.

1. Ein Handeln zum Zwecke des Wettbewerbes i. S. des U n l W G. ist auch dann gegeben, wenn der Handelnde neben anderen Zwecken auch Wettbewerbszwecke verfolgt und diese gegenüber den sonstigen Zwecken nicht ganz in den Hintergrund treten.

2. Mit den Anschauungen des anständigen Geschäftsverkehrs ist es nicht vereinbar und daher unlauter, wenn ein Gewerbetreibender seine Ware mit denen des Mitbewerbers vergleicht und als diesen überlegen hinstellt.

3. Ein solcher Vergleich ist ausnahmsweise zulässig, wenn ein unberechtigter Angriff des Mitbewerbers abgewehrt werden soll oder wenn der Wettbewerber von dem Umworbene aufgefördert wird, die Ware mit der Konkurrenzware zu vergleichen. Der Vergleich darf jedoch nur in einer Weise vorgenommen werden, die eine Nachprüfung des Urteils gestattet. Der Wettbewerber muß nicht nur von der Richtigkeit seines Werturteils überzeugt sein, sondern auch die Gründe angeben, die ihm diese Überzeugung verschafft haben.

4. Das Interesse an einer vertraulichen Mitteilung über das Erwerbsgeschäft eines anderen, insbes. über die von einem anderen vertriebenen Waren, ist nicht als berechtigt i. S. des § 14 Abs. 2 U n l W G. anzusehen, wenn

der Inhalt der Mitteilung den guten Sitten des lautereren Wettbewerbs zuwiderläuft. f)

Die Kl. stellt die „Ma“-Heilmittel her. Die beklagte Ehefrau (Zweitbeklagte) ist die Inhaberin einer Firma K., deren Gegenstand gleichfalls die Herstellung und der Vertrieb von Heilmitteln ist. Die letzteren werden unter der Leitung und Anweisung des beklagten Ehemanns (Erstbeklagten) hergestellt. Nach dem vorgetragenen Inhalt der Handelsregisterakten ist der beklagte Ehemann Handlungsbevollmächtigter des Unternehmens. Er fördert den Absatz der Heilmittel u. a. auch in der Weise, daß er auf Anfragen Diagnosen und Behandlungsvorschläge auf Grund eines in den Vorinst. von keiner der Parteien aufgeklärten sogenannten Pendelverfahrens, bzgl. dessen auch vom BG. nichts festgestellt worden ist, ausarbeitet und dabei die von der Firma seiner Ehefrau hergestellten Ka-Heilmittel empfiehlt.

Anfang 1935 richtete der Heilpraktiker M. an die Firma der beklagten Ehefrau eine Anfrage wegen der Behandlung einer Patientin. Er sandte seinen Untersuchungsbesund ein und teilte, wie der Tatbestand des BU. angibt, mit, daß er die Patientin bisher ohne rechten Erfolg mit „Ka“-Mitteln behandelt habe; er bat um Zusendung einer Pendel diagnose. Gleichzeitig teilte er mit, daß er die Patientin bis zum Eintreffen der Diagnose mit „Ma“-Mitteln behandeln wolle. Nach der Behauptung der Kl. ist in dem Brief — der in den Vorinst. nicht vorgelegt worden ist —, auch eine Anfrage enthalten gewesen, ob in diesem Fall eine Behandlung mit „Ma“-Mitteln angebracht sei.

Der beklagte Ehemann sandte dem Heilpraktiker M. die erbetene Diagnose ein und empfahl im Anschluß an sie eine große Anzahl von „Ka“-Mitteln zur Behandlung der Patientin und fügte schließlich folgende Bemerkung hinzu:

„Daß Sie mit „Ma“-Mitteln bei so schweren dyskratischen Krankheiten wie hier nichts ausrichten können, werden Sie mir einsehen und ist diesbezüglich alles Zeitverschwendung.“

Die Kl. erblickt in dieser Erklärung eine unzulässige vergleichende Reklame, eine zu Wettbewerbszwecken erfolgte Anpreisung der eigenen Erzeugnisse durch gleichzeitige Herabsetzung der Erzeugnisse des Wettbewerbers (§ 1 U n l W G.). Außerdem liegt nach Ansicht der Kl. wegen der Unwahrheit der behaupteten Tatsache in dieser allgemeinen Form der Tatbestand des § 14 U n l W G. vor. Ihrer Ansicht nach hat der beklagte Ehemann als Beauftragter seiner Ehefrau i. S. des § 13 Abs. 3 U n l W G. gehandelt.

Die Kl. beantragt daher:

1. Verurteilung des beklagten Ehemannes zur Unterlassung bei Strafvermeidung der Aufstellung und Verbreitung der Behauptung, man könne mit „Ma“-Mitteln bei schweren dyskratischen Krankheiten nichts ausrichten, die Anwendung von „Ma“-Mitteln sei nur Zeitverschwendung.

2. Verurteilung der beklagten Ehefrau zur Unterlassung, diese oder ähnliche Behauptungen durch dritte Personen aufstellen oder verbreiten zu lassen.

Die Bekl. haben um Klageabweisung gebeten. Sie bestritten in erster Linie ein Handeln zu Wettbewerbszwecken und einen Verstoß gegen die guten Sitten. Ihrer Angabe nach hat sich der beklagte Ehemann vielmehr nur wissenschaftlich betätigt und hat daher auf die Anfrage M.s seiner Überzeugung Ausdruck verleihen dürfen. Weiter berufen sie sich auf die Vertraulichkeit der Auskunft, an der auch der Empfänger ein berechtigtes Interesse gehabt habe, und die außerdem erweislich wahr gewesen sei. Der beklagte Ehemann bestreitet ferner, als Beauftragter seiner Frau gehandelt zu haben, da er in keinem Vertragsverhältnis zu ihr gestanden habe, sie übrigens von seinem Brief nichts gewußt habe. Schließlich bestreiten beide Bekl. eine Wiederholungsgefahr.

Das BG. hat die Klage abgewiesen, weil weder ein Handeln zu Wettbewerbszwecken noch ein Verstoß gegen die guten Sitten vorliege.

Die Berufung wurde zurückgewiesen. Der Rev. war der Erfolg nicht zu verlagern.

Das BG. hat in erster Linie ein Handeln des beklagten Ehemannes zu Wettbewerbszwecken verneint. Es ist der Ansicht,

daß er insoweit, als er Diagnosen ausarbeitet, einem Heilpraktiker gleichzustellen sei, wobei es keine Rolle spiele, ob er außerdem an dem Vertrieb seiner eigenen Mittel interessiert sei, sich daher insoweit kaufmännisch betätige und zu anderen Heilmittelfabrikanten im Wettbewerb stehe. Beide Funktionen seien streng voneinander zu trennen: Soweit der beklagte Ehemann die von ihm zusammengesetzten Heilmittel vertreibt oder bei deren Vertrieb mitwirke, komme naturgemäß ein Handeln zu Wettbewerbszwecken in Betracht; soweit er aber Diagnosen ausarbeite, um Kranken zu helfen, werde er lediglich zu Heilzwecken tätig. Das BG. meint, dieser Heilzweck werde auch nicht dadurch ausgeschaltet, daß der beklagte Ehemann dabei die „Ma“-Mittel empfehle und vom Gebrauch anderer Heilmittel häufig, wenn nicht immer, abrate, denn bei der Frage nach dem Zweck seiner Tätigkeit komme es nicht darauf an, ob die von ihm empfohlenen Mittel tatsächlich für diesen Zweck geeignet oder doch besser als andere Heilmittel geeignet seien. Das BG. bemerkt noch, daß seiner Ansicht nach hier, wo es sich um einen Angehörigen des Heilpraktikerstandes handle, der bekanntlich staatlichen Schutz genieße, die Sache nicht anders als bei einem Arzt liege, der wirtschaftlich an einer Heilmittelfabrik interessiert sei und in seiner Praxis vorwiegend diese Heilmittel verordne. In dem einen wie in dem anderen Falle könne der Umstand, daß notwendig mit dem Absatz der eigenen Mittel auch ein gewerblicher Vorteil, für den Gegner aber ein gewerblicher Nachteil verbunden sei, die Tätigkeit nicht ihres wesentlichen Charakters, Heilzwecken zu dienen, entkleiden, sofern nur der zu Rate gezogene Arzt oder Heilpraktiker an die Wirksamkeit seiner Heilmittel glaube, die der anderen Heilmittelfabrik aber für ungeeignet halte und deshalb die seinen empfehle, die anderen verwerfe. Das BG. stellt fest, daß der Heilpraktiker M. in St. durch sein Schreiben bei dem beklagten Ehemann eine Belehrung zu Heilzwecken gesucht und ihn durch die Mitteilung, daß er zur Zeit „Ma“-Mittel anwende, zu einer Stellungnahme über die Frage, ob sie im vorl. Falle geeignet seien, herausgefordert habe, auch wenn M. — was deshalb dahingestellt bleiben könne — diese Frage nicht ausdrücklich an ihn gerichtet haben sollte. An der Tatsache, daß eine Anfrage des M. an den beklagten Ehemann wegen der Geeignetheit der „Ma“-Mittel vorgelegen habe, ändere auch der Umstand nichts, daß M. ihm mitgeteilt habe, er werde bis zum Eintreffen der Diagnose „Ma“-Mittel anwenden. Denn wenn M. auch, wie feststehe, noch nach dem Eintreffen der Diagnose „Ma“-Mittel weiter angewendet habe, so würde dies vielleicht in noch größerem Maße geschehen sein, wenn der beklagte Ehemann ihm dies empfohlen hätte. Daß die Auskunft zu Heilzwecken erteilt sei, wird nach Ansicht des BG. auch nicht dadurch beeinträchtigt, daß die Äußerung wegen der „Ma“-Mittel verallgemeinert sei. Denn die Verallgemeinerung diene zur Begründung der Ansicht des beklagten Ehemannes in dem von ihm zu beurteilenden Einzelfall und die Bezugnahme auf ihn sei jedenfalls deutlich erkennbar geblieben.

Die Rev. wendet sich gegen die Ansicht des BG., daß hier nicht ein Handeln des beklagten Ehemannes zu Zwecken des Wettbewerbs vorliege. Die Rüge ist begründet. Das BG. geht ersichtlich davon aus, daß diese Voraussetzung nur dann gegeben sei, wenn der Wettbewerbszweck als einziger von dem Handelnden verfolgt wird. Das ist nach der Rspr. des erf. Sen. rechtsirrig. Danach genügt es zur Annahme der Voraussetzung vielmehr, daß auch Wettbewerbszwecke von dem Handelnden in der mit der jeweiligen Klage beanstandeten Erklärung verfolgt worden sind (z. B. RGZ. 78, 81 = JW. 1912, 254; RGZ. 118, 138 = JW. 1928, 353; RGZ. 128, 330 ff. = JW. 1930, 1928³ m. Anm.; ferner Urteile in NuW. 25, 117 = JW. 1926, 564²; NuW. 27/28, 55 = JW. 1930, 69; und noch in neuester Zeit in dem Art. II 64/36 v. 25. Sept. 1936); nur darf der Wettbewerbszweck gegenüber den etwaigen sonstigen Zwecken des Handelns „nicht ganz in den Hintergrund getreten sein“, wie in den bezeichneten Urteilen fast stets betont wird. Das BG. verkennt die hiernach an sich gegebene Möglichkeit des Nebeneinanderbestehens des Wettbewerbszwecks und anderer Zwecke des beklagten Ehemannes in dem der Klage zugrunde liegenden Schreiben vom 9. Febr. 1935, indem es von zwei nach seiner

ausdrücklichen Erklärung streng voneinander zu trennenden Funktionen des beklagten Ehemannes spricht, die es dann auch betrachtet, als handle es sich um selbständige Arbeitsgebiete des letzten. Denn das BG. nimmt einerseits an, daß der beklagte Ehemann, soweit er Diagnosen ausarbeite, einem Heilpraktiker gleichzustellen sei und tätig werde, um Kranken zu helfen, also „lediglich zu Heilzwecken“. Dieser Betätigung des beklagten Ehemannes stellt das BG. andererseits gegenüber die seines Vertriebs oder seiner Mitwirkung bei dem Vertrieb der von ihm zusammengesetzten Heilmittel, und zwar als eine von der Ausarbeitung von Diagnosen völlig getrennt zu betrachtende selbständige Betätigung. Sie ist nach der Ansicht des BG. hier nicht gegeben, eben weil hier nur eine von ihm ausgearbeitete Diagnose in Frage komme und er, soweit er Diagnosen ausarbeite, wie gesagt, lediglich zu Heilzwecken tätig werde. Die weitere Erwägung des BG., daß dieser Heilzweck auch nicht dadurch „ausgeschaltet“ werde, daß der beklagte Ehemann dabei die „Ma“-Mittel empfehle und vom Gebrauch anderer Heilmittel häufig, wenn nicht immer, abrate, liegt ganz in der gleichen Linie der obigen Betrachtungsweise des BG. von den zwei selbständigen, völlig voneinander getrennten Funktionen. Es handelt sich nicht um die Frage, ob der Heilzweck ausgeschaltet wird durch die Empfehlung der „Ma“-Mittel und durch das Abraten von dem Gebrauch anderer Heilmittel bei der Diagnose, sondern ob nicht beide Zwecke, nämlich der Heilzweck und der Wettbewerbszweck, nebeneinander bestehen. Nun dient der erste Teil des Schreibens vom 9. Febr. 1935 zweifellos ausschließlich Heilzwecken. Er beschäftigt sich lediglich mit den zahlreichen schweren Krankheiten, an denen die Patientin des Heilpraktikers M. nach dem sogenannten Untersuchungsbefund des beklagten Ehemannes angeblich leidet. Das nimmt auch die Rev. an. Anders liegt es aber mit dem zweiten Teil des Schreibens. Denn hier beschäftigt sich der beklagte Ehemann nicht mehr ausschließlich mit der Aufzählung und Beschreibung der Leiden der Patientin, sondern geht auf die Krankheitsbehandlung ein. Ein Absatz des Schreibens dient ausschließlich der Empfehlung der Anschaffung seines „Pendelpolkastens“ mit einer ganz kurzen Beschreibung seines Zwecks und der „dringenden Empfehlung des Unterrichts in der Handhabung dieses Kastens durch den Heilpraktiker Z. in B., der an seinem — des beklagten Ehemannes — Pendelpolkasten ausgebildet und gern bereit sei, Heilpraktiker in der Handhabung des Pendelpolkastens, natürlich gegen ein angemessenes Honorar für seine Bemühungen, zu unterrichten“. Im nächsten Absatz folgt dann eine allgemeine Belehrung über die Art der Verwendung seiner — des beklagten Ehemannes — Heilmittel, wieder ausklingend in eine Empfehlung des Unterrichts bei dem genannten Heilpraktiker Z. Wenn dann der beklagte Ehemann im Anschluß an seine vorhergehende Empfehlung zur Anschaffung seines Pendelpolkastens und zum Unterricht in der richtigen Handhabung des Kastens und nach der weiteren kurzen Belehrung über die Verwendung seiner Heilmittel mit dem Hinweis auf die Notwendigkeit des Unterrichts bei Z. im Rahmen dieser Empfehlung dem M. weiter und schreibt:

„Daß Sie mit „Ma“-Mitteln bei so schweren dystrophischen Krankheiten wie hier nichts ausrichten können, werden Sie nun einsehen und ist diesbezüglich alles Zeitverschwendung“,

so kann allerdings, wie in Übereinstimmung mit der Rev. anzunehmen ist, keine Rede davon sein, daß diese Äußerung eine Belehrung zu Heilzwecken ist. Sie verfolgt vielmehr, wenn man sie zusammen mit Abs. 2 über die Empfehlung zur Anschaffung des Pendelpolkastens des beklagten Ehemannes und zum Unterricht in dessen Handhabung bei Z. nicht überhaupt als selbständigen, ausschließlich auf Verfolgung wettbewerblicher Zwecke gerichteten Teil des Schreibens betrachten will, zum mindesten neben dem Heilzweck, der in dem ersten Teil des Schreibens nach den obigen Darlegungen verfolgt wird, wettbewerbliche Zwecke, die hier keineswegs gegenüber dem Heilzweck in den Hintergrund treten.

Danach ist der erste Entscheidungsgrund des BG. rechtsirrig: es liegt ein Handeln des beklagten Ehemannes zu Wettbewerbszwecken vor.

Weiter handelt es sich um die Gegenüberstellung der eigenen Heilmittel in Verbindung mit der ganz besonderen eigenen Art der Ermittlung der Krankheiten (durch „Auspendeln“) im Vergleich zu den Ma-Heilmitteln, die im Gegensatz zu den empfohlenen eigenen „bei so schweren dyskratischen Krankheiten wie hier“ dem Sinne nach als völlig unbrauchbar und deren Anwendung nur als Zeitverschwendung bezeichnet werden. Die Kl. steht auf dem Standpunkt, den auch die Rev. vertritt, daß es sich hierbei um eine persönliche oder vergleichende Reklame handle, die nach der Rspr. des erf. Sen. den Grundsätzen des lauterer Wettbewerbs widerspreche, daher sittenwidrig i. S. des § 1 UnlWG., mithin unzulässig sei.

Nach der ständigen Rspr. des erf. Sen. hat zwar jeder Gewerbetreibende das Recht, für seine Erzeugnisse unter Hervorhebung ihrer Vorzüge zu werben, aber es ist mit den Anschauungen des anständigen Geschäftsverkehrs nicht vereinbar und deshalb unlauter i. S. des § 1 UnlWG., wenn er seine Ware empfiehlt, indem er sie mit der des Mitbewerbers vergleicht und als dieser überlegen hinstellt (vgl. z. B. RGZ. 116, 277 = JW. 1927, 2002¹³ = MuW. 26, 340; ferner RGZ. 143, 346 = JW. 1934, 1490¹⁴ m. Anm. = MuW. 34, 202; ferner MuW. 31, 626 = JW. 1934, 284). Mag die gewerbliche Leistungsfähigkeit des Mitbewerbers tatsächlich geringer sein und sein Erzeugnis hinter dem des anderen zurückstehen, so braucht er sich im allgemeinen nicht gefallen zu lassen, daß dieser Umstand in fremden Anpreisungen als Mittel zur Hervorhebung der eigenen Leistungsfähigkeit des Anpreisenden verwendet wird. Nun gibt es aber nach der Rspr. des erf. Sen. Ausnahmefälle, in denen eine Vergleichung der eigenen Leistung mit der des Mitbewerbers nicht als unstatthaft anzusehen ist. Ein solcher Fall liegt, wie der erf. Sen. mehrfach ausgesprochen hat (vgl. Urteil in MuW. 33, 71; 34, 202 und 284; 36, 249 [251]; ferner Urteile v. 19. Juni 1936, II 12/36: JW. 1936, 2867¹⁵ und v. 25. Sept. 1936, II 64/36) in erster Linie dann vor, wenn ein Eingehen auf die Verhältnisse des Mitbewerbers oder auf die Beschaffenheit seiner Waren dazu dienen soll, einen unberechtigten Angriff des Mitbewerbers abzuwehren. Um diesen Fall handelt es sich hier nicht. Aber es sind, wie der erf. Sen. in den beiden letztgenannten Urteilen v. 19. Juni 1936, II 12/36 und v. 25. Sept. 1936, II 64/36 ausgesprochen hat, auch sonst Fälle denkbar, in denen einem Mitbewerber eine vergleichende Erwähnung fremder Leistungen erlaubt sein muß nach der Anschauung des redlichen Verkehrs. Eine hinreichende Veranlassung hierzu wird insbes. dann vorliegen, wenn der Mitbewerber vom Umworbener aufgefordert wird, die Ware und die Konkurrenzware zu vergleichen. In solchem Falle kann der Wettbewerber den von ihm erbetenen Aufschluß nicht verweigern, wie auch die Fußnote zu dem genannten Ur. vom 19. Juni 1936: JW. 1936, 2869 zustimmend annimmt. Das BG. läßt es nun zwar dahingestellt, ob der Heilpraktiker M. den beklagten Ehemann ausdrücklich danach gefragt hatte, ob im vorl. Falle die Anwendung von „Ma“-Mitteln angebracht sei, denn M. habe dem beklagten Ehemann ja mitgeteilt gehabt, daß er zur Zeit „Ma“-Mittel anwende — zu ergänzen ist: bis zum Eintreffen der erbetenen Diagnose des beklagten Ehemanns — und habe dadurch eine Stellungnahme des zur Heilung herangezogenen beklagten Ehemanns auch ohne eine ausdrückliche Frage herausgefordert. Diese Feststellung des BG. läßt keinen Verstoß gegen Auslegungsgrundsätze erkennen. Nach Ansicht der Rev. kann dieser Standpunkt des BG. deshalb nicht als richtig anerkannt werden, weil M. dem beklagten Ehemann mitgeteilt gehabt habe, daß er nur bis zum Eintreffen seiner erbetenen Diagnose Ma-Mittel anwenden wolle. Die Rev. meint, der beklagte Ehemann habe also gar nicht mehr damit zu rechnen brauchen, daß M. nach dem Eintreffen der Diagnose noch „Ma“-Mittel anwenden werde. Hierauf hatte die Kl. bereits in dem Berufungsverfahren hingewiesen, und das BG. hatte zu diesem Hinweis auch Stellung genommen. Es hatte ihn deshalb als rechtlich bedeutungslos angesehen, „weil M. die Ma-Mittel, die er tatsächlich auch noch nach dem Eintreffen der Diagnose angewandt habe, erst recht und vielleicht in noch größerem Umfang weiter verwandt haben würde, wenn der beklagte Ehemann ihm dies empfohlen

hätte“. Diese Feststellung des BG. liegt ganz auf dem Gebiete tatsächlicher Würdigung und ist daher einem Angriff in der Rev.Jnst. entzogen.

Nun hatte aber die Kl. bereits in den Vorinst. geltend gemacht, daß der beklagte Ehemann mit der ganz allgemeinen Form seiner Erklärung, „bei so schweren dyskratischen Krankheiten wie hier könne im Gegensatz zu seinen eigenen (vorher empfohlenen) Mitteln mit „Ma“-Mitteln nichts ausgerichtet werden“, ihre Anwendung sei nur „Zeitverschwendung“, sich nicht mehr in den Grenzen einer — mit Rücksicht auf die angegebliche Anfrage des M. — etwa zulässigen Stellungnahme zu der Frage bewege, ob er die Weiterverwendung von „Ma“-Mitteln für die Heilung der Patientin für geeignet halte. Denn der beklagte Ehemann habe mit seiner Erklärung nur den erkennbaren Zweck verfolgt, die „Ma“-Mittel ganz allgemein bei so schweren Krankheiten, wie sie nach seiner Pendeldiagnose bei der Patientin des M. vorlägen, also in Wahrheit in allen Fällen einer schweren Krankheit, als wirkungslos hinzustellen und damit den Heilpraktiker M. davon abzuhalten, in Zukunft jemals noch Ma-Mittel anzuwenden.

Das BG. hat dieses Vorbringen der Kl. nur von dem Standpunkt gewürdigt, ob durch die Verallgemeinerung in der Erklärung des beklagten Ehemannes der — nach der oben behandelten und mißbilligten Ansicht des BG. — mit seinem Schreiben allein verfolgte Heilzweck ausgeschlossen werde. Es hat diese Möglichkeit abgelehnt. Denn die Verallgemeinerung habe zur Begründung der Ansicht des beklagten Ehemannes in dem von ihm zu beurteilenden Einzelfalle 3. gradient und die Bezugnahme auf ihn sei jedenfalls deutlich erkennbar geblieben. In anderem Zusammenhang — bei Behandlung der Frage, ob der beklagte Ehemann sich durch sein Verhalten eines Verstoßes gegen die guten Sitten schuldig gemacht habe — nimmt das BG. an, es sei nicht ersichtlich, daß der beklagte Ehemann etwa gegen seine Überzeugung oder auch nur aus grober Fahrlässigkeit die „Ma“-Mittel als zur Heilung der Patientin geeignet angepriesen, die Mittel der Kl. dagegen als ungeeignet dargestellt habe. Daraufhin gelangt das BG. zur Verneinung eines Verstoßes des beklagten Ehemannes gegen die guten Sitten i. S. des § 826 BGB., indem es betont, daß ein Heilkundiger staatlichen Schutz genieße, solange er sich bei der Ausübung seiner Tätigkeit in den Grenzen halte, die seiner Erkenntnisfähigkeit naturgemäß gesetzt seien, und daß daher nur beim Überschreiten der hierdurch gezogenen Grenzen, wenn also auch vom Standpunkt eines Heilpraktikers aus von einem Heilverfahren schlechterdings nicht mehr gesprochen werden könnte, bei derartigen Empfehlungen, die zu Heilzwecken gemacht würden, ein Verstoß gegen die guten Sitten in Betracht käme. Ein solcher Fall liegt hier nach Ansicht des BG. zweifellos nicht vor; der beklagte Ehemann habe die Mittel, die er zur Heilung derartiger Krankheiten gerade herstelle, empfohlen und habe daher von seinem Standpunkt aus von der Anwendung der Heilmittel der Kl. abraten können.

Die Rev. beanstandet diese Begründung des BG. Ihrer Ansicht nach ist es nicht ersichtlich und bei einer Persönlichkeitsdiagnose und aus dem im ersten Rechtszug mitgeteilten Artikel in der Zeitschrift „Volksgesundheitswacht (Zeitschr. des Sachverständigen-Beirates für Volksgesundheits bei der Reichsleitung der NSDAP. München Nr. 23 S. 14)“ erhellte, auch nicht anzunehmen, daß er aus Überzeugung die Ma-Mittel ganz allgemein als ungeeignet „bei schweren dyskratischen Krankheiten“ angenommen habe. Gerade in der heutigen Zeit, in der der Staat neben dem wissenschaftlich vorgebildeten Arzt den Stand der Heilpraktiker anerkenne, sei es unvereinbar mit den richtigen Anschauungen von guter Sitte, daß, wie im vorl. Fall, ein Heilpraktiker die von einer anderen Firma hergestellten Heilmittel in so allgemeiner Form als gänzlich zwecklos hinstelle.

Die Frage, ob die Verallgemeinerung in der Erklärung des beklagten Ehemannes Rechtswirkungen begründe, ist, wie bereits bemerkt, vom BG. nur nach der Richtung betrachtet worden, ob dadurch der mit dem Schreiben verfolgte Heilzweck in Frage gestellt werde; es hat dies verneint und als einzigen

Zweck des Schreibens den Heilzweck angenommen. Daß diese Ansicht des BG. rechtsirrig ist, ist oben bereits dargelegt worden.

Es handelt sich jetzt um die Entsch., ob die Erklärung des beklagten Ehemannes über die Untauglichkeit der „Ma“-Mittel zur Heilung bei so schweren dyskratischen Krankheiten wie hier im Gegensatz zu seinen eigenen Heilmitteln bei Annahme einer an ihn ergangenen Anfrage des M., ob er die Patientin weiter mit „Ma“-Mitteln behandeln solle, durch eine solche Anfrage gedeckt werde.

Diese Frage ist zu verneinen. In der bereits genannten Entsch. v. 19. Juni 1936, II 12/36: JW. 1936, 2868¹¹ (und in der Fußnote daselbst) ist, sofern der Wettbewerber vom Umworbenein aufgefordert wird, die Ware und die Konkurrenzware zu vergleichen, die Vergleichung gestattet worden. Dabei ist aber betont, daß es sich dort um Erklärungen im Rahmen der hier nach erforderlichen sachlichen Erörterungen gehandelt habe, und daß die dortige Ware, das ist das Imprägnierungsmittel des Wettbewerbers selbst, keiner Kritik unterzogen, sondern nur das an sich zwar auch von dem Wettbewerber ausgearbeitete, aber in dem entschiedenen Fall nicht auch von ihm oder seinen Angestellten praktisch gehandhabte Verfahren beanstandet worden ist. Das dortige BG. hatte abschließend festgestellt, daß der Wettbewerber, soweit er sich mit der Anwendung der von der damaligen Kl. stammenden Imprägnierungsmittel beschäftigt hat, dies in der durch den Gegenstand und Zweck seiner Mitteilungen gebotenen Form getan und die Grenzen des hiernach Erforderlichen und Zulässigen nicht überschritten hat. Wenn in der Fußnote zu der damaligen Entsch. (a. a. O.) bemerkt wird, daß der auf Aufforderung erteilte Aufschluß sich in den Grenzen der Wahrheit halten müsse in dem Sinne, daß er subjektiv richtig sein müsse, es dagegen auf die objektive Richtigkeit des Aufschlusses nicht ankomme, kann dem in dieser Allgemeinheit nicht zugestimmt werden. Der Gewerbetreibende wird in aller Regel davon überzeugt sein, daß seine Ware und seine Leistungen besser seien als die eines Mitbewerbers. Er wird daher allgemeine Werturteile, wie sie hier vorliegen („nichts ausrichten können“, „Zeitverschwendung“), von Ausnahmefällen vielleicht abgesehen, stets gutgläubig abgeben. Läßt man daher die Überzeugung von der Richtigkeit der Beurteilung schon genügen, um bei erbetener Äußerung über die Ware oder die Leistung des Mitbewerbers die Unlauterkeit der vergleichenden Reklame auszuschließen, so gelangt man im Ergebnis dazu, daß jede auf Anfrage geschene Empfehlung der eigenen Ware oder Leistung auf Kosten des Mitbewerbers erlaubt ist. Damit schränkt man aber den Schutz gegen die vergleichende Reklame zu sehr ein. Der Mitbewerber, der sich über den Wert einer fremden Ware oder Leistung im Verhältnis zu der eigenen äußert, darf dies, auch wenn er um eine solche Äußerung angegangen ist, nur in einer Weise tun, die eine Nachprüfung seines Urteils gestattet. Er muß daher nicht nur von der Richtigkeit seines Werturteils überzeugt sein, sondern auch die Gründe angeben, die ihm diese Überzeugung verschafft haben. Dieses Erfordernis ist im vorl. Falle nicht gegeben; denn der Befl. hat nichts darüber gesagt, weshalb „die Ma-Mittel bei so schweren dyskratischen Krankheiten im Gegensatz zu den Ka-Mitteln nichts ausrichten können“.

Da nach alledem ein Ausnahmefall von der Unzulässigkeit der persönlichen oder vergleichenden Reklame nicht gegeben ist, nach den obigen Darlegungen auch ein Handeln des beklagten Ehemannes zu Zwecken des Wettbewerbs vorliegt, so verstößt sein Verhalten gegen § 1 UnlWG. und ist daher unzulässig.

Die Befl. hatten sich in den Vorinst. auf den Schutz des Abf. 2 des § 14 UnlWG. — Vertraulichkeit der Mitteilung und berechtigtes Interesse des Mitteilenden oder des Empfängers der Mitteilung an ihr — berufen. Aber dieser Schutz steht ihnen nicht zur Seite, wie der erf. Sen. bereits in einer rechtlich ähnlich liegenden Sache II 64/36. Art. v. 25. Sept. 1936, entschieden hat. Denn, wie dort ausgeführt worden ist, müssen jene beiden Voraussetzungen des Abf. 2 des § 14 n e b e n einander liegen. Wird die eine beurteilt, so braucht die andere nicht mehr geprüft zu werden (Art. des erf. Sen.: MuW. 14, 16 und 1931, 21). Nun kann aber ein Interesse an einer Äußerung, die, wie

dies vorl. der Fall ist, den guten Sitten des lautereren Wettbewerbs zuwiderläuft, nicht als berechtigtes anerkannt werden (Art. des erf. Sen.: JW. 1919, 994). Denn entscheidend ist hier (ebenso wie in § 824 BGB.), wie sich aus dem Wortlaut des Gesetzes ergibt, das berechnete Interesse im objektiven Sinne (nicht wie in § 193 StGB. das vermeintliche Interesse). Danach ist die Schutzeinrede des § 14 Abs. 2 UnlWG. in den Fällen ausgeschlossen, in denen der Tatbestand sowohl unter § 14 Abs. 1 wie auch unter § 1 UnlWG. fällt, wie es hier der Fall ist.

Auch die Wiederholungsgefahr ist, wie ohne weiteres aus der Sache folgt, gegeben.

Die Unterlassungsklage ist somit, soweit sie gegen den Erstbeklagten gerichtet ist, begründet, wie in Übereinstimmung mit der Rev. im Gegensatz zum BG. anzunehmen ist. — Auf die Frage, ob auch der Klagegrund der Verletzung des § 826 BGB. gegeben ist, braucht daher nicht mehr eingegangen zu werden.

Der Unterlassungsanspruch ist weiter gegen die beklagte Ehefrau (Zweitbeklagte) in ihrer Eigenschaft als Alleininhaberin der Firma gegeben. Der beklagte Ehemann ist, wie die bereits im ersten Rechtszug beigezogene und in den beiden ersten Rechtszügen zum Gegenstand der Verhandlung gemachte Registergerichtsakte ergibt, Handlungsbevollmächtigter seiner Ehefrau, der Zweitbeklagten. Er ist in Wahrheit die Seele des Unternehmens. Das ergibt sich einmal aus dem Ausdruck auf den Geschäftsbriefbogen, wo sich der Erstbeklagte als „Direktor“ und „Dr. nat.“ und Vorsitzender des „Ka-Heilbundes“ bezeichnet; ein solcher Geschäftsbriefbogen ist für die Anmeldung der Firma in das Handelsregister verwendet worden. Weiter werden nach dem Tatbestande des BU. die Heilmittel unstreitig unter seiner Leitung und nach seiner Anweisung hergestellt. Auch das Firmen Schlagwort „Ka“ ist seinem Namen durch Zusammenstellung der Anfangsbuchstaben entnommen. Da der Befl. in seiner Eigenschaft als Handlungsbevollmächtigter seiner Ehefrau, der Alleininhaberin der Firma, gehandelt hat, so haftet auch sie auf Grund des Verhaltens ihres „Beauftragten“ i. S. des § 13 Abs. 3 UnlWG. auf Unterlassung.

(RG., II. ZivSen., U. v. 3. Nov. 1936; II 145/36.)

Anmerkung: Es war anzunehmen, daß das RG. im Urteil JW. 1936, 2868 ein grundsätzliches Recht für den Wettbewerber, auf Anfrage hin das eigene Erzeugnis mit dem Konkurrenzzeugnis zu vergleichen, nicht einräumen wollte. Zwar hatte der Befl. des Urteils JW. 1936, 2868 der Eindruckswirkung nach nicht lediglich das im Einzelfalle bei der Anwendung des Konkurrenzzeugnisses benutzte Verfahren, sondern auch das Konkurrenzzeugnis selbst, einem Vergleich mit der eigenen Leistung unterzogen. Deshalb war das Urteil bemerkenswert. Aber schon die Entsch. JW. 1937, 310 ff. warnte vor seiner Verallgemeinerung; und das heutige Urteil stellt klar, daß die in JW. 1936, 2868 getroffene Einzelentscheidung nur deshalb möglich war, weil die dortige Ware selbst keiner Kritik unterzogen, sondern nur das freilich von dem Wettbewerber ausgearbeitete, dort aber von fremder Seite praktisch gehandhabte Benutzungsverfahren beanstandet worden war. Die heutige Entsch. bestätigt die von mir in der Ann. zum Urteil JW. 1937, 313 gezogene Folgerung: „Die Frage eines Kunden nach der Leistung des Mitbewerbers ist kein Freibrief zur — wenn auch wahrheitsgemäßen — Herabsetzung des Konkurrenten.“

In der Anmerkung zu dem Urteil JW. 1936, 2868 bin ich davon ausgegangen, daß die praktischen Erfordernisse des täglichen Lebens an sich dazu zwingen, dem Wettbewerber auf Anfrage hin die Vergleichung zu gestatten. Ich habe untersucht, welche Spielregeln bei solcher Vergleichung der Wettbewerber zu beachten hat. Ich habe gesagt: Der Aufschluß muß sich in den Grenzen der subjektiven Wahrheit halten, auf die objektive Richtigkeit des Aufschlusses kommt es dagegen nicht an. In JW. 1937, 310 ff. sagt das RG.: Wird der Wettbewerber durch eine unmittelbare Erkundigung des Kunden um Auskunft über die Person oder die Leistungen des Mitbewerbers ersucht, so muß sich der Befragte besondere Zurückhaltung auf-

erlegen und, falls er selber zugleich das Ziel verfolgt, den Mitbewerber bei dem Fragesteller zu verdrängen, mit Rücksicht auf den von ihm verfolgten Wettbewerbszweck entweder eine Beantwortung der Fragen umgehen und den Fragesteller an berufene, aber unbeteiligte Stellen verweisen, oder aber seine Antwort so fassen, daß der Mitbewerber durch sie nicht bloßgestellt wird. Der zweite dieser beiden Wege wird häufig dazu führen, daß die Antwort unvollständig ist und dem Kunden nicht hinreicht. Der erste Weg aber läßt sich dann schwerlich beschreiten, wenn es weniger um die Person des Mitbewerbers als um die Güte seiner Leistung geht. Denn dritte Stellen der Art, wie sie das Urteil in JW. 1937, 310 ff. im Auge hat, also die Arbeitsfront oder etwa die einschlägige Fach- bzw. Wirtschaftsgruppe, werden zwar die persönlichen Verhältnisse, Vergangenheit und Ruf des Mitbewerbers zuverlässig kennen, sich aber mangels erschöpfender technischer und kaufmännischer Kenntnisse und Erfahrungen ein vollständiges Urteil über die Qualität der Erzeugnisse des Mitbewerbers und die Güte seiner Leistung nicht bilden können. Andererseits ist nicht zu verkennen, daß der Wettbewerber Warenkennner sein und in technischer und qualitativer Hinsicht den Berater des Kunden abgeben soll. Der Wettbewerber ist eine naturgegebene Informationsquelle des Kunden, was die vom Kunden benötigten Waren oder Leistungen angeht. Deshalb kann es bei den beiden in JW. 1937, 312 wahlweise zur Verfügung gestellten Wegen sein Bewenden nicht immer haben. Im heutigen Urteil weist das RG. einen dritten Weg. Es erkennt an, daß die von mir in JW. 1936, 2869 geforderte subjektive Wahrheit innegehalten werden muß, und daß für die objektive Richtigkeit der Auskunft dem Wettbewerber eine Haftung nicht auferlegt werden kann. Es verlangt aber die Vollständigkeit der Auskunft in einem Ausmaße, das die Nachprüfung des vom Wettbewerber über die Ware oder Leistung des Mitbewerbers gefällten Urteils gestattet. Der Wettbewerber muß die Gründe angeben, die ihm die subjektive Überzeugung von der Richtigkeit seines Urteils verschafft haben. Dem ist zuzustimmen. Die Wahrheitspflicht schließt Vollständigkeit in sich. Unvollständigkeit kann Irreführung hervorrufen. Die Möglichkeit einer solchen Irreführung hat der Wettbewerber auszuschließen, soweit es in seinen Kräften steht. Das Vertrauen, das der Kunde durch die Anfrage an den konkurrierenden Lieferanten bezeugt, ist dadurch zu rechtfertigen, daß der befragte Wettbewerber die Umstände aufführt, die sein Werturteil über das Produkt des Mitbewerbers tragen.

Die vorsichtige, organische Methode, mit der das höchste Gericht die Vergleichsrechtssprechung fortentwickelt, die Regeln für den Vergleich ausarbeitet, ist zu begrüßen. Sie zeigt erneut, daß sprunghafte Bemühungen zur Herstellung einer Auffassung über den Vergleich überflüssig sind, und die Wettbewerbs-Rechtspflege ebenso wenig wie die Verwaltung des Werberechts darauf angewiesen sind, sich eine schematische Betrachtungsformel zuzulegen, um des Vergleichsproblems Herr zu werden. Die Feststellung, daß es grundsätzlich unerwünscht sei, wenn der Wettbewerber seine Ware mit der des Mitbewerbers vergleiche, geht an den Bedürfnissen des täglichen Lebens vorbei und ist geeignet, den Aufbau einer brauchbaren Vergleichslehre zu hemmen.

Beachtenswert ist, wie hier das RG. mit der Frage der Wiederholungsgefahr fertig wird. Der Vell. hat die gegen § 1 UnlWG., § 826 BGB. verstößende Auskunft einmalig auf eine einzelne Anfrage hin erteilt. Der Einwand, erst wenn dargetan werde, daß sich eine solche Anfrage wiederholen werde, sei die Gefahr einer Wiederholung der beanstandeten Auskunft anzuerkennen, schlägt nicht durch. Es gilt das, was das RG. in JW. 1937, 312 gesagt hat: „Genügt dem Wettbewerber eine Frage eines Kunden, um den Mitbewerber zur Förderung des eigenen Wettbewerbs herabzusetzen, so liegt es nahe, daß der Wettbewerber sich auch bei weiterer, für ihn unerläßlicher wettbewerbllicher Betätigung eines gleichen oder ähnlichen Vorgehens nicht enthalten wird.“

R. Dr. C u l e m a n n, Düsseldorf.

*

** 8. §§ 2, 11, 12 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 5, 15, 17, 19—22, 22a, 23, 27 Abs. 1 S. 1, 36, 37 Lit. UrhG.; Art. 11a R. B. U.; §§ 823, 826 BGB.; § 1 UnlWG.

1. Das durch Eingriff in fremdes Urheberrecht zwischen dem Berechtigten und der Rundfunkgesellschaft begründete Rechtsverhältnis ist bürgerlich-rechtlicher Natur; in eine hoheitliche Betätigung greifen die Urheberrechtsansprüche nicht ein.

2. Bei der Herstellung von Schallplatten wird das Bearbeiterrecht des ausübenden Künstlers stillschweigend mit der Entstehung der Platten auf den Hersteller übertragen. Die Übertragung umfaßt alle Bearbeiterrrechte ohne Einschränkung.

3. Die Apparatur zur rundfunkmäßigen Wiedergabe von Schallplatten ist als Vorrichtung für Instrumente anzusehen, die der mechanischen Wiedergabe für das Gehör dienen.

4. Die Ausführung von Musikschallplatten im Rundfunk dient gewerblichen Zwecken. Die Rundfunkgebühr ist als Entgelt der Rundfunkbenutzung anzusehen. Eine Anwendung des § 27 Abs. 1 S. 1 Lit. UrhG. auf die Sendung von Musikschallplatten im Rundfunk ist daher nicht möglich.

5. Der Begriff der „öffentlichen Ausführung“ ist im § 22a Lit. UrhG. anders auszulegen als im § 11 Lit. UrhG. Während er im § 11 die Rundfunksendung mitumfaßt, ist er in der als Ausnahmevorschrift eng auszulegenden Bestimmung des § 22a auf die Wiedergabearten zu beschränken, die bei der Entstehung des Gesetzes im Jahre 1910 bekannt und in Gebrauch waren. Die öffentliche Ausführung i. S. des § 22a Lit. UrhG. umfaßt demnach nicht die Rundfunksendung von Musikschallplatten.

6. Auch im Urheberrecht geht Gemeinnutz vor Eigennutz. Der Einzelne genügt jedoch seiner Pflicht der Gesamtheit gegenüber dann am besten, wenn die ihm dafür gewährten Bedingungen die Erfüllung der Pflicht begünstigen und fördern.

Die Kl. sind Hersteller der Schallplatten, die bis Anfang Mai 1935 der deutsche Rundfunk zu den üblichen programm-mäßigen Schallplatten sendungen benutzt hat.

Die Vell. (Reichs-Rundfunk GmbH.) ist eine i. F. 1925 errichtete, im Handelsregister des RG. Berlin eingetragene GmbH. Gegenstand ihres Unternehmens ist die politische, künstlerische, wirtschaftliche und technische Gesamtleitung des deutschen Rundfunkbetriebes. Alle Stammanteile befinden sich in der Hand des durch den RMin. für Volksaufklärung und Propaganda vertretenen Deutschen Reiches. Organe der Gesellschaft sind die Geschäftsführer, ein Verwaltungsrat und die Gesellschafterversammlung. Die zur Durchführung ihrer Aufgaben erforderlichen Mittel erhält sie vom Reiche.

Für die Benutzung der Schallplatten zu Rundfunksendungen hat die Vell. bisher an die Kl. kein Entgelt entrichtet; die Platten wurden mit Rücksicht auf die Werbewirkung des Rundfunks den einzelnen Sendern jeweils freiwillig oder auf Erfordern leihweise zur Verfügung gestellt. Mit einer Reihe Schallplattenhersteller, unter denen sich die ersten drei Kl. befanden, hatte die Vell. im März 1932 ein Abkommen getroffen, das bis Ende Juni 1933 galt; ihm waren im Laufe der Zeit die anderen Kl. beigetreten. In diesem Abkommen hatten sich die Hersteller verpflichtet, dem Rundfunk unter bestimmten Bedingungen ihre Schallplatten zur Verfügung zu stellen.

Vom 1. Juli 1933 an bestand ein vertragloser Zustand. Im März 1935 traten die Kl. mit dem Verlangen auf Zahlung eines angemessenen Entgelts für die Benutzung ihrer Schallplatten hervor. Die Vell. lehnte diese Ansprüche ab und

stellte, nachdem die vorl. Klage erhoben worden war, die Sendung von Schallplatten der Kl. ein.

Der Klageantrag ging auf Unterlassung des Sendens der in den Betrieben der Kl. hergestellten Schallplatten, auf Auskunftserteilung und Feststellung der Schadensersatzpflicht. Und zwar richtete sich das Unterlassungsbegehren auf Sendung von Platten mit der Wiedergabe von a) Werken der Tonkunst, b) Werken der Tonkunst verbunden mit Schriftwerken, c) Schriftwerken schlechthin, d) Reden und Vorträgen.

Zur Begründung brachten die Kl. vor: Die Bekl. habe die mit viel Arbeit und Kosten hergestellten, technisch und tonlich einwandfreien, größtenteils künstlerisch wertvollen Schallplatten in solchem Umfange für ihre Darbietungen benutzt, daß statt der Werbewirkung nunmehr eine Überfättigung und ein für die Plattenfabrikation gefährlicher Rückgang des Absatzes eingetreten sei.

Rechtlich berufen sich die Kl. auf § 2 LitUrHG. verbunden mit § 11 und § 12 Abs. 2 Nr. 5. Sie beanspruchen ein ursprüngliches oder von den ausübenden Künstlern abgeleitetes Urheberrecht des Bearbeiters und damit die ausschließliche Befugnis, die Platten durch Rundfunk zu verbreiten. Daß etwa die rundfunkmäßige Wiedergabe von Schallstücken unter den Begriff der öffentlichen Aufführung i. S. des § 22 a LitUrHG. falle, lehnen sie ab; sie verweisen darüber auf Art. 11 a der Revidierten Berner Übereinkunft (RBU.), deren neue Fassung (nach den Beschlüssen zu Rom von 1928) durch RGef. vom 31. Okt. 1933 innerdeutsches Recht geworden sei. Ferner bezeichnen sie das Verhalten der Bekl. als sittenwidrig und als unlauteren Wettbewerb, unter Berufung auf §§ 823, 826 BGB. und § 1 UnlWBG.

Die Bekl. beantragte Abweisung der Klage. Sie erklärte den Rechtsweg für unzulässig, weil sie als Werkzeug der Reichsregierung kraft deren Kultur- und Funthoheit staatliche Sogebetsaufgaben erfülle. Den wirtschaftlichen und rechtlichen Erwägungen der Klagebegründung widersprach sie mit eingehenden Gegenausführungen. Rechtlich betont sie namentlich: Auf den aus wettbewerblichen Gründen dem Gesetz eingefügten § 2 Abs. 2 LitUrHG. könnten sich die Kl. nicht berufen, weil der Rundfunk kein Instrument zur mechanischen Wiedergabe für das Gehör sei. Lautliche Wiedergabe des in der Schallplatte festgehaltenen Tonkunstwerks durch den Rundfunk sei nach § 22 a LitUrHG. als öffentliche Aufführung ohne weitere Erlaubnis des Plattenherstellers statthaft. Davan ändere sich nichts, wenn die rundfunkmäßige Wiedergabe unter den Oberbegriff der Verbreitung gebracht werde. Der Art. 11 a RBU. erkenne nur das Senderecht des Urhebers an, begründe aber keinen Schutz der mechanischen Wiedergabevorrichtung. Die ausübenden Künstler hätten übrigens ihre auf § 2 Abs. 2 LitUrHG. beruhenden Rechte nicht mehr an die Kl. abtreten können, weil sie sie schon vorher auf die Stagma übertragen hätten. Für Ansprüche aus unerlaubter Handlung oder unlauterem Wettbewerb fehle es an allen Voraussetzungen. Auch hätten die Kl. die etwa begründeten Ansprüche durch jahrelanges Dulden verwirkt.

Das VG. hat den Anträgen der Kl. mit Beschränkung auf diejenigen Schallplatten stattgegeben, welche ausschließlich die Wiedergabe von Schriftwerken, Reden und Vorträgen enthalten, im übrigen aber die Klage abgewiesen.

Das RG. wies beide Berufungen zurück.

Der Rev. der Kl. war stattzugeben.

I. VG. und RG. erachten mit durchaus zutreffender Begründung den Rechtsweg für zulässig, die von der Bekl. dagegen vorgebrachten Einwendungen für ungerichtet. Die Kl. haben keine Ursache, diese ihnen günstige Beurteilung anzuzweifeln. Das Gericht aber muß in jeder Lage des Rechtsstreites, auch noch im Revisionszuge, von Amts wegen die Zulässigkeit des Rechtsweges prüfen (RGZ. 96, 74 = JW. 1919, 729 nebst den dort angeführten Entsch.; RGZ. 101, 426 = JW. 1921, 747; RGZ. 117, 403 = JW. 1927, 2301; RGZ. 122, 101 = JW. 1929, 774⁶⁰). Ob der Rechtsweg zulässig ist oder nicht, bestimmt sich nicht nach der Rechtsansicht des Kl., sondern nach dem Wesen des Klageanspruches, das aus der Klagebegründung entnommen werden muß. Dabei sind die vom Kl. vorgebrachten

Behauptungen als richtig zu unterstellen (RGZ. 84, 87 = JW. 1914, 483; RGZ. 91, 149 nebst den dort angeführten Entsch.; RGZ. 100, 219; 102, 248; 105, 38 = JW. 1922, 1578; RGZ. 106, 150; 113, 131; 133, 244 = JW. 1931, 3555¹⁸ m. Anm.). Entscheidend für die Einordnung des Anspruchs ist, ob er sich nach dem Klagevortrag als privatrechtlicher oder als öffentlich-rechtlicher darstellt, d. h. ob sich in dem zu seiner Begründung behaupteten Rechtsverhältnis die Beteiligten als gleichberechtigte Einzelpersonen im Privatrechtsverkehr gegenüberstehen (RGZ. 93, 258 = JW. 1918, 618; RGZ. 137, 139 = JW. 1932, 3449²; RGZ. 138, 302). Auch ein vermögensrechtlicher Anspruch kann danach, wenn ihm ein öffentlich-rechtliches Verhältnis zugrunde liegt, der Entsch. durch die ordentlichen Gerichte entzogen sein (RGZ. 129, 288 = JW. 1931, 1194¹² und die dort angeführten Entsch.). Die in langer Entwicklung ausgebildete, der Rechtsübung vieler Jahrzehnte zugrunde liegende Unterscheidung von öffentlichem und bürgerlichem Rechte kann, solange geltende Gesetze (wie z. B. § 13 BGB.) von ihr ausgehen, schon deshalb für die Rechtsanwendung nicht entbehrt werden. Das BU. weist in diesem Sinne mit Recht auf die „derzeitige Gesetzeslage“ hin. Das im Gefolge des Umbruchs vom 30. Jan. 1933 erwachsende neue Rechtsdenken ändert daran nichts; es bindet den Richter an die ausdrückliche, klare Gesetzesvorschrift.

a) Die Bekl. ist weder Behörde noch Körperschaft des öffentlichen Rechtes, sondern GmbH. und damit Handelsgesellschaft und den Vorschriften für Kaufleute unterworfen (§ 13 Abs. 3 GmbHG., § 6 Abs. 1 HGB.). Aus dieser ihrer privatrechtlichen Rechtsform folgt jedoch nicht ohne weiteres, daß die vorliegenden gegen sie erhobenen Klageansprüche dem bürgerlichen Rechte angehören. Denn die Ansprüche betreffen die Beschaffung von Sendegut für den Rundfunk. Dieser dient heute, wie das VG. hervorhebt, in weitem Umfange der Erfüllung wichtiger staatlicher Aufgaben zur Erziehung und Leitung des Volkes, zur Pflege seines geistigen Lebens und seiner Weltanschauung. Die Angelegenheiten des Rundfunks gehören in den Geschäftsbereich des RMin. für Volksaufklärung und Propaganda, der sie auf die Bekl. (nach § 3 ihrer Satzung), zur selbständigen Wahrnehmung unter seiner Aufsicht, übertragen hat. Soweit sich die Bekl. in dem ihr damit zugewiesenen Wirkungskreise bewegt, fällt ihre Tätigkeit in den Bereich des öffentlichen Rechtes. Öffentlich-rechtlich ist vor allem die Überwachung des Sendebetriebs in politischer Hinsicht. Dagegen bringt die künstlerische, wirtschaftliche und technische Gesamtleistung des deutschen Funkwesens viele Aufgaben mit sich, die auf dem Gebiete der Privatwirtschaft liegen, z. B. Verwaltung des Gesellschaftsvermögens, Errichtung von Sendern und Funkhäusern und zahlreiche technische Dinge des Sendebetriebs. Auch die Beschaffung des Sendegutes gehört dazu. Daher nimmt das RG. mit Recht an, daß die Einrichtungen und rechtlichen Beziehungen der Bekl. teils auf staatshoheitlichem, also öffentlich-rechtlichem Gebiete, teils auf dem des bürgerlich-rechtlichen Verkehrs liegen. Zutreffend erinnert es an rechtliche Gebilde aus der Zeit der Kriegswirtschaft, die gleichfalls in der bürgerlich-rechtlichen Gestalt der GmbH. öffentlich-rechtlichen Zwecken gewidmet waren.

b) Ohne Verstoß gegen Rechtsgrundsätze legt das RG. dar, daß die Klage nach Inhalt und Begründung Ansprüche bürgerlich-rechtlicher, besonders vermögensrechtlicher Art zum Gegenstande hat. Der Hauptantrag geht dahin, daß die Bekl. künftig keine in den Betrieben der Kl. hergestellten Schallplatten mehr sende und für die seit der Rechtshängigkeit geschienen Sendungen Schadensersatz leiste. Gestützt wird dieses Begehren in erster Reihe auf Verletzung urheberrechtlicher Befugnisse (§§ 2, 11, 36, 37 LitUrHG.), in zweiter auf Schutznormen wider unerlaubte Vermögensverletzung (§§ 823, 826 BGB.) und auf wettbewerbliche Vorschriften (§ 1 UnlWBG.).

aa) Das VG. untersucht, ob etwa nach Lageinhalt und Klagebeantwortung der beanstandete Eingriff der Bekl. auf eine öffentlich-rechtliche Befugnis gestützt werde, deren Berechtigung keiner gerichtlichen Nachprüfung unterliege (RGZ. 118, 228 = JW. 1928, 471 und dort angeführte Entsch.). Aus dem Sachvortrage beider Parteien entnimmt es aber, daß die

Bekl. den Eingriff nicht in Betätigung übergeordneter Staatsgewalt vorgenommen habe. Hierzu erwägt es: Der Streit gehe um die Art und Weise, wie sich die Bekl. einen Teil des von ihr benutzten Sendegutes verschaffe und ob sie nach urheberrechtlichen Vorschriften zur Sendung von Schallplattenaufnahmen die Erlaubnis der Kl. einholen müsse. Die Beschaffung des Sendegutes liege außerhalb der öffentlich-rechtlichen Befugnisse der Bekl. Für das Verhältnis der Parteien zueinander sei die Lage rechtlich nicht anders als in sonstigen Fällen dieser Art, wo die Folgen einer Verletzung künstlerischer, literarischer oder gewerblicher Schutzrechte geltend gemacht werde. Wolle die Bekl. ein Werk senden, für das ein Rechtsschutz bestehe, sei sie darauf angewiesen, sich die Befugnis zur Wiedergabe von dem Rechteinhaber auf dem Wege privatrechtlicher Vereinbarung zu verschaffen. Die von ihr zu diesem Zwecke geschlossenen Verträge gehörten in das Sachgebiet des bürgerlichen Rechts. Das etwa durch unzulässige Eingriffe in fremdes Urheberrecht begründete Rechtsverhältnis sei bürgerlich-rechtlich, nicht öffentlich-rechtlich; denn beide Teile stünden einander im Streite darüber, ob Urheberrechtsverletzung vorliege, als Gesetzesunterworfenen gleichberechtigt gegenüber. In hoheitliche Betätigung greife die Klage nicht ein. — Diese Ausführungen sind durchaus zutreffend und enthalten keinen rechtlichen Irrtum.

bb) Im Anschluß an die vorstehenden Erwägungen führt das RG. noch aus: Rundfunksendung von Werken gegen den Willen des Urheberberechtigten auf Grund eines Staatshoheitsrechtes würde (beim Fehlen einer Zwangslizenz) auf einen enteignungsartigen Eingriff hinauskommen. Für ein derartiges Enteignungsrecht aber fehle jede Grundlage. Dieser Satz ist im Schrifttum bemängelt worden, weil eine solche in den Bezirk des öffentlichen Rechts hinübergreifende sachlich-rechtliche Bemerkung sich nicht an die Grenzen halte, die der Frage nach der Zulässigkeit des Rechtsweges gezogen seien (E. R. Huber, Die Zulässigkeit des Rechtsweges im Schallplattenprozeß: DZ 1936, Sp. 999/1000). Hierauf braucht jedoch nicht eingegangen zu werden. Denn für das Ergebnis wesentlich ist die zutreffende weitere Bemerkung des BU.: Die Bekl. mache, indem sie für sich die freie Sendung von Schallplatten in Anspruch nehme, lediglich eine privatrechtliche Befugnis geltend. Daß dies richtig ist, erhellt aus dem übrigen Sachvortrag der Bekl. Sie beruft sich für ihre Befugnis, sonstiges Urhebergut für die Rundfunksendung zu benutzen, selbst auf Verträge mit den Berechtigten, z. B. der Amme (Anstalt für mechanisch-musikalische Rechte GmbH.) und der Stagma (Staatlich genehmigten Gesellschaft zur Verwertung musikalischer Urheberrechte). Auch mit den Kl. hat sie zeitweise in einem Vertragsverhältnis gestanden, das ihr kostenloses Senden von Schallplatten sicherte. Und die Rechtfertigung des Sendens von Schallplatten der Kl. entnimmt sie nicht einer staatshoheitlichen Anordnung der Reichsbehörde, unter deren Aufsicht sie steht, sondern der von ihr verfolgten Auslegung urheberrechtlicher Vorschriften. Hätte sie sich den Kl. gegenüber auf eine ihr erteilte Weisung kraft Staatshoheitsrechtes berufen wollen, so wäre sie, schon zur Klärung der Rechtslage, verpflichtet gewesen, dies von vornherein deutlich kundzutun.

Der Klageanspruch beruht somit auf bürgerlich-rechtlicher Grundlage, und der Rechtsweg ist zulässig (§ 13 GVG.).

II. Das RG. bejaht mit zutreffender Begründung die Sachbefugnis der Kl. Es legt dar, daß ihnen nach § 2 Abs. 2 LitUrHG. abgeleitete Rechte erwachsen seien: entstanden für die (nachschafternden) Künstler, welche durch persönlichen Vortrag Tonkunstwerke auf Schallplatten („Vorrichtungen für Instrumente, die der mechanischen Wiedergabe für das Gehör dienen“) übertragen haben und von diesen dann vertraglich auf die Kl. übergegangen.

1. Die durch das G. v. 22. Mai 1910 zur Ausführung der RBV. dem LitUrHG. eingefügten Vorschriften, welche sich auf Instrumente zur mechanischen Wiedergabe für das Gehör beziehen (§ 2 Abs. 2, § 12 Abs. 2 Nr. 5, § 22 in veränderter Fassung, §§ 22 a—c), sollten aus Billigkeitsgründen die Hersteller solcher — oft sehr kostspieliger — Vorrichtungen gegen deren unbefugte Nachbildung sichern. Sie bezweckten also

Schutz eines Industriezweiges für seine gewerblichen Erzeugnisse. Dieser Schutz wurde urheberrechtlich gestaltet, und es wurden an ihn urheberrechtliche Folgen geknüpft. Der Hersteller der Vorrichtung erlangt ihn jedoch nicht (wie das BG. mißverständlich angenommen hatte) unmittelbar als ursprüngliches Recht, sondern mittelbar. Er kann seine Befugnisse nur von demjenigen ableiten, der das Werk durch persönlichen Vortrag auf die Vorrichtung übertragen und damit eine schutzwerte Leistung vollbracht hat, für die ihn das Gesetz dem Bearbeiter gleichstellt (§ 2 Abs. 2, § 12 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 5 LitUrHG.). Mit der vorl. Klage machen die Kl. als Hersteller von Schallplatten die von den betreffenden Künstlern abgeleiteten Bearbeiterrrechte geltend und behaupten, diese Rechte seien auf sie übergegangen.

2. Das BG. erachtet den Rechtsübergang mit zutreffenden Gründen für bewiesen.

a) Die Kl. sind sämtlich juristische Personen (zwei AktG., fünf GmbH.). Daß diese ebenso wie andere Rechtsträger urheberrechtliche (und diesen gleichartige oder ähnliche) Befugnisse erwerben können, unterliegt nach der deutlichen Gesetzesvorschrift (§ 8 Abs. 3 LitUrHG.) keinem Zweifel.

b) Unbedenklich kann die — nicht formbedürftige — Übertragung von Urheberrechten auch ohne ausdrückliche Worte und ohne besondere Handlung stattfinden, durch schlüssiges Verhalten der Beteiligten, vor sich gehen, sofern nur der darauf gerichtete übereinstimmende Wille aus diesem Verhalten oder aus den begleitenden Umständen ersichtlich ist. Das entspricht hier wie sonst allgemeinen Rechtsgrundsätzen (§§ 133, 157 BGB.; RGZ. 41, 46; RGSt. 15, 406; 48, 332; Rießler, Deutsches Urheber- und Erfinderrechts I S. 92/93; Allfeld, LitUrHG., 2. Aufl., S. 103/104, Anm. 8 zu § 8; Marwig, Möhring, Urheberrecht, § 8 Anm. 10). Das BU. bemerkt mit Recht: Eine stillschweigende Einigung werde sich besonders da von selbst verstehen, wo der Vortragende dauernd oder vorübergehend gegen Entgelt im Dienste des Herstellers tätig sei und die Platte für dessen Geschäftsbetrieb angefertigt werde. Das der Übertragung zugrunde liegende Verpflichtungsverhältnis sei dann durch den Dienstvertrag geschaffen und das Entgelt in der für den Vortrag gezahlten Vergütung mitenthalten. Der Wille des Fabrikanten gehe von vornherein auf Erwerb der „Bearbeiterrrechte“ (§ 2 Abs. 2 LitUrHG.), da ohne ihn die geschäftliche Ausnutzung der Platte nicht möglich sei. Und beim Vortragenden Künstler müsse man dementsprechend den Willen annehmen, das Recht an der fertigen Platte mit der Entstehung auf den Hersteller zu übertragen, zumal da er wisse, daß die Platte in dessen Geschäft gewerblich ausgenutzt werden solle. Diese den Vertragszweck beachtende Auslegung sei auch jetzt nicht überholt, obgleich die ausübenden Künstler, von Ständevertretungen beraten, heutzutage mehr als früher darauf bedacht seien, ihre urheberrechtlichen (oder diesen ähnlichen) Befugnisse zu wahren.

c) Die Bekl. wollte den Rechtsübergang auf diejenigen Rechte eingeschränkt sehen, deren der Hersteller bedürfe, um auf Grund der Aufnahme im Wege der Vielfältigung Schallplatten zum Zwecke des Verkaufes herzustellen, wobei jedoch das Recht zur Verwertung der Aufnahme im Rundfunk ausgeschlossen sein solle. Das RG. lehnt dies ab und erwägt: Auch für den Umfang der Rechtsübertragung sei der Zweck maßgebend, der nach dem übereinstimmenden Willen der Beteiligten mit der Übertragung verfolgt werde (RGZ. 123, 317 = JW. 1929, 1228; RGZ. 134, 201 = JW. 1932, 865 m. Anm.; RGZ. 140, 245 = JW. 1933, 1396 m. Anm.). Es bestehe kein Grund anzunehmen, daß hier nach dem Parteivillen das Recht zur Verwertung der Schallplatte im Wege rundfunkmäßiger Verbreitung vom Übergang auf den Hersteller habe ausgeschlossen sein sollen. Da die Ausnahmen des § 14 LitUrHG. nicht in Betracht gekommen seien, habe die Übertragung, auch ohne ausdrückliche Abrede, das Recht aus § 2 Abs. 2 seinem Bestande nach in weitestem Umfang und ohne jede Einschränkung umfasst. Das Gegenteil wäre so sehr Ausnahme gewesen, daß es besonderer Vereinbarung bedürftig hätte. Ohne solchen ausdrücklichen Vorbehalt müsse man davon ausgehen: die ausübenden Künstler hätten, wie es die Regel sei, die wirtschaftliche Aus-

nutzung ihrer Leistung durch entgeltliche Veräußerung aller Rechte gewollt und nicht beabsichtigt, dem Hersteller irgendeine Befugnis vorzuenthalten. Denn zumeist könne dem Künstler nichts daran liegen, Einzelbefugnisse vom Übergang auszuschließen, sondern er gebe alle Rechte an der nach seinem Vortrage hergestellten Vorrichtung aus der Hand und werde dafür voll entschädigt. Zwar wies in der Revisionsverhandlung die Bekl. darauf hin, daß der Rundfunk erst ungefähr seit 1925 zu praktischer Bedeutung gelangt sei und behauptete, zumal vor diesem Jahre hätten nicht alle vortragenden Künstler ihre sämtlichen Befugnisse übertragen. Aber schon das BG. bemerkt: Die Bekl. habe keinen Fall anführen können, daß jemals ein Vortragender der Verwertung von Schallplatten durch Rundfunkübertragung Widerspruch aus eigenem Recht entgegengesetzt hätte. Dafür, daß diese Feststellung des BL. irrig sei, ist nichts vorgebracht worden. Die Kl. behaupten ausdrücklich, daß Platten aus der Zeit vor 1925 für diesen Rechtsstreit nicht in Frage kämen.

d) Das BG. lehnt sodann die Ausführungen der Bekl. ab, welche darauf hinauskommen, daß die Vorrichtungen zur Rundfunkmäßigen Wiedergabe von Schallplatten keine der mechanischen Wiedergabe für das Gehör dienenden Instrumente i. S. der gesetzlichen Vorschriften (§ 2 Abs. 2, § 12 Abs. 2 Nr. 5, §§ 22, 22a UrhG.) seien. Zwar sei (so bemerkt das Urteil) der Rundfunk selbst keine Vorrichtung und kein Instrument dieser Art; wohl aber sei es die einzelne Schallplatte in Verbindung mit der gesamten Apparatur, mittels welcher ihre Tonschrift dem Ohre der Hörer verlaubar werde. Als Instrument i. S. jener Vorschriften könne — entsprechend dem Stande der immer fortschreitenden, stets neue und einfachere Übertragungsmittel entwickelnden Technik — jede Apparatur angesehen werden, die ohne menschliche Mitwirkung die auf der Platte festgehaltene Schallwellen-Einzeichnung wieder in akustische Schwingungen umwandele. Um die Rundfunkübertragung von Schallplatten unter § 12 Abs. 2 Nr. 5 UrhG. einzureihen, bedürfe es keiner erweiternden Auslegung des Gesetzes; denn weil bei ihr nur eine Wiedergabe für das Ohr stattfinde, und nicht gleichzeitig (wie beim Tonfilm) dem Auge des Hörers eine Darstellung geboten werde, bleibe sie im Rahmen jener Bestimmung. In welcher Weise die Vorrichtung technisch mit dem Instrumente verbunden sei, mache keinen Unterschied. Schallplatte und Apparatur, zu der beim Rundfunk nicht nur die Sendeanlage gehöre, sondern auch die Empfangsanlagen einschließlich der eingebauten Lautsprecher, seien die „Vorrichtung“ und das „Instrument“, die in Verbindung miteinander der mechanischen Wiedergabe für das Gehör dienen. Das Wort „mechanisch“ vor „Wiedergabe“ enthalte keine Einschränkung, sondern kennzeichne die Art der hier gemeinten Instrumente näher; es meine nicht einen bestimmten technischen Vorgang, sondern den Gegensatz zur unmittelbaren menschlichen Bewirkung. Das BL. behandelt die Herstellung und die Rundfunkübertragung von Schallplatten und kommt zu dem Ergebnis: auch die bei der Rundfunkübertragung von Schallplatten heute meist übliche Art gehöre unter die Vorrichtungen zur mechanischen Wiedergabe für das Gehör. Hierin ist weder ein tatsächlicher Irrtum noch ein Verstoß gegen Auslegungsgrundsätze zu finden.

e) Unbegründet ist nach der weiteren Darlegung des BG. der Einwand der Bekl.: die Vortragenden hätten ihr Bearbeitungsrecht (§ 2 Abs. 2 UrhG.) nicht mehr auf die Kl. übertragen können, weil sie es schon vorher zusammen mit dem Recht auf rundfunkmäßige Verbreitung ihrer Werke an die Stgma und die Amre übertragen hätten. Das BG. prüft die Vorbrücke, nach denen die beiden Gesellschaften ihre Verträge abschließen und stellt mit näherer Begründung fest: Wortlaut, Sinn und Zweck der Formularverträge stellen außer Zweifel, daß hier überall nur die Urheberrechte der verbandsangehörigen Tonsetzer an den von ihnen geschaffenen Werken der Tonkunst gemeint sind, nicht aber die in den Formularen nicht erwähnten urheberrechtsartig ausgestalteten Befugnisse des Vortragenden Künstlers aus § 2 Abs. 2 UrhG.

In den bisher erwähnten Teilen der Gründe — die die Kl., weil sie ihnen günstig sind, mit der Rev. nicht angreifen — enthält das BL. keinen Rechtsirrtum. Demnach rechtfertigt sich

das vom RG. daraus gezogene Ergebnis, daß den Kl. an den von ihnen hergestellten Schallplatten das abgeleitete Bearbeitungsrecht (aus § 2 Abs. 2 UrhG.) zusteht.

III. Die Kl. vertreten die Auffassung, daß dieses ihr abgeleitete Recht die Befugnis zur Rundfunkübertragung der Schallplatten mitumfasse. Die Bekl. verneint das.

A. Auf die Gesetzesvorschrift (§ 27 Abs. 1 Satz 1 UrhG.), wonach es für öffentliche Aufführungen eines erschienenen Werkes der Tonkunst keiner Einwilligung des Berechtigten bedarf, wenn sie (1.) keinem gewerblichen Zwecke dienen und (2.) die Hörer ohne Entgelt zugelassen werden, kann sich die Bekl. nicht berufen. Das RG. nimmt mit Recht an, daß es hier an den beiden gesetzlichen Erfordernissen freier Gestattung fehlt.

a) Daß die Verbreitung von Werken im Rundfunk gewerbsmäßig (§ 11 Abs. 1 Satz 1 UrhG.) geschieht, hat die Rspr. wiederholt anerkannt (RGZ. 113, 419/420; 136, 381 = JW. 1933, 1649⁵). Die Aufführungen der Musikschallplatten im Rundfunk dienen gewerblichen Zwecken. Dies brauchen nicht Zwecke des Aufführenden selbst zu sein; auch solche Dritter genügen (RGSt. 43, 195). Das BL. weist darauf hin, daß die Reichspost die Einrichtung und den Betrieb von Rundfunkanlagen sowie den Anschluß an sie genehmigt und damit nach ihren Verleihungsbedingungen den Benutzer zur Aufnahme der Rundfunkdarbietungen berechtigt (Bef. v. 24. Aug. 1925 [Rf-MBl. 443], §§ 8, 9). Zutreffend bemerkt es: „Die Gebühr stellt zugleich das Entgelt für die gebotene Möglichkeit der Entgegennahme der Darbietungen und folglich für diese selbst dar. Die Bekl. trägt als Leiterin der künstlerischen und wirtschaftlichen Seite der Sendetätigkeit den jeweiligen Programmstoff zusammen und macht ihn den Genehmigungsinhabern zugänglich. Auch die Schallplattensendungen fördern den Gesamtbetrieb des Rundfunks und dessen Ertragsfähigkeit, die wiederum der Bekl. bei Erfüllung ihrer Aufgaben auf dem Gebiete des Funkwesens zugute kommt. Damit sind die Merkmale des gewerblichen Zwecks bei der Rundfunkübertragung von Schallplatten der Tonkunst erfüllt. Daß der Rundfunk als Mittel zur unmittelbaren Einwirkung auf das Volk von der Reichsregierung in den Dienst wichtiger politischer und kultureller Staatsaufgaben gestellt ist, läßt den gewerblichen Zweck im ganzen, wie insbes. für den hier in Betracht kommenden musikalischen Teil der Darbietungen, unberührt.“

b) Daraus ergibt sich bereits, wie das RG. mit Recht annimmt, daß die Hörer nicht (allgemein) ohne Entgelt zugelassen werden. Zwar hat die Rundfunkgebühr öffentlich-rechtliches Wesen und wird durch die Post als Leiterin der technischen Seite des Rundfunkwesens eingezogen, auch weder ganz noch teilweise an die (auf den Reichshaushalt angewiesene) Bekl. abgeführt. Dies begründet aber keinen Unterschied. Der allgemein herrschenden volkstümlichen Auffassung entspricht es, daß die Gebühr von dem, der sie zahlt, als Entgelt der Rundfunkbenutzung empfunden und betrachtet wird. Das stimmt auch zur Ausdrucksweise des Gesetzes: „ohne Entgelt zugelassen“. Darauf, ob gerade der Aufführende selbst das Entgelt als Gegenleistung erhält, kommt es nicht entscheidend an.

B. Alle bisher erwähnten streitigen Fragen beantwortet das RG. zugunsten der Kl.; die Rev. hat daher insoweit keine Ursache, die Entsch. zu beanstanden. Anders bei der ferneren Frage, ob die rundfunkmäßige Wiedergabe von Schallplatten mit Werken der Tonkunst eine öffentliche Aufführung und daher (nach § 22a UrhG.) ohne weitere Erlaubnis zulässig sei. BG. und RG. bejahen dies und gelangen daher zur Abweisung der Klage, soweit sie sich auf die Sendung von Musikschallplatten richtet. Sie erachten den Tatbestand des § 22a (verbunden mit § 22) für gegeben, wonach „Vorrichtungen zum Zwecke der mechanischen Wiedergabe von Werken der Tonkunst ohne eine weitere Erlaubnis zu öffentlichen Aufführungen benutzt werden dürfen, wenn (wie es hier geschehen ist) der Urheber freiwillig einem anderen gestattet hat, das Werk zum Zwecke der mechanischen Wiedergabe (§ 12 Abs. 2 Nr. 5) gewerbsmäßig zu vervielfältigen“.

1. Die ausschließlichen Befugnisse des Urhebers (und seiner Rechtsnachfolger) erstrecken sich auch auf die Bearbeitung eines seines Werkes (§ 12 Abs. 1 UrhG.). Und unter die Beispiele der Bearbeitung reißt das Gesetz die Übertragung des

Werkes (durch persönlichen Vortrag) auf Vorrichtungen für Instrumente ein, die der mechanischen Wiedergabe für das Gehör dienen (§ 2 Abs. 2 Satz 1 und 3, § 12 Abs. 2 Nr. 5).

a) Daher ist ein anderer zu solcher Bewertung des Wertes nur berechtigt, wenn der Urheber (oder dessen Rechtsnachfolger) sie ihm erlaubt. Kommt über die Erlaubnis eine Vereinbarung zustande, so ist sie für das Verhältnis der Vertragsteile zueinander maßgebend. Kommt keine Einigung zustande, so kann bei Werken der Tonkunst der (inländische) Verwerber unter gewissen Voraussetzungen die Erteilung der Erlaubnis gegen angemessene Vergütung erzwingen (Zwangslizenz); nämlich dann, wenn (1.) der Urheber des Tonkunstwerks einem andern (sei es mit oder ohne Einräumung ausschließlicher Befugnis) bereits gestattet hat, es zum Zwecke mechanischer Wiedergabe gewerbsmäßig zu vervielfältigen und (2.) das Werk erschienen ist (§ 22 Abs. 1 Satz 1 LitUrHG.).

b) Vorrichtungen, die auf Grund einer Zwangslizenz hergestellt sind, dürfen ... „ohne eine weitere Erlaubnis zu öffentlichen Aufführungen benutzt werden“ (§ 22 a Abs. 1 Satz 1). Dies gilt auch für Fälle, in denen der Urheber freiwillig einem andern die Erlaubnis erteilt, das Werk zum Zwecke der mechanischen Wiedergabe zu vervielfältigen (§ 22 a Abs. 2).

2. Wie die Vorarbeiten der Gesetzesänderung vom 22. Mai 1910 bezeugen, ist der § 22 a aus wirtschaftspolitischen Gründen eingefügt worden: mit Rücksicht auf die Abnehmer mechanischer Musikwerke (und Sprechmaschinen). Die Erwerber von Musikschallplatten sollen danach die Platten ohne eine weitere Erlaubnis zu öffentlichen Aufführungen benutzen dürfen. Zwar sprechen die §§ 22, 22 a (auch 22 b und c) nur vom Urheber; für eine Zwangslizenz gegenüber dem Bearbeiter und dem gesetzlich ihm Gleichgestellten (§ 2 Abs. 2 LitUrHG.) bestand kein Bedürfnis. Mit Recht aber wendet das RG. den § 22 a auch auf das Recht des Bearbeiters an. Der im Schrifttum — und auch von der Rev. der Kl. — vertretenen Ansicht, daß mit der „weiteren Erlaubnis“ im § 22 a Abs. 1 Satz 1 nur die des Urhebers gemeint sei (Willy Hoffmann, Das Schallplattenkonzert der Rundfunkgesellschaften: GRUR. 37, 44—45 [47]), ist nicht beizustimmen. Bei derart einschränkender Auslegung wäre der ersichtliche Zweck des Gesetzes, die Freiheit der Schallplattenkonzerte (in dem Umfange, den man bezweckte und sichern wollte), nicht zu erreichen. Jedem Käufer sollte gestattet sein, die im Handel erschienenen Musikplatten ihrer Bestimmung gemäß mit Hilfe mechanischer Instrumente zu benutzen. Der beim Erlaß des Gesetzes beabsichtigte, noch heute durch allgemeines Bedürfnis gerechtfertigte Erfolg würde vereitelt werden, wenn der Erwerber der Tonwerkplatte zwar keine Erlaubnis des Verurhebers, wohl aber eine des Bearbeiters einzuholen hätte (Marwitz-Möhring, LitUrHG., § 22 a Anm. 1). Ohne Verstoß gegen Auslegungsregeln folgert danach das RG.: Das Gesetz erlaubt die Benutzung von Schallplatten mit Werken der Tonkunst zu öffentlichen Aufführungen gegenüber sämtlichen Inhabern urheberrechtlicher Befugnisse an Werk oder Platte. Besonderer Prüfung bedarf jedoch, ob das Gesetz diese Benutzung in dem umfassenden Sinne, wie das RG. es nach dem weiteren Inhalte seiner Darlegungen meint, „uneingeschränkt“ gestattet.

3. Demnach war zu prüfen, ob die Rundfunkübertragung von Schallplatten mit Werken der Tonkunst den urheberrechtlichen Tatbestand der „öffentlichen Aufführung“ (§ 22 a LitUrHG.) erfüllt. Das RG. nimmt zu den grundlegenden Rechtsbegriffen des LitUrHG., soweit sie für den gegenwärtigen Streit in Betracht kommen, Stellung und untersucht, welcher von ihnen auf die Musikschallplattenübertragung anzuwenden sei.

a) Daß in ihr eine „Vervielfältigung“, ein „Vortrag“, eine „Vorführung“, eine „Wiedergabe“ zu finden sei, verneint es im Anschluß an die bisherige Rspr. mit zutreffenden Gründen.

aa) Als Vervielfältigung eines Tonwerkes (§ 11 Abs. 1, §§ 15, 17, 19, 20, 21, 23 LitUrHG.) ist die Übertragung von Musik durch den Rundfunk nicht anzusehen. Schon in dem Streit über die gewerbliche Verwertung von Lautsprechermusik hat sich das RG. mit näherer Begründung in diesem Sinne ausgesprochen: Unter Vervielfältigung sei früher die Herstellung eines körperlichen Gegenstandes verstanden worden, der das Werk zum Zwecke sinnlicher Wahrnehmung wiedergebe und es

derart festlege, daß diese sinnliche Wahrnehmung sich beliebig oft wiederholen könne. Da die Rundfunkübertragung das Geistigesgut lediglich für das Gehör aufnehme und wiedergebe, ohne einen sachlichen Niederschlag des Wertes zu bilden und zu hinterlassen, könne man sie nicht als Vervielfältigung bezeichnen. Diesen Begriff i. S. einer Vervielfachung des Geisteswertes selbst zu verstehen, weiche zu gewalttätig vom gewöhnlichen (auch dem Gesetz zugrunde liegenden) Sprachgebrauch ab. Das RG. verweist jetzt auf diese — vom RG. (RGZ. 136, 380 = JW. 1933, 1649^b) gebilligte — Darlegung und setzt hinzu: Was dort allgemein über die Rundfunkübertragung von Tonwerken gesagt sei, gelte erst recht für die rundfunkmäßige Übermittlung von Tonerschallplatten. Auch diese wende sich nur vorübergehend an das menschliche Gehör und verfliege mit dem Schall, ohne daß das erklangene künstlerische Tongebilde für die Dauer so festgehalten werde, wie es nötig wäre, wenn man von Vervielfältigung sprechen wollte. — Diese Beurteilung enthält weder einen Verstoß gegen Auslegungsregeln noch widerspricht sie bekannten Tatsachen des Sprachgebrauchs und der Erfahrung.

bb) Auch die Unterordnung der Rundfunkübertragung von Musik unter den Vortrag lehnt das RG. ab, weil dieser Begriff nach dem Sprachgebrauch des Gesetzes (§ 1 Nr. 1, § 7 Abs. 3, § 11 Abs. 3, § 17 Nr. 1 und 2, § 19 Nr. 1) nur auf Schriftwerke, Vorträge und Reden anzuwenden sei. Dem ist gleichfalls im Ergebnis beizustimmen, wenngleich an manchen Gesetzesstellen (§ 7 Abs. 3, § 26) fraglich erscheint, ob „Vortrag“ und „vortragen“ mit Beschränkung auf jenen ihnen sonst beizulegenden Sinn verwendet sind, und vereinzelt (in § 2 Abs. 2 Satz 1 und 3) die beiden Worte in umfassenderer Bedeutung gebraucht werden.

cc) Im Schrifttum ist vorgeschlagen worden, die Wiedergabe von Schallplatten nicht als Aufführung, sondern als Vorführung zu bezeichnen und sie auf diese Weise dem Anwendungsbereich des § 22 a zu entrücken (Elder, Prolegomena des Aufführungs- und Vorführungs-Urheberrechts: ArchUrH. 4 [1931], 433 ff.; ders., Schallplattenkonzerte im Rundfunk: ArchUrH. 5 [1932], 105 ff. [111, 116]; ders., Die Lautsprecher, Rundfunk- und Tonfilm-Musikfrage: JW. 1931, 1866—1870 [1867]; ders., Wesen, Umfang und Begründung des Schallplatten-Schutzrechtes: GRUR. 40 [1935], 140—149, 206—213 [209 ff.]). Das RG. trägt begründete Bedenken, dieser Anregung zu folgen. Es weist darauf hin, daß das Gesetz von öffentlicher Vorführung („öffentlich vorführen“) in den §§ 37, 38, 41 im Zusammenhang mit einer bildlichen Darstellung spricht, die nach § 12 Abs. 2 Nr. 6) unzulässig ist. An allen drei Stellen gehört „vorführen“ den Zusätzen an, die das LitUrHG. durch das Ges. v. 22. Mai 1910 erhalten hat. Und zwar ist der Ausdruck dem Bestande des Kunstschutzes v. 9. Jan. 1907 (§§ 15, 15 a, 31, 32, 36, 37, 48) entlehnt. Mit Recht nimmt daher das BG. an, daß die Anwendung des Begriffs auf die Wiedergabe bildlicher Darstellungen mittels mechanischer oder optischer Einrichtungen zu beschränken sei, die eine Wahrnehmung durch das Auge ermöglichen. Die Übermittlung von Werken der Tonkunst an das Gehör wird im LitUrHG. stets, auch bei mechanischer Wiedergabe, „Aufführung“ genannt: § 7 Abs. 3, § 11 Abs. 2, § 20 Abs. 1, §§ 26, 27 Abs. 1 und 2, § 28 Abs. 1 und 2, §§ 37, 38 Abs. 1 Nr. 2, §§ 41, 51, 61 Abs. 1 und 2, § 62. Beobachtet also das Gesetz in der Verwendung dieser Ausdrücke genau einen bestimmten Sprachgebrauch, so geht es nicht an, davon ohne festeren Anhalt abzuweichen.

dd) Dem Worte „Wiedergabe“ („wiedergeben“) eine so beherrschende Stellung einzuräumen, wie im Schrifttum empfohlen worden ist (Elder, Der Begriff „Wiedergabe“ nach geltendem Recht: ArchUrH. 5, 179—183), lehnt das BG. gleichfalls begründeterweise ab. Es bemerkt richtig, daß der Ausdruck im Gesetze nicht für eine besondere urheberrechtliche Befugnis, sondern als farblosler Zwischenbegriff verwendet wird (§ 2 Abs. 2 Satz 1, § 12 Abs. 2 Nr. 3, 5, 6, § 14 Nr. 2, § 17 Nr. 1, § 20 Abs. 1 und 3, § 22 Abs. 1, § 22 a Abs. 2, § 22 b, § 24 Satz 2, § 63 a Abs. 1 und 2). Deshalb erachtet es ihn wohl für geeignet, in neutralem Sinne urheberrechtlich bedeutungsvolle Vorgänge zu erläutern und zu erklären, aber nicht, urheberrechtliche Befugnisse einzuschränken oder zu erweitern.

b) Dagegen erachtet das RG. die Rundfunksendung von Schallplattenmusik für eine öffentliche Aufführung.

aa) Auch damit knüpft es an seine Beurteilung in dem Spruche über die gewerbliche Verwertung von Lautsprechermusik an, der durch Zurückweisung der Rev. Rechtskraft erlangt hat (RGZ. 136, 377—390 = JW. 1933, 1649⁹). Damals hat es die Wiedergabe von Musik im Rundfunk für eine öffentliche Aufführung erklärt. Hieran hält es auch bei der Beurteilung der rundfunkmäßigen Musikschallplatten-Sendung fest. Es betont: Das Gesetz unterscheide nicht zwischen Aufführung unmittelbar durch Menschen und Aufführung im Wege mechanischer Wiedergabe; nach ihm sei die öffentliche Wiedergabe mittels mechanischer Einrichtungen ebenfalls als öffentliche Aufführung anzusehen. Aufführung sei deshalb bei der Platte so gut möglich wie beim ursprünglichen Werke der Tonkunst. Es genüge dazu jede Darbietung, die das Werk (hier dessen Bearbeitung) dem Gehör sinne der Zuhörer vermittele. In welcher Weise und mit welchen Mitteln es geschehe, sei gleichgültig. Bei der Schallplattensendung sei Mittel der Wiedergabe der Rundfunk unter Zuhilfenahme der (im einzelnen näher beschriebenen) Vorrichtungen, welche der Aufführung das Wesen einer „mechanischen“ geben. Unwesentlich sei, ob die Schallplatte schon im Senderraum zu Gehör gebracht werde, wenn die weiter entwickelte Technik ein hörbares Abspielen der Platte vor dem Sender überflüssig mache. Der Hörerschaft an den Empfangsstellen werde nach dem neuen Verfahren die Platte durch die Inbetriebsetzung auf dem Tonkörper ebenso zugeleitet, wie es bei dem früheren Verfahren geschehen sei, nur mit dem Unterschiede, daß sich die lautliche Wiedergabe erst durch die Empfangsgeräte der Hörer vollziehe, denen der Inhalt der Platte in ganz gleichmäßiger Weise übermittelt werde. Dabei veranstaltet nicht jeder einzelne Rundfunkteilnehmer eine selbständige Aufführung, sondern die örtlich verschiedenen Empfänger schlossen sich zu einer zeitlich einheitlichen und akustisch übereinstimmenden Wiedergabe der Platte zusammen.

bb) Das RG. meint, daß rechtlich danach keine Möglichkeit bestehe, die Bestimmung des § 22 a auf Wiedergabearten einzuschränken, die im Jahre 1910 (bei der Einfügung des § 22 a) bekannt und in Gebrauch waren. Sollten die wirtschaftspolitischen Erwägungen, welche für den Erlass der Vorschrift maßgebend waren, inzwischen überstiegen worden sein, so könne das nicht dazu führen, den § 22 a für Streitfälle wie den gegenwärtigen außer Anwendung zu setzen, d. h. die rundfunkmäßige Musikplattensendung von seinem Anwendungsreich auszuschließen, obwohl sie ihm eigentlich zugehöre. Denn eine gesetzliche Vorschrift ergreife von selbst auch neuartige Erscheinungsformen, sofern sie die vom Gesetze geforderten Merkmale aufweisen. Neu am Rundfunk seien Art und Umfang der Verbreitung; er habe Mittel und Wege geschaffen, um Worte und Töne bis in die fernsten Erdteile zu tragen. Durch die Erweiterung des möglichen Hörerkreises und die technisch neuen Vorgänge bei der klanglichen Wiedergabe sei aber der Begriff der öffentlichen Aufführung nicht gesprengt worden. Nach wie vor würden die Platten abgespielt und dadurch „zu Gehör gebracht“. Alles Persönliche bleibe ausgeschaltet, und nur das Mechanische werde wirksam. Die Wirkung der durch Rundfunk gesendeten Schallplatten auf den Hörer sei genau die gleiche, wie wenn die Schallwellen unmittelbar vom mechanischen Musikinstrument (Grammophon) zu seinem Ohr gelangten. Räumliche Trennung hebe die Vorstellung einer Aufführung des Tonwerks nicht auf. Die Rundfunksendung berge deshalb nichts in sich, was über den Begriff der öffentlichen Aufführung hinausgehe. Die technisch neue Einrichtung mache den Rundfunksender selbst zum akustischen Gerät, bei dem das Wesentliche die akustische Fernwirkung sei und nicht die Ausendung der herkömmlichen Wellen, die nur als akustisches Mittel zu solcher Fernwirkung dienen. Von seiten des Übertragungsmittels her fehle der Unterschied, der eine verschiedene rechtliche Behandlung rechtfertigen könnte. Von der besonderen und wechselnden Technik der Übertragung sei der Begriff der öffentlichen Aufführung nicht abhängig zu machen. Rein neuer Akt der Wiedergabe schließe sich unterwegs ein. Die Empfangnahme aber, das bloße Anhören der Sendung, sei keine urheberrechtlich erhebliche Hand-

lung; sie bilde einen Teil des einheitlichen Rundfunkvorgangs, der mit dem Auflegen der Schallplatte auf das Gerät im Senderraum beginne, mit dem Erönen in den Empfangsanlagen der Hörer ende und in dieser seiner Ganzheit die öffentliche Aufführung ausmache.

cc) Zum Begriffe der Aufführung gehöre nicht, daß die Hörer (wie beim Vortrage) räumlich versammelt seien oder sonstwie in irgendeinem Zusammenhange stünden. Auch die Darbietung, die infolge technischer Hilfsmittel einem unbegrenzten, mit dem Aufführenden nicht räumlich verbundenen Personenkreise zugänglich gemacht werde (wie eben die Rundfunksendung) sei als Aufführung anzusprechen (Marwitz-Möhrling, Urheberrecht, S. 124, § 11 Anm. 31; Allfeld, Urheberrecht, 2. Aufl., S. 153, Anm. 18 Abs. 4 zu § 11). Die Öffentlichkeit verstehe sich dabei nach dem Wesen des Rundfunkbetriebes von selbst. Mit ihm sei allerdings eine Erweiterung der Wahrnehmbarkeit bis ins Unendliche verbunden; aber auch das sei, wenigstens nach geltendem Rechte, bedeutungslos, weil der Begriff der Öffentlichkeit schon die Unbegrenztheit des Hörerkreises in sich schließe. Urheberrechtlich bleibe es belanglos, daß der Reichweite des Rundfunks keine Schranken gesetzt seien und die Aufführung vor unbestimmt vielen Hörern statifinde. Das BG. lehnt demgemäß die im Schrifttum vertretene Ansicht (Eiser: JW. 1931, 1866; ArchUrH. 4, 437; 5, 117) ab, daß durch Rundfunkwiedergabe der Schallplatten eine Erweiterung der Öffentlichkeit vor sich gehe und eine neue andersartige zweite Öffentlichkeit in Szene trete. Der Begriff der Öffentlichkeit sei einheitlich und keiner Steigerung oder Abwandlung fähig.

c) Diese (unter III B 3 b wiedergegebenen) Ausführungen des BU. treffen durchaus zu, soweit es sich fragt, welchen Bereich die „öffentliche Aufführung“ i. S. des § 11 Abs. 2 Lit. UrH.G. umfaßt. Sie entsprechen der schon im Lautsprecherstreite vom RG. angewandten, vom RG. gebilligten Beurteilung (RGZ. 136, 387/88 = JW. 1933, 1649⁹). Damals handelte es sich um die Auslegung des § 11 (nicht auch des § 22 a) Lit. UrH.G. Den Erwägungen aber, aus denen das BG. zu dem Ergebnisse kommt, im § 22 a müsse der Ausdruck ebenso verstanden, also der „öffentlichen Aufführung“ der gleiche umfassende Bereich (einschließlich Rundfunksendung von Schallplatten) zuerkannt werden, wie im § 11, ist nicht beizustimmen.

aa) Den nämlichen mehrmals wiederkehrenden Ausdruck von ersichtlich sachmäßiger Bedeutung innerhalb desselben Gesetzes in verschiedenem Sinne auszulegen, ist nur aus ganz besonderen Gründen tunlich. Es schlechtlin abzulehnen, geht nicht an. Bedenklich und in der Regel unstatthaft wäre es bei einem nach Zeit und Umständen der Entstehung, nach Beweggrund und Zweck, Aufbau und Gedankenführung völlig einheitlichen Gesetze, obwohl auch da durch Irrtum oder mißlungene Fassung oder infolge der Mehrdeutigkeit von Worten Unebenheiten vorkommen können; hat doch z. B. gerade im LitUrH.G. das Wort „Wert“ nicht immer den deutlichen Sinn der unpersönlichen Geistes schöpfung, sondern verrät zuweilen (z. B. wenn von „Herstellung“ des Wertes die Rede ist), daß der Gedanke an die körperliche Verwirklichung des geistigen Gebildes vorgezeichnet hat (vgl. § 7 Abs. 1 Satz 1, § 33 Abs. 1, § 42 Abs. 1 Satz 2 Lit. UrH.G.; RGZ. 113, 416/17). Entbehrt jedoch ein Gesetz jener völligen äußeren und inneren Gleichförmigkeit und Einheit, so kann ausnahmsweise eine verschiedene Auslegung desselben Ausdrucks geboten sein. Dies trifft zu, wenn — wie hier durch die Änderungen vom 22. Mai 1910 — das Gesetz später Zusätze erhalten hat, die einen ganz besonderen wirtschaftlichen Zweck erfüllen und die Vorschriften gewissen neu entstandenen Bedürfnissen anpassen sollten; vornehmlich aber dann, wenn überdies die weitere wirtschaftliche und technische Entwicklung es nötig gemacht hat, das hinter ihr zurückgebliebene Gesetz in wichtigen Grundbegriffen anders als früher auszulegen, damit es veränderten, beim Erlasse nicht vorausgesehenen Zuständen genüge. So verhält es sich bei den hier wesentlichen Bestimmungen des LitUrH.G.

bb) Das — durch Änderungen der RBÜ. von 1908 veranlaßte — Ges. v. 22. Mai 1910 setzte, soweit es hier von Belang ist, dem § 2 LitUrH.G. den Abs. 2, dem § 12 im Abs. 2 die Nr. 5,

dem § 14 die Nr. 4, dem § 20 den Abs. 3 hinzu, ersetzte den § 22 durch eine Vorschrift anderen Inhalts, fügte die §§ 22 a—c und den § 63 a ein.

Wie vorhin (II 1) schon erwähnt, bezweckte das Gesetz von 1910 damit, den Schutz der Hersteller von Vorrichtungen zur mechanischen Wiedergabe für das Gehör (also z. B. Schallplatten) gegen unbefugte Nachbildung mittelbar zu ermöglichen. Dieser Schutz eines Industriezweiges für seine gewerblichen Erzeugnisse wurde urheberrechtlich gestaltet und mit urheberrechtlichen Folgen ausgestattet. Und zwar geschah das in der Art, daß die Vorrichtung (zur mechanischen Wiedergabe) einer Bearbeitung des Werkes gleichgestellt, der Vortragende (Künstler) rechtlich wie ein Bearbeiter behandelt wurde (§ 2 Abs. 2). Der Fabrikant jener Vorrichtungen (z. B. Plattenhersteller) aber kann diese urheberrechtlichen Bearbeitungsbefugnisse, wie gleichfalls schon erwähnt, als abgeleitete Rechte von den Vortragenden (auch stillschweigend durch entsprechendes beiderseitiges Verhalten) erwerben.

Zwar ist bemängelt worden, daß man auf solche Weise eine Befugnis, die nach Zweck und Inhalt dem gewerblichen Schutze der Hersteller von Instrumenten dienen solle und auch in der Hand des Vortragenden, für den sie entstehe, nur einen Leistungsschutz, keinen Geistes schöpfungsschutz bedeute, im *VitUrHG* geregelt und als Urheberrecht gestaltet habe. Die gesetzliche Regelung ist aber ausdrücklich so getroffen und muß der Rechtsanwendung zugrunde gelegt werden. Daß man sie in einem Gesetze untergebracht hat, in das sie nach den Grundsätzen wissenschaftlichen Gedankenaufbaues und nach genauer Abgrenzung gesetzgeberischer Sachgebiete nicht gehörte, darf Umfang und Wirkung des gewährleisteten Schutzes nicht beeinträchtigen. Demen, die Schutz bedürfen und begehren, liegt der Hinweis nahe, daß die in den Bereich des eigentlichen Urheberrechts gehörenden Werke nach Art und innerem Wert überaus mannigfaltig und sehr ungleich sind; daß ferner, verglichen mit den geringeren solcher Werke, die Leistung nachschaffender Künstler nicht schlechtweg auf eine niedere geistige Stufe gehört; daß auch z. B. die Herstellung guter Schallplatten für Tonwerke ein großes Maß von geistiger Tätigkeit, künstlerischem Verständnis und Empfinden, von Geschick, Arbeit (überdies von Kosten) erfordert. Aber selbst wenn man dies ganz außer Betracht läßt, so bleibt jedenfalls die gesetzliche Regelung des urheberrechtsartigen Bearbeitersrechts, welches die Kl. (als abgeleitetes) ihrem Anspruch zugrunde legen, für die Behandlung maßgebend.

cc) Hieraus folgt, daß die allgemeinen Zeitgedanken und Grundsätze der Rechtsanwendung, die sich für das (echte und eigentliche) Urheberrecht ausgebildet haben, nicht so, wie das BG. meint, beim Bearbeitersrecht außer Anwendung zu lassen sind. Namentlich gilt das von dem wiederholt anerkannten Rechtsgrundsatz, daß dem Urheber tunlichst überall, wo aus seinen Geisteswerken Geldgewinn gezogen wird, ein Anteil daran zukommen soll (RGZ. 118, 285 = JW. 1928, 358; RGZ. 122, 68 = JW. 1929, 1239; RGZ. 128, 113 = JW. 1930, 1716³¹; RGZ. 134, 201 = JW. 1932, 865³ m. Anm.). Dieser Grundsatz ist auch zugunsten des Bearbeiters anzuwenden; er kommt also den Schallplattenherstellern, die ihre Befugnisse von ihm ableiten, ebenfalls zu statten.

Die Befl. führt aus, daß sich jener Leitsatz mit dem jetzigen Rechtsdenken nicht mehr vertrage. Sie betont, daß im nationalsozialistischen Staate die Stellung des einzelnen zur Volksgemeinschaft von Grund aus verändert sei, die Pflicht des Urheberberechtigten gegen diese Gemeinschaft dem Trachten nach persönlichem Nutzen vorgehen müsse. Das Bedenken der Befl. ist nicht gerechtfertigt. Wiederholt und nachdrücklich hat die Kpr. hervorgehoben, daß das Urheberrecht — wie viele andere Befugnisse — „sozial gebunden“, d. h. aus Rücksichten auf die Volksgemeinschaft eingeschränkt und mit Pflichten belastet ist (RGZ. 140, 270 = JW. 1933, 1766⁴ m. Anm.; RGZ. 144, 112/113 = JW. 1934, 2040⁶ m. Anm.). Diese aus wiedererstehenden deutschrechtlichen Gedanken geschöpfte Erkenntnis steht aber nicht in Widerspruch zu der Notwendigkeit, dem Urheberberechtigten tunlichst von den Vorteilen etwas zukommen zu lassen, die aus der Wertverwertung des Werkes (oder

seiner Bearbeitung) entspringen. Wohl muß — selbstverständlich auch im Urheberrechte — Gemeinnutz vor Eigennutz gehen (Programm der NSDAP. Nr. 24 Abs. 2 a. G.; RGZ. 144, 112 = JW. 1934, 2040⁶ m. Anm.). Der einzelne genügt jedoch seiner Pflicht, im Rahmen des Gesamten, übereinstimmend mit den Belangen der Allgemeinheit, zum Nutzen aller geistig oder körperlich zu schaffen (Programm der NSDAP. Nr. 10), dann am besten, wenn die ihm dafür gewährten Bedingungen die Erfüllung der Pflicht begünstigen und fördern. Das geschieht, wenn auch der Urheber (und der rechtlich ihm Gleichbehandelte) für sein Tun der alten Wahrheit gewiß sein darf, daß der Arbeiter seines Lohnes wert ist. Nicht nur ihn, sondern auch andere von gleichen oder ähnlichen Gaben und Neigungen für schöpferische Leistung regt dies zum Wirken im Dienste der Allgemeinheit an. Und so kann mittelbar, was billigen Wünschen des einzelnen entspricht, der Persönlichkeit Ansporn und Lohn gibt, zu Ruh und Frommen der Volksgemeinschaft Früchte tragen. Sieht doch der neue Staat eine seiner vornehmsten Aufgaben in der Entfaltung der schöpferischen Persönlichkeit (Begründung zu den Gesetzen über den gewerblichen Rechtsschutz: *WZBl.* Jg. 42 [1936], 103). — Aus ähnlichen Gedanken und aus den dadurch bestimmten Billigkeitserwägungen erklärt sich übrigens, daß in der *RBÜ.* (Art. 11 a Abs. 2 Satz 2) betont wird, dem Urheber müsse angemessene Entschädigung für runderfunkmäßige Sendung seiner Werke zukommen. Nach diesem Gebote der Billigkeit handelt die Befl. selbst, indem sie den unmittelbar für sie tätigen Urhebern auf dem Weg über deren Schutzverband Vergütung gewährt. Nachschaffende Künstler, welche Schallplatten besingen oder bespielen, grundsätzlich schlechter zu stellen, liegt keine Ursache vor, weder wegen des Unterschieds zwischen „echtem Urheberrecht“ und „bloßem Leistungsschutz“ noch aus Rücksichten auf das Gemeinwohl.

dd) Hat der Urheber freiwillig einem anderen erlaubt, das Werk zum Zwecke mechanischer Wiedergabe für das Gehör zu vervielfältigen, so dürfen die dazu hergestellten Vorrichtungen (hier die Schallplatten) ohne weitere Erlaubnis irgend jemandes zu öffentlichen Aufführungen benutzt werden (§ 22 a Abs. 2 *VitUrHG.*; s. oben III B 1 a und b). Diese Gesetzesvorschrift enthält, um die bestimmungsmäßige Ausnutzung ordnungsgemäß erworbener Schallplatten und damit die Freiheit der Schallplattenkonzerte zu sichern, eine Ausnahme gegenüber allen Inhabern urheberrechtlicher Befugnisse, also auch (s. oben III B 2) eine Ausnahme von dem (auf die Kl. übergegangenen) Bearbeitersrechte. Schon äußerlich wird dies durch die Stelle gekennzeichnet, an der die Vorschrift dem Aufbau des Gesetzes eingefügt ist (RGZ. 128, 102—104 = JW. 1930, 1716³¹). Ausnahmegesetze sind grundsätzlich eng auszulegen. Hiervon abzuweichen wird nicht dadurch gerechtfertigt, daß es sich im vorl. Falle um ein bloßes Bearbeitersrecht handelt, und daß dieses an Schallplattenhersteller übertragen worden ist. Das Verhältnis der Ausnahme zur Regel muß hier ebensowohl gelten wie bei Rechten der Urheber selbst.

In welchem Umfange die Ausnahme bezweckt wurde, läßt sich bloß nach den technischen Möglichkeiten beurteilen, welche beim Erlaß des Gesetzes von 1910 vorlagen. Diese bestanden damals nur in der regelmäßigen, einfachen, erstmaligen auf dem Grammophon zum unmittelbaren Hören bestimmten Wiedergabe (Ester: *ArchUrH.* 5, 116 ff.; *GRUR.* 40, 210). Eine beträchtliche weitergehende Wiedergabeart und eine Erstreckung des Ausnahmereichs auf sie lag nicht in Zweck und Absicht des Gesetzes. Die Rundfunkübertragung war noch unbekannt, ihre künftige Entwicklung und umwälzende Bedeutung nicht vorauszusehen. Der begrenzte Ausnahmezweck der §§ 22, 22 a *VitUrHG.* ist schon im Tonfilmstreite hervorgehoben worden (RGZ. 140, 239 = JW. 1933, 1396¹² m. Anm.). Dabei muß es bewenden.

Nachdem das Ges. v. 22. Mai 1910 im § 22 a *VitUrHG.* die im damaligen Umfange verstandene „öffentliche Aufführung“ von Schallplatten freigegeben hatte, erfuhr das gesamte Fernmelde- und Mitteilungswesen durch den Rundfunk eine völlige Umwälzung. Etwa seit 1925 unstreitig von erheblicher Verkehrsbedeutung auch weit über die Länder und Völker abendländischer Gesittung hinaus, gab er ein neues Mittel an

die Hand, welches elektrische Schnellsendung von Nachrichten und von Geistesgut jeder Art überallhin — bis in die fernsten Erzteile und die entlegenste Hütte, auch in bislang einsame Gegenden, über die Meere und durch den Luftraum zu den dort befindlichen Fahrzeugen — ermöglichte. Immer mehr vervollkommenet, bildete er sich dergestalt aus, daß man ihm fast Allgegenwart rings um die Erde zuschreiben kann.

Dieser neuen Lage mußte sich die Rspr. durch Auslegung des von der Entwicklung der Umwelt überholten Gesetzes anpassen. Und zwar mußte dabei beachtet werden, daß dieses Gesetz dem Urheber kein einheitliches schlechthin umfassendes Recht, sondern nur eine Reihe bestimmter, ausdrücklich genannter Befugnisse zuerkennt. Die Ausfassung geschah dadurch, daß man die Urheberbefugnisse des „Verbreitens“ (§ 11 Abs. 1) weiter auslegte als sie bei Erlaß des Gesetzes gemeint war, und ihr die Rundfunksendung einbezog. „Verbreitung“ umfaßt also nunmehr die Übermittlung einer Kenntnis an andere (RGZ. 113, 418). So wird die „öffentliche Aufführung“ (§ 11 Abs. 2), die das Gesetz neben „Verbreitung“, „Verbreitung“ und „öffentlichen Vortrag“ (§ 11 Abs. 3) nennt, nun von der Verbreitung mitumfaßt; und zwar gilt dies auch dann, wenn — wie bei der Begrenzung der urheberrechtlichen Befugnisse erforderlich — „öffentliche Aufführung“ die Sendung durch Rundfunk in sich schließt (RGZ. 136, 387 = JW. 1933, 1649^o). Was aber für die Sicherung umfassender Urheberbefugnisse (§ 11 LitUrHG.) geboten war, ließe dem Gesetzeszwecke zuwider, wenn man es auf die Ausnahme von jener (als Regel zu behandelnden) Befugnis anwenden wollte; es würde dazu führen, eine nach Zweck und Sinn des Gesetzes nur mäßige Befugnislücke ins Ungeheßliche zu erweitern. Zu diesem Ergebnis ist das RG. gelangt. Seine Auslegung kann in diesem für die Schlusentscheidung wesentlichen Punkte nicht gebilligt werden. Mit Recht bemerkt die Rev., daß die Frage, ob Rundfunksendung eine „öffentliche Aufführung“ i. S. des § 22 a sei, dahin lauten muß: Ist der Vorgang der Rundfunksendung in seinen Wirkungen den tatsächlichen Verhältnissen gleichzusetzen, die das Gesetz bei der Schaffung des § 22 a vor Augen hatte und die daher nach dem Zwecke der Vorschrift eine Beschränkung der urheberrechtlichen Befugnisse rechtfertigen kann? Diese Frage muß verneint werden. Eine andere Auslegung führte dazu, daß die Befugnisse des Urheberberechtigten infolge des Wandels der Verhältnisse einen erheblichen Teil ihres Inhalts verlöre; daß das Gesetz ihm mit der anderen Hand nähme, was es mit der einen gibt.

Während also „öffentliche Aufführung“ im § 11 umfassende Bedeutung hat und die Rundfunksendung in sich schließt, kommt dem Ausdruck in der Ausnahmenvorschrift des § 22 a nur die enge Bedeutung zu, welche man beim Erlaß des Ges. v. 22. Mai 1910, dem damaligen Entwicklungsstande der Technik gemäß, im Auge hatte. Dort umschließt „öffentliche Aufführung“ also die Rundfunksendung nicht mit; diese fällt in den außerhalb des Kreises „öffentlicher Aufführung“ liegenden Teilbereich der „Verbreitung“, den der § 22 a dem Schallplattenerwerber nicht freigibt, sondern dem Urheberberechtigten beläßt.

Auf die übrigen Vorschriften des LitUrHG., in denen von „öffentlicher Aufführung“ („Aufführung“, „aufführen“) die Rede ist — § 7 Abs. 3, § 20 Abs. 1 Satz 2, § 26, § 27 Abs. 1 Satz 1 und 2 und Abs. 2, § 28 Abs. 1 und 2, § 37 Satz 1 und 2, § 38 Abs. 1 Nr. 2, § 41, § 51, § 61 Abs. 1 und 2, § 62 Satz 2, § 63 a Abs. 1 — braucht hier nicht besonders eingegangen zu werden. Von ihnen allen ist (ebenso wie § 22 a) nur § 63 a durch das Ges. v. 22. Mai 1910 eingefügt.

ee) Aus der Begrenzung der „öffentlichen Aufführung“ im § 22 a folgt: Die Befl. darf die Schallplatten der Kl. nicht ohne deren Erlaubnis im Rundfunk senden (§ 2 Abs. 2 verbunden mit §§ 11, 12 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 5 LitUrHG.).

Den Einwand der Verwirkung weist das BU. mit zutreffenden Gründen als ungerechtfertigt zurück. Von jahrelangem Dulden, Abwarten, Geschehenlassen der Kl., wodurch ein in ihre Befugnisse eingreifender Besitzstand der Befl. erwachsen wäre, kann nicht die Rede sein. Mit Recht bemerkt das RG.: „Weder haben die Kl. auf längere Zeit ein Ver-

halten der Befl. geduldet, zu dem diese nicht befugt war, noch hat solche Duldung einen gewissen Verkehrsbesitzstand zugunsten der Befl. gezeitigt. Unstreitig geschah in den letzten Jahren die Schallplattenfundungen mit Erlaubnis der Kl., zum Teil auf Grund eines für einen längeren Zeitraum laufenden Vertrages, zum Teil unter leihweiser Überlassung der einzelnen Platten. Noch im Rechtsstreite hat sich die Befl. — allerdings zu Unrecht — auf den Standpunkt gestellt, daß die Kl. bis zum Spruche der ersten Instanz die unentgeltliche Sendung von Schallplatten gestattet und sich verpflichtet hätten, ihr das Material zur Verfügung zu stellen. Damit scheidet ein unbefugtes Verhalten der Befl., gegen das die Kl. hätten vorgehen können, für die vergangene Zeit aus. Ferner war die mit ihrer Erlaubnis erfolgte Benutzung der Schallplatten nicht geeignet, einen eigenen Verkehrsbesitzstand für die Befl. zur Entstehung zu bringen. Dazu genügte nicht ein regelmäßiges Gebrauchmachen von den fertigen fremden Erzeugnissen, sondern es hätte auch von ihrer Seite aus der Aufwendung jahrelanger selbständiger Arbeit und erheblicher eigener Kosten zum Zwecke der technischen Vervollkommenung bedurft. Derartige Maßnahmen sind von ihr für die Sendung der leihweise erhaltenen oder käuflich bezogenen Industrieschallplatten nicht getroffen worden. Die Erlaubnis der Kl. aber war nach Ablauf des Vertrages nicht mehr auf bestimmte Zeit erteilt und konnte infolgedessen beliebig widerrufen werden...“ — Auch die Revisionsverhandlung hat gegen diese zutreffende rechtliche Beurteilung kein Bedenken ergeben.

4. War also die Befl. nicht berechtigt, ohne Erlaubnis der Kl. deren Musikschallplatten zu senden, dann ist der mit der Klage gestellte Antrag auf Unterlassung (entsprechend § 1004 BGB.) auch in bezug auf diese Platten begründet. Insofern trifft rechtlich alles zu, was das BU. hinsichtlich der Literaturschallplatten über das Verbot der Kl., das tatsächliche Zuwiderhandeln und die Rechtsberühmung der Befl. sowie über die Gefahr künftiger Wiederholung verbotenen Sendens ausführt. Demnach ist der Hauptantrag der Klage in vollem Umfange berechtigt für Platten, welche enthalten:

- Wiedergabe eines Werkes der Tonkunst, sei es in Verbindung mit einem Schriftwerk oder ohne solche (Gegenstand dieser Rev.) und
- Wiedergabe eines Schriftwerks, einer Rede, oder eines Vortrags (vom BG. zuerkannt, vom RG. bestätigt, mit Rev. nicht angegriffen).

Das in der Formel des landgerichtlichen Urteils ausgesprochene Verbot ist also auf die Musikschallplatten zu erstrecken.

Aus dem von der Befl. betonten Grunde, daß sie zur Ausübung staatlicher Hoheitsrechte berufen sei, erwachsen gegen die Untersagung keine Bedenken. Denn wie oben (Nr. 1) dargelegt, streiten die Parteien hier nur auf dem bürgerlich-rechtlichen Boden des Urheberrechtes. Wohl kann das Reich kraft staatlicher Hoheit jederzeit Anordnungen treffen, welche in die urheberrechtlichen Befugnisse der Kl. eingreifen. Für die bisherige Rechtslage kommt dergleichen hoheitsrechtliche Anordnung, die einem auf bürgerlich-rechtlicher Grundlage beruhenden Verbot entgegenstehe, nicht in Betracht.

5. Für die Beurteilung der Befl. zur Auskunftserteilung und für die Feststellung ihrer Schadensersatzpflicht gewährt in bezug auf Musikschallplatten das RG. bereits eine genügende Grundlage. Denn zu den nämlichen Anträgen hinsichtlich der Literaturschallplatten führt es — in Übereinstimmung mit dem BG. — aus:

Der Schadensersatzanspruch setze allerdings (nach § 823 BGB., § 36 LitUrHG.) voraus, daß die schädigende Handlung vorsätzlich oder fahrlässig begangen worden sei. Für die Entschuldigbarkeit eines Rechtsirrtums aber seien strenge Anforderungen zu stellen (RGZ. 110, 17). Die juristisch ausgezeichnete beratene Befl. habe grobfahrlässig gehandelt, indem sie sich trotz Klagerhebung über die ihr bekanntesten abweichenden Meinungen hinwegsetzte. Sie habe mit der Möglichkeit und sogar mit der großen Wahrscheinlichkeit rechnen müssen, daß nicht ihre, sondern die Rechtsansicht der Kl. zutrefte (RGZ. 92, 379/380 = JW. 1918, 770; RGZ. 118, 131 = JW. 1928, 98). Dies um so

mehr, als über gewisse grundsätzliche Fragen Entsch. des RG. ergangen und ihr bekanntgeworden waren. In tatsächlicher Beziehung stellt das BU. fest: Dem von den Kl. durch Klagerhebung und spätere Schreiben ausgesprochenen Verbote habe die Bekl. dadurch zuwidergehandelt, daß sie bis zum 4. Mai 1935 die Sendung von Schallplatten fortsetzte. Überdies habe sie in dem Schreiben vom 3. Mai 1935, wie auch im Rechtsstreit und (aus dessen Anlaß) in ihren Bekanntgaben an die Öffentlichkeit an der Auffassung festgehalten, daß ihr die Rundfunkmäßige Verbreitung von Schallplatten jeglicher Art, die im Handel käuflich erworben werden könnten, nach geltendem deutschen Rechte freistehe. Sie habe die Schallplatten sendungen nur vorübergehend und (nach ihrer eigenen Erklärung in einem Schreiben) nicht in Anerkennung der Berechtigung des Verbotes, sondern nur deshalb eingestellt, weil sie den Kl. die in der Rundfunksendung liegende Werbewirkung nicht habe zukommen lassen wollen. Ferner habe sie den Standpunkt eingenommen, daß sie gegen die Kl. einen vertraglichen Anspruch auf kostenlose Überlassung aller Schallplatten zu Sendezwecken bis zum Erlaß des LGUr. habe. Diese Feststellungen rechtfertigen die Folgerung, daß die Bekl. die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer acht gelassen, also schuldhaft, und zwar fahrlässig, gehandelt hat (§ 276 Abs. 1 Satz 2 BGB.). Wäre die rechtliche Lage, soweit sie für die Verschuldensfrage von Belang ist, für Literatur- und Musikschallplatten nicht völlig gleich zu beurteilen, so würde sich doch zum mindesten der Vorwurf einfacher Fahrlässigkeit rechtfertigen. Daraus folgt die Pflicht, Schadensersatz zu leisten und Auskunft zu erteilen (§ 36 LittRhG.; § 249 Satz 1, §§ 666, 681, 687 Abs. 2 BGB.).

Demgemäß war — ohne daß auf die Klagebegründung aus RW. und §§ 823, 826 BGB., § 1 UnlWG. eingegangen zu werden braucht — das RG. Ur., soweit es zu ungunsten der Kl. lautet, aufzuheben, das LGUr., soweit es die Klage abweist und im Kostenpunkte zu ändern (§ 565 Abs. 3 Nr. 1, § 91 ZPO.).

(RG., I. ZivSen., U. v. 14. Nov. 1936; I 124/36.) [W. R.]
(= RGZ. 153, 1.)

*

** 9. §§ 20, 21 Abs. 5 RErbhofG. § 21 Abs. 5 Satz 2 Halbsatz 2 betrifft nicht nur das Verhältnis zwischen unehelichen Kindern der Mutter und ehelichen Kindern der ersten und vierten Ordnung des § 20, sondern ist auch auf die Anerbenfolge der dritten und fünften Ordnung auszudehnen. †)

Am 16. Sept. 1935 ist in S. die Bäuerin Minna B. geb. S. ohne Hinterlassung einer letztwilligen Verfügung gestorben. Der Erbhof, dessen Eigentümerin sie war, stammt aus dem Nachlaß ihres am 5. Dez. 1901 verstorbenen Vaters Johann S. Sie hat ihn im Wege der Erbaueinandersetzung mit ihrer inzwischen verstorbenen Mutter Rosine S. und ihren vollbürtigen Schwestern Jda S. und Martha S. (der Kl.) erworben. Mit der Klage begehrt die letztere die Feststellung, daß sie die Anerbin der Verstorbenen sei. Die Klage richtet sich gegen den außerehelichen Sohn der Mutter Rosine S., Franz S., der für sich die Anebeneigenschaft in Anspruch nimmt.

LG. hat die Klage abgewiesen. BG. hat ihr entsprochen. RG. hat bestätigt.

Da die Erblasserin, die Bäuerin Minna B. geb. S. keinen Anerben bestimmt hat, beantwortet sich die durch das ordentliche Gericht zu entscheidende Frage, wer als Anerbe berufen ist, nach der im § 20 RErbhofG. bestimmten Anerbenordnung und den im § 21 daselbst enthaltenen Einzelvorschriften. In Betracht kommen, da der Vater der Erblasserin vorverstorben und sie selbst kinderlos geblieben ist, die dritte und die fünfte Ordnung. In jener sind berufen die Brüder, in dieser die Schwestern des Erblassers. Söhne und Sohnesöhne, wie sie nach beiden Ordnungen an die Stelle eines verstorbenen Bruders oder einer verstorbenen Schwester treten, sind nicht vorhanden. Da in S., wo der Erbhof liegt, Jüngstenrecht gilt und dieses innerhalb der gleichen Ordnung nach § 21 Abs. 3 Satz 1 RErbhofG. maßgebend ist, so scheidet die ältere Schwester Frau Jda S. aus, und es fragt sich, wer von beiden Parteien vor der anderen als Anerbe berufen ist. Diese Frage hat das BG., obwohl der

Bekl. als Bruder zur dritten und die Kl. als Schwester zur fünften Ordnung gehört, i. S. der Kl. beantwortet und sich hierfür auf § 21 Abs. 5 Satz 2 berufen. Abs. 5 lautet:

„Durch nachfolgende Ehe anerkannte Kinder stehen den nach Eingehung der Ehe geborenen ehelichen Kindern gleich. Für ehelich erklärte Kinder des Vaters gehen in derselben Ordnung den ehelichen Kindern nach; uneheliche Kinder der Mutter gehen schlechthin den ehelichen Kindern nach.“

Das BG. führt aus, der uneheliche Sohn müsse sich also außer den Erben der ersten Ordnung, den ehelichen Söhnen, auch die der vierten Ordnung, die ehelichen Töchter des Erblassers vorgehen lassen. Insofern sei die grundsätzliche Bevorzugung der männlichen Verwandten der Sippe zugunsten der näheren Verwandtschaft durchbrochen. Das habe seinen Grund vor allem darin, daß zwischen den unehelichen Kindern der Frau und dem Mannesstamm der Sippe, in die die Frau hineingeheiratet habe, regelmäßig keine blutmäßige Bindung bestehe; vielleicht in gewissem Umfang auch darin, daß der Herkunft der unehelichen Kinder eine gewisse Unsicherheit anhafte. Sinngemäß dürfe dann aber die Anwendung der diese Kinder betreffenden Bestimmung nicht auf die Anerbenfolge in der ersten und vierten Ordnung beschränkt bleiben; sie müsse vielmehr auch für die Erbfolge unter Geschwistern gelten. Das uneheliche Kind müsse wenigstens solange von der Erbfolge ausgeschlossen sein, als in derselben Generation noch ein ehelicher Vertreter der Sippe gleichgültig welchen Geschlechts vorhanden sei. Es bestände sonst die vom Gesetzgeber nicht gewollte Möglichkeit, daß der Hof an einen Zweig der Sippe gelange, der zu dem Mannesstamm keine blutmäßige Bindung habe, obwohl noch eheliche Vertreter des Mannesstammes vorhanden seien. Abs. 4 Satz 2 des § 21 RErbhofG., wonach „bei Brüdern und Schwestern Vollbürtige vor Halbbürtigen gehen“, müsse vor der im Abs. 5 Satz 2 Halbs. 2 getroffenen besonderen Regelung zurüdtreten.

Wie diese Ausführungen ergeben, verkennt das BG. nicht, daß bei Zugrundelegung des § 20 RErbhofG. der Bekl. als Bruder der Erblasserin in der dritten Ordnung, also vor der Kl., die als Schwester in die fünfte Ordnung fällt, als Anerbe berufen sein würde. Denn daß unter Brüdern nicht nur vollbürtige, sondern auch halbbürtige verstanden werden, folgt aus § 21 Abs. 4 Satz 2 RErbhofG. Dafür, daß die eheliche Abstammung des Bruders vorausgesetzt würde, gibt das Gesetz keinen Anhalt. Das BG. legt ferner die Bestimmung des § 21 Abs. 5 Satz 2 Halbs. 2 dahin aus, daß sie nicht nur das Verhältnis zwischen unehelichen Kindern der Mutter und ehelichen Kindern der ersten und vierten Ordnung des § 20 betreffe. Dem Zweck dieser Bestimmung entnimmt es vielmehr die Notwendigkeit, sie auf die Anerbenfolge der dritten und fünften Ordnung auszudehnen. Der Auffassung des BG. ist beizutreten. Die Anerbenfolge des RErbhofG. wird von dem Gedanken der Blutsverwandtschaft beherrscht. Der Erbhof soll nach Möglichkeit der Sippe erhalten bleiben. Gleichzeitig geht das Gesetz von der Begünstigung des Mannesstammes oder wenigstens des männlichen Geschlechts aus (vgl. REHG. 3, 215 = JW. 1937, 101¹⁰⁹). Uneheliche Abkömmlinge stehen in einem Kindesverhältnis nur zur Mutter, nicht aber zu ihrem Erzeuger. Das ErbhofG. stimmt insofern mit dem bürgerlichen Recht überein (§ 1705 BGB.). Diese Gesichtspunkte haben ersichtlich zu dem im § 21 Abs. 5 Satz 2 getroffenen Regelung geführt, nach der für ehelich erklärte Kinder des Vaters nur in derselben Ordnung den ehelichen Kindern nachgehen, dagegen uneheliche Kinder der Mutter „schlechthin“, also auch beim Zusammentreffen verschiedener Ordnungen, nach den ehelichen Kindern berufen sind. Dafür, daß hierbei nur an eine Erbfolge in gerader Linie gedacht sein sollte, fehlt es dann aber an ausreichendem Anhalt. Mit Recht hebt das BG. hervor, daß dann nach der gesetzlichen Anerbenordnung der Hof der Sippe des Erbhofbesizers zwar erhalten bliebe, wenn es sich um die Erbfolge nach dem Vater oder der Mutter handelte, u. U. aber nicht, wenn die Ordnung zwischen Geschwistern in Frage steht. An die Auslegung der in Frage stehenden Bestimmung i. S. des Bekl. könnte lediglich deshalb gedacht werden, weil das Gesetz den Ausdruck „Kinder“ verwendet. Hiermit sollte indes erkennbar die Regelung nicht auf

diejenigen Ordnungen beschränkt werden, in denen Söhne und Töchter als Anerben genannt sind. Vielmehr handelt es sich hier nur um die Kennzeichnung der in Betracht kommenden Personen nach ihrem Verhältnis zu dem Elternteil. In dem Sinne ist der Bef. das uneheliche Kind seiner Mutter. Der hier vertretenen Auffassung steht in keiner Weise das im § 25 RErbhG dem Erblasser gewährte Bestimmungsrecht entgegen. Sie rechtfertigt die angefochtene Entsch.

(RG., IV. ZivSen., U. v. 21. Dez. 1936, IV 241/36.) [Tr.]

Anmerkung: Im vorl. Falle stand zur Erörterung, ob der Erbhof der kinderlos verstorbenen Erblasserin an die eheliche Schwester oder an den unehelichen Halbbruder fallen soll. Das RG. hat unter Berufung auf § 21 Abs. 5 REG, wonach uneheliche Kinder ohne Rücksicht auf das Geschlecht den ehelichen nachgehen, zugunsten der ehelichen Schwester entschieden. Diese Lösung entspricht unserem Rechtsempfinden und läßt sich zum mindesten durch rechtsähnliche Anwendung der oben erwähnten Vorschrift rechtfertigen. Die Entscheidung verdient daher Billigung.

MinR. Dr. Vogels, Berlin.

Reichsgericht: Strafsachen

10. § 2 BlutschutzG. Nach feststehender Rspr. kann ein Strafrechtsirrtum bei der Bemessung der Strafe von Bedeutung sein. Erkann zur Folge haben, daß die Tat, wenn auch vorläufig im Rechtsinne, doch keine bewußte Zuwiderhandlung gegen das gesetzliche Verbot enthält. Bei der Straffestsetzung ist zu beachten, daß das durch das BlutschutzG. geschützte Rechtsgut nicht die Geschlechtshhre der einzelnen beteiligten deutschblütigen Frau ist, sondern die Erhaltung der Rasseinheit des deutschen Volkes und in Verbindung damit seine Ehre. Es kommt also auf die Stärke des gegen diese Rechtsgüter gerichteten Angriffs nach den äußeren und inneren Umständen der Tat und auf die Persönlichkeit des Täters an.

(RG., 1. StrSen. v. 15. Jan. 1937; 1 D 365/36.)

11. § 20 a StGB. Es ist unzulässig, bei der Entsch. über das Vorliegen der Voraussetzungen des § 20 a StGB. Verdachtsgründe zu verwenden, die aus früheren Entsch., durch die der Angekl. rechtskräftig freigesprochen worden ist, entnommen werden.

(RG., 2. StrSen. v. 7. Jan. 1937; 2 D 834/36.)

12. §§ 48, 153 StGB. Tateinheit und Tateinheit bei Anstiftung mehrerer Personen zum Meineid. „Fortgesetzte“ Anstiftung liegt nicht vor, wenn mehrere Personen zum Meineid angestiftet werden.

Der Beschw. hat die fünf Angekl. zunächst in einer gemeinsamen Besprechung und alsdann noch jeden einzelnen von ihnen in wiederholten besonderen Unterredungen aufgefordert, in einem Verfahren, das wegen Betrugsversuchs gegen ihn eingeleitet worden war, als Zeugen unter ihrem Eid über den Umfang eines Brandschadens falsch anzufagen. Wie das SchwG. ersichtlich annimmt, waren die Sonderrücksprachen nur je in Verbindung mit der Gesamtbesprechung ursächlich für den Vorfall der fünf Personen, die ihnen von dem Beschwerdeführer angebotenen Meineide zu leisten. Etwas anderes wird sich in Fällen dieser Art auch nur selten feststellen lassen, da es sich um innere Vorgänge handelt, von denen selbst die unmittelbar Beteiligten oft keine klare Vorstellung haben. Hierin liegt die Annahme, der Beschw. habe sich fünf selbständiger

strafbarer Handlungen schuldig gemacht, nicht gerechtfertigt; vielmehr treffen die fünf Anstiftungen zum Meineid tateinheitlich zusammen (gleichartige Tateinheit). Dies ergibt sich aus dem Urteil des 1. StrSen.: JW. 1936, 728¹¹ = RGSt. 70, 26, wonach — in dem dort dargelegten engbegrenzten Umfang — von dem in der Rspr. bisher vertretenen Grundsatz der Abhängigkeit der Teilnahme von der Haupttat abgewichen worden ist.

Anderes wäre die Sachlage zu beurteilen, wenn die Gesamtbesprechung wirkungslos geblieben wäre und die fünf Personen sich ausschließlich je auf die Einzelrücksprachen hin zur Leistung der Falscheide entschlossen hätten. Dann würden die fünf Anstiftungen im Verhältnis der Tateinheit zueinander stehen; von Tateinheit könnte um deswillen keine Rede sein, weil sich die äußeren Tatbestände in keinem Punkt decken würden (RGSt. 66, 359, 362 und die dort angeführten Urteile). Auch Fortsetzungszusammenhang könnte nicht angenommen werden. Abgesehen davon, daß hierzu kein praktisches Bedürfnis bestünde, würden sich aus der Eigenart des Verbrechens des Meineides auch rechtsgrundfähliche Bedenken gegen eine solche Annahme ergeben (vgl. RGSt. 37, 92; 61, 199 [201]). Im übrigen greifen auch hier die Erwägungen Platz, die der Große Senat für Strafsachen in seinem Beschl. v. 11. Juli 1936: RGSt. 70, 243 = JW. 1936, 2551²³ angestellt hat.

Mit Recht hat hiernach das SchwG. zwei selbständige Handlungen angenommen, soweit der Beschw. die Mitangekl. B. und S., die der gemeinschaftlichen Besprechung nicht beigezogen waren, je in besonderen Unterredungen zur Leistung eines Meineides in der gleichen Richtung wie die fünf anderen Mitangekl. angestiftet hat. Insoweit ist die Rev. des Beschw. unbegründet; seine Verurteilung zu zwei Zuchthausstrafen von je zwei Jahren bleibt bestehen; ebenso die vom SchwG. ausgesprochene Nebenfolge der Eidesunfähigkeit. Demnach ist für die einheitliche Anstiftung, die der Beschw. den obenerwähnten fünf Angekl. gegenüber begangen hat, eine weitere Einzelstrafe festzusetzen, aus den drei Einzelstrafen eine Gesamtstrafe zu bilden und neben dieser auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte zu erkennen (RGSt. 36, 88 [89]).

(RG., 3. StrSen. v. 19. Okt. 1936; 3 D 199/36.)

(= RGSt. 70, 334.)

*

13. § 130 a StGB. Kanzelmisbrauch.

Der Angekl. hat am 2. Juli 1935 als katholischer Ordenspriester in der Klosterkirche in B. eine Trauung vorgenommen und dabei in seiner Ansprache „die Feierlichkeiten der katholischen Trauung gepriesen und ihr die nüchternen standesamtliche Trauung gegenübergestellt“. Mit Beziehung auf die letztere hat er den Ausdruck „Kuhhandel“ gebraucht.

Das LG. hat zwar — rechtlich zutreffend — bejaht, daß der Angekl. unter den äußeren Voraussetzungen des § 130 a StGB. Angelegenheiten des Staates zum Gegenstande einer Erörterung gemacht hat. Es spricht jedoch den Angekl. frei, weil seine Äußerung nicht geeignet gewesen sei, den öffentlichen Frieden zu gefährden; es verneint auch den Vorfall des Angekl., nach dem Urteilszusammenhang ersichtlich auch in der bedingten Form.

Die Ausführungen des Urteils vermögen die Freisprechung des Angekl. nicht zu tragen. Es bestehen nach zwei Richtungen rechtliche Bedenken, die zur Aufhebung des Urteils führen müssen.

Das LG. hätte zunächst (vgl. RGUr. 5 D 505/35 vom 1. Aug. 1935 = JW. 1935, 3383¹²) prüfen müssen, was objektiv der Sinn der Äußerungen des Angekl. gewesen ist. Dabei kam es entscheidend nicht darauf an, welchen Sinn der Angekl. seinen Worten geben wollte, sondern darauf, welcher Sinn ihnen nach der natürlichen Auffassung seiner Zuhörer bei Berücksichtigung ihrer geistigen Aufnahmefähigkeit, des Zusammenhangs der Äußerungen und der Umstände, unter denen sie gemacht wurden, zukommen mußte. Erst wenn dieser objektive Sinn ermittelt war, hätte das LG. weiter prüfen können und müssen, ob in den Worten des Angekl. der äußere Tatbestand des § 130 a StGB. erfüllt sei. Falls es zur Be-

jahung dieser Frage gekommen wäre, hätte es abschließend prüfen müssen, ob sich der Angekl. des strafbaren Sinnes der Äußerung bewußt gewesen sei; bedingter Vorsatz reicht zu § 130a StGB. aus.

Das LG. hat anscheinend eine weitere Klärung nicht mehr für erforderlich gehalten, weil es der Auffassung war, daß keinesfalls die Voraussetzungen erfüllt seien, die es an das Tatbestandsmerkmal der „Gefährdung des öffentlichen Friedens“ knüpft. Die Anforderungen, die das LG. insoweit stellt, sind jedoch rechtlich nicht haltbar. Nach der ständigen Rspr. des RG. ist unter dem öffentlichen Frieden im Sinne der Vorschrift nicht nur der äußere Friedens- und Rechtszustand in der Volksgemeinschaft zu verstehen, sondern auch das innere Gefühl der Rechtssicherheit, das Vertrauen zu ihr, in den einzelnen Volksgenossen. Die Gefährdung ist demnach nach jeder der beiden Richtungen möglich. Es kommt nicht entscheidend darauf an, daß eine Störung des Friedens wirklich eintritt, es ist vielmehr ausreichend, wenn die — nicht bloß vorgestellte, sondern wirklich gegebene, wenn auch nicht naheliegende — Möglichkeit einer Störung als Folge der Erörterung besteht (vgl. RGSt. 18, 314, 316 und 406, 409; 27, 429, 431). Nach diesen maßgebenden rechtlichen Gesichtspunkten hat das LG. den Sachverhalt bisher nicht geprüft, muß es ihn aber nunmehr zugleich unter Beachtung der obigen Darlegungen über die Ermittlung des Sinnes der Äußerungen des Angekl. prüfen. Ein „größeres Maß“ von Erregung, eine „nachhaltige“ Beeinflussung der Ruhe, eine „tiefgreifende“ Beunruhigung, eine „größere Empörung“ ist grundsätzlich nicht erforderlich. Wenn das Fehlen dieser Umstände auch ein schwerwiegendes Beweiszeichen dafür enthält, daß keine Gefährdung im Sinne der Strafvorschrift eingetreten ist, so schließt es doch nicht grundsätzlich die Annahme einer solchen Gefährdung aus. Es kommt nicht allein auf die in einer einzelnen Äußerung liegende Gefahr an, sondern auch darauf, daß die Äußerung gerade von der im § 130a StGB. angeführten Stelle aus geschieht und in der darin liegenden Gefahr. Denn die Vorschrift des § 130a will insoweit einer Ausnutzung der Macht zum Schaden des Staates vorbeugen.

Die Verneinung des Vorsatzes reicht bei dieser Sachlage für sich allein nicht aus, die Freisprechung zu tragen, da die Erörterung hier gleichfalls auf der rechtlich nicht einwandfreien Grundlage beruht.

(1. Sen. v. 20. Okt. 1936; 1 D 350/36.)

14. §§ 164, 193 StGB.

1. „Leichtfertigkeit“ i. S. des § 164 Abs. 5 StGB.

2. Im Falle des § 164 StGB. ist § 193 StGB. nicht anwendbar.

1. Bedenken bestehen insoweit, als die Strk. in allen vier Fällen eine „leichtfertige“ Erhebung der falschen Anschuldigungen i. S. des § 164 Abs. 5 StGB. für dargetan erachtet hat. Allerdings scheint sie, wie sich daraus ergibt, daß sie in allen Fällen eine grobe Fahrlässigkeit des Angekl. angenommen hat, den Begriff der Leichtfertigkeit, wie er in dem von der Rev. angeführten Urteile des früheren 6. StrSen. des RG. 6 D 293/35 v. 9. Okt. 1935 (JW. 1936, 388²⁰ sowie DRZ. 1935 Rpr. Nr. 671) näher erläutert ist, an sich nicht verkannt zu haben. Ihre entsprechenden Annahmen geben aber mehrfach der Vermutung Raum, daß sie hierbei die an die Sorgfaltspflicht des Angekl. zu stellenden Anforderungen überspannt habe. Wie bereits der 2. StrSen. des RG. in seinem Urte. 2 D 96/36 v. 4. Mai 1936 = JW. 1936, 2319¹⁴ ausgesprochen hat, kann man von einem Laien, der sich an eine Behörde wendet, nicht verlangen, daß er selbst schon ein privates Ermittlungsverfahren darüber anstellt, ob das, was er vorträgt, nun wirklich wahr ist; denn hierzu ist ein Laie, dem nicht die behördlichen Machtmittel zur Erforschung des Sachverhalts zu Gebote stehen, in der Regel gar nicht in der Lage. Festzuhalten ist allerdings daran, daß auch bei der Erhebung von Anschuldigungen bei Behörden i. S. des § 164 StGB. für den Anzeiger zur Vermeidung des Verdachts der Leichtfertigkeit grundsätzlich eine Erkundigungspflicht besteht. Bei der Prüfung der

Frage aber, wie weit sich diese Erkundigungspflicht zu erstrecken habe, werden immer die besonderen Umstände des jeweiligen Einzelfalles nach der persönlichen Seite des Anzeigers berücksichtigt werden müssen. Insbesondere wird zu prüfen sein, ob nach der Vorstellung des Anzeigers etwa noch mögliche Erkundigungen noch irgendwelche Aussicht auf Erfolg haben konnten.

2. Im übrigen sind aber auch die Ausführungen der Strk. zur Frage der Anwendbarkeit des § 193 StGB. rechtlich zu beanstanden. Im Falle des § 164 StGB. kommt die Anwendung des § 193, der sich lediglich auf die im 14. Abschn. des StGB. vorgesehenen Beleidigungen bezieht, überhaupt nicht in Frage (RGSt. 10, 274, 275). Das Urteil des 2. StrSen. des RG., 2 D 97/36 v. 6. April 1936 (vgl. DRZ. 1936, 264 Rr. 308) steht dieser Auffassung nicht entgegen. Ersichtlich hat der 2. StrSen. dort nicht ausgesprochen wollen, daß der § 193 StGB. auch in den Fällen des § 164 anzuwenden sei. Vielmehr hat er lediglich dargelegt, daß in Fällen, in denen die Anwendbarkeit des § 193 StGB. überhaupt in Frage kommt, die in seinem Urte. v. 12. Okt. 1931 (RGSt. 66, 1, 3) zum Ausdruck gelangte Ansicht, auch bei leichtfertig erstatteten falschen Anzeigen gegen Beamte sei die Möglichkeit der Anwendung des § 193 StGB. nicht ausgeschlossen, der Einschränkung bedürfe, nachdem in dem am 1. Juni 1933 in Kraft getretenen § 164 StGB. n. F. der Begriff der Leichtfertigkeit aufgestellt worden sei. Dann entfällt aber auch die Anwendbarkeit des § 193 StGB., soweit die Strk. eine mit der falschen Anschuldigung tateinheitlich zusammenstossende üble Nachrede angenommen hat (RGSt. 39, 181, 182, sowie RGUrte. 3 D 442/29 v. 3. Juni 1929: DRZ. 1929 Rpr. Nr. 786). Andererseits ist aber auch die Darlegung der Strk., mit der sie die Anwendbarkeit des § 193 StGB. in den Fällen 2, 3, 4 verneint hat, ersichtlich von Rechtsirrtum beeinflusst. Im Falle 1 hat sie dem Angekl. den Schutz des § 193 StGB. zugebilligt, und zwar, wie das Urteil ergibt, nur deshalb, weil es sich insoweit um eine den Angekl. persönlich nahe angehende Angelegenheit handelt. In den übrigen Fällen hat sie die Voraussetzungen des § 193 StGB. verneint, weil der Angekl. „über das zur Wahrnehmung seiner Interessen gebotene Maß hinausgegangen sei, wenn er bei dieser Gelegenheit Dinge zur Sprache gebracht habe, die die Ehre des Nebenklägers auf das empfindlichste berührten, ohne daß ihre Darlegung zur Interessenwahrung erforderlich gewesen wäre“. Dabei hat aber die Strk. ersichtlich verkannt, daß, wie das RG. wiederholt ausgesprochen hat, ein berechtigtes Interesse eines jeden Staatsbürgers gegeben ist, strafbare Handlungen sowie Verfehlungen von Beamten, auch wenn sie nicht ihn selbst oder ihm nahestehende Personen betreffen, bei den zuständigen Behörden anzuzeigen, wenn die Anzeige gutgläubig und nach pflichtgemäßer Prüfung (RGSt. 63, 202, 204) der zugrunde liegenden Beschuldigungen erstattet wird (vgl. auch RGSt. 62, 83, 93 und 64, 10, 13/14; 66, 1, 2). Durch diesen Rechtsirrtum kann aber die Annahme der Strk., der einzige Zweck der Darlegungen des Angekl. sei gewesen, den Nebenkläger herabzuziehen, beeinflusst sein. Nach dem Ausgeführten würde bei der neuen Entsch. die Anwendung des § 193 a. a. O. nur dann in Betracht kommen, wenn nach den Ergebnissen der neuen Verhandlung die Voraussetzungen des § 164 Abs. 5 StGB. verneint und nur die des § 186 StGB. für gegeben erachtet werden sollten.

(RG., 1. StrSen. v. 20. Nov. 1936, 1 D 309/36.)

15. § 180 Abs. 2 u. 3 StGB. Begriff des „Ausbeutens“ und Voraussetzungen der „Unterhaltung eines bordellartigen Betriebes“ i. S. des § 180 Abs. 2 u. 3 StGB.

Den Begriff des „Ausbeutens“ hat die Strk. im Einklang mit der Rspr. des RG. (vgl. u. a. RGSt. 62, 341, 345) rechtlich zutreffend aufgefaßt. Schon die bloße Überschreitung des angemessenen Mietzinses wird regelmäßig eine Ausbeutung i. S. des § 180 Abs. 3 StGB. enthalten (RGSt. 63, 167). Hierbei kommt es, wie bereits der 2. StrSen. des RG. in seinem Urte. 2 D 1287/28 v. 25. April 1929: JW. 1929, 3009 ausgesprochen hat, nur auf den Willen des Vermieters an. Ob sich die ausgenutzte Person dem sie Ausbeutenden gegenüber

in einer Zwangslage befunden oder ob sie sich selbst als ausgebeutet betrachtet hat, ist für den Begriff der Ausbeutung rechtlich bedeutungslos (vgl. RGSt. 34, 212, 214 und Urte. des erf. Sen. 1 D 165/29 v. 15. März 1929). Die Mieterinnen werden durch die von ihnen geforderte höhere Leistung für Miete in der Regel gezwungen sein, ihren Verdienst zu vermehren, also ihrem Unzuchtsgewerbe mehr, als sie es sonst nötig hätten, nachzugehen. Das Verlangen eines höheren Mietzinses wird daher, falls nicht ein Ausnahmefall vorliegt, ohne weiteres in dieser Richtung wirken (vgl. das bereits angeführte Urte. 2 D 1287/28 v. 25. April 1929).

Soweit es sich endlich um die Unterhaltung eines bordellartigen Betriebes i. S. des § 180 Abs. 2 StGB. handelt, geht die Strk. gleichfalls von rechtlich richtigen, mit der Rspr. des RG. (vgl. RGSt. 62, 339, 344) im Einklang stehenden Erwägungen aus. Dann rechtfertigt aber der festgestellte Sachverhalt die Anwendung auch des § 180 Abs. 2 StGB. Nach den Urteilsfeststellungen hat der Angekl. die Einrichtungen getroffen, die den Charakter seines Hauses als eines Dirnenhauses sofort für jeden Besucher erkennen ließen. In erster Reihe findet die Strk. eine solche Einrichtung darin, daß der Angekl. auf Wunsch der Dirnen eine Dauerbeleuchtung des Hausgangs und Treppenhauses bis 2 Uhr morgens hatte herstellen lassen und daß das Haus gleichfalls auf Anordnung des Angekl. die ganze Nacht offen blieb. Nach der erkennbaren tatsächlichen Überzeugung der Strk. konnten infolge dieser Einrichtung Männer, denen das Haus des Angekl. und die dort gebotene Gelegenheit bekannt war, jederzeit, insbes. auch zur Nachtzeit, die dort wohnenden Dirnen aufsuchen und ohne weiteres Einlaß finden. Schon hierdurch war der Angekl. durch ein tätiges Handeln in nach außen erkennbarer Weise der Gesamtheit der sich in dem Hause zum Zwecke des gewerbmäßigen Unzuchtbetriebs bereithaltenden Dirnen nicht nur vorübergehend, sondern für eine gewisse Dauer zur Förderung des Unzuchtbetriebs über die bloße Gewährung der Wohnung des Angekl. hinaus hinaus behilflich gewesen und hatte hierbei nach den Urteilsfeststellungen auch gewohnheitsmäßig gehandelt. Bereits die erörterte, auf Anordnung des Angekl. getroffene Einrichtung ließ auf eine gewisse Einrichtung des Gesamtbetriebs unter einer Art von Leitung seitens des Vermieters schließen. Mit Recht hat die Strk. hierbei dem Einwand des Angekl., er habe Unfällen von Besuchern vorbeugen wollen, nur nebensächliche Bedeutung beigemessen; wesentlich für ihn war vielmehr die durch die Dauerbeleuchtung bewirkte gleichzeitige Unterstützung des Unzuchtbetriebs im Hause. Noch viel mehr war dies aber der Fall, soweit der Angekl. die Mitangekl. W. als ständige Aufsichtsperson bestellt hatte, deren wesentlicher Aufgabenkreis u. a. auch darin bestand, sowohl den Verkehr der Dirnen unter sich in Ordnung zu halten, als auch gegebenenfalls gegen unliebsame Besucher einzuschreiten. Zu diesem Zwecke hatte die W. bis 1 Uhr nachts aufzubleiben. Dadurch, daß die W. im Falle von Streitigkeiten zwischen den Mädchen und ihren männlichen Besuchern ersteren gegen ihre Widersacher heizuspringen hatte, war sie vom Angekl. mit einer Aufgabe betraut worden, durch die gleichfalls dem Unzuchtbetriebe in dem Hause bewußt günstigere Bedingungen geschaffen wurden. Auch durch die Anstellung der W. als Schutzperson für die Gesamtheit der Dirnen hatte der Angekl. eine Art Gesamtbetrieb unter einer gewissen Leitung durch die von ihm hiermit beauftragte W. eingerichtet. Sind schon hiernach die Voraussetzungen der Unterhaltung eines bordellartigen Betriebes rechtlich einwandfrei nachgewiesen, so bedarf es nicht noch eines Eingehens darauf, ob für diesen Begriff auch die Duldung des Anbringens der Vornamen oder Nachnamen der Mädchen an deren Zimmern, sowie die Anbringung von Glasfenstern an den Zimmertüren zweier Dirnen verwertet werden könnten.

(1. Sen. v. 8. Dez. 1936; 1 D 341/36.)

16. §§ 180, 181 StGB. Unter den Begriff der „Unzucht“ in den Bestimmungen über die Kuppelei fällt auch der Beischlaf zwischen Verlobten.

Die Rev. macht zu Unrecht geltend, daß die Strk. den Be-

griff der Unzucht i. S. der Strafvorschriften über die Kuppelei (§§ 180, 181 StGB.) verkannt habe. Schon in einem Urte. vom 2. Nov. 1882 (RGSt. 8, 172) hat das RG. ausgeführt, „es seien weder in der Fassung noch in der Entstehungsgeschichte der §§ 180 und 181 StGB. Anhaltspunkte dafür aufzufinden, daß das Gesetz den von Verlobten vorgenommenen Beischlaf von dem Begriffe der Unzucht ausschließen wollte“. An dieser Auffassung hat das RG. in ständiger Rspr. festgehalten. Der Gesetzgeber ist ihr, wenngleich sie ihm bekannt gewesen ist, niemals entgegengetreten, namentlich auch nicht nach dem Umbuch vom Jahre 1933, obwohl er gerade seitdem das Strafrecht schon in weitem Maße umgestaltet hat. Er hat die Rspr. des RG. im Gegenteil dadurch in gewisser Weise anerkannt, daß er mit Rücksicht auf sie die Möglichkeit geschaffen hat, im Falle des § 181 Abs. 1 Nr. 2 StGB. (Verkuppelung von Kindern usw. durch Eltern usw.) auf Gefängnis zu erkennen; nach der Fassung, die der § 181 StGB. durch das Ges. v. 25. Juni 1900 (RGBl. 301) erhalten hat, tritt an die Stelle der sonst vorgesehenen Zuchthausstrafe Gefängnisstrafe, wenn im Falle des Abs. 1 Nr. 2 mildernde Umstände vorhanden sind (vgl. die Begründung zum Entwurf jenes Gesetzes in der Vorlage des Bundesrates, RTDruckf. 1898/99 Nr. 112).

Es ist auch nicht zu erwarten, daß der Gesetzgeber für das Gebiet der Kuppelei jemals den Beischlaf zwischen Verlobten aus dem Unzuchtsbegriff völlig ausschließen werde; denn wer „aus Eigennut“ oder „unter Anwendung hinterlistiger Kunstgriffe“ (§§ 180, 181 Abs. 1 Nr. 1 StGB.) der Vollziehung des Beischlafs zwischen Verlobten — durch seine Vermittlung oder durch Gewährung oder Verschaffung von Gelegenheit — Vorschub leistet, wird dem Gesetzgeber immer als strafbar erscheinen, vollends, wenn Eltern gegenüber Kindern in dieser Weise handeln. So hat auch der Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches von 1927 in den die Kuppelei treffenden §§ 304 bis 307 den Beischlaf zwischen Verlobten in den Unzuchtsbegriff einbezogen. Er erklärt lediglich im § 307 Abs. 2, der die Verkuppelung von Kindern usw. durch Eltern usw. mit Strafe bedroht, daß „diese Vorschrift nicht für die Duldung des Beischlafs zwischen Verlobten gelte“; dagegen stellt er die Verkuppelung „aus Eigennut“ oder „einer Person unter 18 Jahren“ oder „mit hinterlistigen Kunstgriffen“ schlechthin unter Strafe, auch wenn es sich um Beischlaf zwischen Verlobten handelt. Gleiche Vorschriften enthielt der Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs von 1925 (vgl. dort die §§ 272 ff., besonders den § 275 Abs. 2).

Nach dem allen lassen sich die §§ 180, 181 StGB. nur dahin auslegen, daß auch der Beischlaf zwischen Verlobten unter den Begriff der Unzucht fällt. Ausgeschlossen ist es, den Begriff für den Bereich des § 181 Abs. 1 Nr. 2 einzuzengen; diese Vorschrift kann unter Unzucht nur dasselbe verstehen wie der § 181 Abs. 1 Nr. 1 und der § 180, auf den sie durch das Wort „verkuppelten“ und das im Eingang des § 181 stehende Wort „Kuppelei“ ausdrücklich Bezug nimmt. Nichts spricht dafür, daß nach dem stillschweigenden Willen des Gesetzes vom § 181 Abs. 1 Nr. 2 eine Ausnahme zu machen sei, wie sie der schon angeführte § 307 Abs. 2 des Entwurfs von 1927 vorsch. Nur der Gesetzgeber ist befugt, dem § 181 Abs. 1 Nr. 2 StGB. eine solche Ausnahmenvorschrift hinzuzufügen, dagegen nicht der an das Gesetz gebundene Richter. Übrigens wird jene Ausnahme gewiß von manchen Volkskreisen gefordert, aber ebenso gewiß von anderen Volkskreisen abgelehnt. Ein neues StGB., dessen Einführung nahe bevorsteht, wird die Frage für die Zukunft regeln. Der Entwurf (nach den Ergebnissen der zweiten Lesung, 1936) versteht unter Unzucht i. S. der Kuppelevorschriften auch den Beischlaf zwischen Verlobten; er hat sogar die Ausnahme, die der § 307 Abs. 2 des Entwurfs von 1927 vorsch., nicht übernommen. Das ergibt sich aus Gürtner, „Das kommende deutsche Strafrecht. Besonderer Teil“ (2. Aufl. — von 1936 — S. 206/207). Dort bemerkt Graf von Gleispach: „Der Vorschlag älterer Entwürfe, für die Duldung des Verkehrs zwischen Verlobten eine Ausnahme von der Strafbarkeit zu verfügen, hat nicht viel Zustimmung gefunden. Eine Ausnahme dieser Art, die sich doch nur auf die in manchen Bevölkerungskreisen herrschende Anschauung über den Verkehr zwischen Ver-

lobten stützen könnte, in das Gesetz aufzunehmen, könnte sehr unerwünschte Schlüsse und Folgen nach sich ziehen". Für „entscheidbare Fälle“ verweist Graf von Gleispach auf das „Erfordernis des Unrechtsbewußtseins“; dieses Erfordernis gilt jedoch nach dem jetzigen Recht, wie das RG. es in ständiger Rspr. auslegt, nicht für Fälle wie den vorliegenden (vgl. RGSt. 8, 172/173 und RGUrt. v. 12. März 1913, 4 D 1425/12; GoldbArch. 60, 445).

(RG., 5. StrSen. v. 21. Jan. 1937; 5 D 807/36.)

Bemerkung: Vgl. den Aufsatz Leppin, „Kuppelei an Verlobten?“ in diesem Heft S. 660. D. S.

*

** 17. §§ 185, 199 StGB. Bei gegenseitigen, auf der Stelle erwiderten Beleidigungen kann auch derjenige, der zuerst beleidigt hat, für straffrei erklärt werden.

Durch das angefochtene Urteil sind der Angekl. Pf. und der Mitverurteilte M. der gemeinschaftlich verübten Beleidigung für schuldig befunden, aber für straffrei erklärt worden.

Bei der Verurteilung des Angekl. Pf. wegen fortgesetzter gemeinschaftlich mit M. verübter Beleidigung nach §§ 185, 47 StGB. ist die Strf. von der Feststellung ausgegangen, daß sowohl Pf. wie M. bei den drei in kurzer Aufeinanderfolge erfolgten Begegnungen mit dem „vom ersten Zusammenstoß ab“ gefaßten Vorsatz handelten, ihre Gegner B. und Sch. durch mehrere Einzelhandlungen fortgesetzt durch Schimpfworte zu beleidigen, und daß jeder die von dem anderen Mittäter ausgesprochenen Beleidigungen als seine eigene Tat wollte und billigte. Die Straffreierklärung ist darauf gestützt, daß auf beiden Seiten — auf Seite der Angekl. einerseits und auf Seite ihrer Gegner B. und Sch. andererseits — Beleidigungen durch Gegenbeleidigungen, die unter sich in ursächlichem Zusammenhang standen, auf der Stelle erwidert worden sind, wobei die durch die ersten Beleidigungen hervorgerufene Gemütsregung bei den Gegenbeleidigungen fortgedauert habe.

Nicht festgestellt ist, ob die Angekl. es waren, die mit den Beleidigungen begonnen haben. Das Fehlen einer solchen Feststellung müßte dann schon ohne weiteres zur Aufhebung des angefochtenen Urteils führen, wenn nach § 199 StGB. eine Straffreierklärung desjenigen, der die erste Beleidigung ausgesprochen hat, nicht zulässig wäre. Eine solche Rechtsansicht läßt sich jedoch nach dem Wortlaut der angeführten Gesetzesbestimmung nicht rechtfertigen. Aus ihm ergibt sich vielmehr zweifelsfrei, daß bei wechselseitigen Beleidigungen auch derjenige, der die erste Beleidigung ausgesprochen hat, für straffrei erklärt werden kann. Dies ist vom RG. in Übereinstimmung mit dem gesamten Schrifttum in ständiger Rspr. anerkannt worden (RGSt. 2, 181, 183; RG.: GoldbArch. 45, 277; DVB. MSt. 4, 260, 261). Die vom Gesetz gestattete Möglichkeit, auch in solchen Fällen auf Straffreierklärung zu erkennen, hat man in Schrifttum und in der Rspr. damit gerechtfertigt, daß der Beleidigte durch die Gegenbeleidigung Selbstvergeltung geübt hat, und daß deshalb auch für den Staat nur ein geringes Interesse an einer Sühne der vorangegangenen Beleidigungen besteht (RG.: GoldbArch. 45, 277). Der Angekl. Pf. konnte somit auch dann für straffrei erklärt werden, wenn er beziehungsweise M. möglicherweise die ersten Beleidigungen gegenüber ihren Gegner gebraucht und wenn sie hierbei den Vorsatz gefaßt haben, die Gegner fortgesetzt zu beleidigen.

Die Strf. hat auch die Voraussetzungen der Straffreierklärung nicht dadurch verkannt, daß sie nicht jeden der zeitlich nur durch kurze Zeitabschnitte voneinander getrennten drei Vorfälle gesondert auf das Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen geprüft hat. Bei einer solchen Sachlage, wie sie hier von der Strf. festgestellt ist, kommt es weder auf die Reihenfolge der einzelnen Beleidigungen, noch darauf an, ob die Beleidigungen und Gegenbeleidigungen zahlenmäßig gleich und ob die gegenseitigen Ehrverletzungen gleich schwer sind oder nicht. Zwischen den einzelnen Beleidigungen muß nur in ihrer Gesamtheit gesehen ein derartiger innerer Zusammenhang bestehen, daß sich die nachfolgenden Beleidigungen als eine auf der Stelle erfolgte Erwidern der vorangehenden Beleidigungen — wenn

auch nicht gerade der Beleidigung, die jeder einzelnen Gegenbeleidigung unmittelbar vorangeht — darstellen. Das Tatbestandsmerkmal der Erwidern auf der Stelle erfordert nicht, daß die Gegenbeleidigung örtlich und zeitlich einer vorangegangenen Beleidigung unmittelbar gegenüber tritt; sie muß nur durch die Gemütsregung verursacht worden sein, die durch die vorangegangenen oder eine der vorangegangenen Beleidigungen ausgelöst worden ist (RGSt. 38, 339).

Aus dem Erfordernis, daß die Beleidigung auf der Stelle erwidert worden sein muß, ergibt sich, daß bei einer gemeinschaftlich von mehreren Mittätern gegenüber einer Mehrzahl von Personen durch eine einheitliche Tat verübten Beleidigung die Straffreierklärung nur dann statthaft ist, wenn jeder der Verletzten die Beleidigung erwidert hat. Auch diese Voraussetzung ist hier zweifelsfrei gegeben.

Wenn auch die Tatsache, daß die Angekl. möglicherweise ihrerseits zuerst mit den Beleidigungen begonnen haben, an sich, wie bereits dargelegt wurde, ihre Straffreierklärung grundsätzlich nicht ausschloß, so kam doch der Feststellung dieser Tatsache für die Frage, ob von der gesetzlichen Möglichkeit der Straffreierklärung Gebrauch zu machen war, im vorl. Falle eine ganz wesentliche Bedeutung zu. Denn das Verschulden desjenigen, der erregt durch eine ihm widerfahrende Beleidigung diese auf der Stelle durch eine Gegenbeleidigung erwidert, wird in der Regel geringer zu bemessen sein und seine Straffreierklärung wird eher dem allgemeinen Rechtsempfinden entsprechen, als eine Straffreierklärung desjenigen, der bei wechselseitigen Beleidigungen zuerst mit Beleidigungen begonnen und hierbei noch dazu den Vorsatz gefaßt hat, die Beleidigung des Gegners bei jeder sich bietenden Gelegenheit fortzusetzen. Bei Vorliegen solcher Umstände bedarf es sorgfältiger Prüfung, ob wegen der vom Gegner des Erstbeleidigers geübten Selbstvergeltung kein dringendes Interesse des Staats an der Sühne der Tat besteht und deshalb die Straffreierklärung des Erstbeleidigers gerechtfertigt erscheint.

(RG., 2. StrSen. v. 17. Sept. 1936, 2 D 148/36.)

(= RGSt. 70, 329.)

*

** 18. §§ 2, 222 Abs. 2 StGB. Ein Angehöriger der SA., der seit mehr als einem Jahre damit betraut ist, einen Kraftwagen der SA. zu fahren, ist Berufsfahrer i. S. des § 222 Abs. 2 StGB. f)

Der Angekl., im Hauptberuf kaufmännischer Angestellter, ist Angehöriger der SA. und seit mehr als einem Jahre ständig damit betraut, den Wagen des Standartensführers zu lenken. Bei einer solchen Fahrt hat er den tödlichen Unfall verursacht. Das LG. hat ihn auf Grund des § 222 Abs. 2 StGB. verurteilt, weil er Berufsfahrer sei.

Die Rüge, daß der § 222 Abs. 2 zu Unrecht angewendet worden sei, greift nicht durch. Die Vorschrift setzt voraus, daß der Täter zu der Aufmerksamkeit, die er aus den Augen seiner Vermöge seines Amtes, Berufes oder Gewerbes besonders verpflichtet war. Eine Tätigkeit, die eine besondere Sachkenntnis oder Aufmerksamkeit erfordert, wird zum „Beruf“, wenn der Ausübende sie sich für eine gewisse Dauer als einen seiner Lebenszwecke erwählt hat. Diese Voraussetzungen treffen bei dem Angekl. zu, jedoch mit einer Einschränkung. Sein Eintritt in die SA. beruht auf freiem Entschluß; welcher Dienst ihm aber in der SA. zugewiesen wurde, hing nicht von seinem Willen ab. Der Grundgedanke des § 222 Abs. 2 StGB. erfordert aber, daß die strengere Vorschrift auch auf Fälle der vorl. Art angewendet wird. Dem gesunden Volksempfinden entspricht es, den Volksgenossen, der innerhalb der SA. eine besonders verantwortliche Tätigkeit ausübt, auch strafrechtlich zu dem gleichen Maße von Aufmerksamkeit zu verpflichten wie denjenigen, der diese Tätigkeit zu seinem „Beruf“ in engerem Sinne gemacht hat. Auf Fälle dieser Art trifft überdies auch der Grundgedanke des Gesetzes zu, daß durch Ausschreitungen, die jemand in seinem Amt, Beruf oder Gewerbe verübt, das Ansehen der Gesamtheit, der er angehört, geschädigt wird; auch die Verletzung seiner Pflicht gegenüber dieser Gesamtheit läßt ihn besonders strafwürdig erscheinen.

Die Vorschrift des § 222 Abs. 2 StGB. ist hiernach auf den Angekl., wenn auch nicht unmittelbar, so doch nach dem § 2 StGB. entsprechend anzuwenden.

Eine Beschränkung des § 2 StGB. auf solche Fälle, in denen der Täter sonst straflos ausgehen würde, entspricht nicht dem Sinn des Gesetzes.

Ob eine Bestimmung des Inhalts wie der Abs. 2 des § 222 StGB. für das Verkehrsrecht in einem neuen Gesetz aufrecht erhalten bleiben soll, muß der Gesetzgeber entscheiden.

Der Oberreichsanwalt hatte beantragt, den Schuldspruch dahin zu berichtigen, daß der Angekl. nicht aus dem § 222 Abs. 2 StGB. bestraft sei, ferner den Strafausspruch aufzuheben und die Sache zur neuen Straffestsetzung an das LG. zurückzuweisen.

(RG., 3. Str.Sen. v. 17. Dez. 1936; 3 D 913/36.)

(= RGSt. 70, 355.)

Anmerkung: Der Bestrafung aus § 222 Abs. 2 StGB. ist zuzustimmen.

Das RG. hat vorliegend, soweit ich sehe, zum erstenmal ausdrücklich den neuen § 2 als Grundlage der Bestrafung herangezogen. Ob es dessen wirklich bedurft hätte, um die Anwendung des § 222 Abs. 2 zu rechtfertigen, kann freilich bezweifelt werden. Zum Wesen des Berufs i. S. dieser Vorschrift gehört nach ständiger Rspr., daß es sich um eine selbstgewählte Lebensstellung handelt (RGSt. 6, 24). Die vorl. Entsch. geht nun davon aus, es müsse, um von einer Berufsausübung sprechen zu können, auch die einzelne Tätigkeit freiwillig (selbstgewählt) in dem Sinne sein, daß sie auf dem freien Entschluß des Täters beruhe. Von diesem Standpunkt aus ergeben sich Schwierigkeiten, wenn der Täter freiwillig einen Beruf (hier den des SA.-Mannes) ergriffen hat, die Zuweisung der einzelnen Aufgaben aber, deren Erfüllung dieser Beruf mit sich bringt (hier das Fahren des Kraftfahrzeugs) nicht mehr von seinem Belieben abhängt. In dem rechtlich durchaus gleichliegenden Fall, daß Wehrmachtangehörige, die über die Dauer der aktiven Dienstpflicht hinaus dienen, dienstlich Kraftfahrzeuge führen, hat das RG. bisher keine Bedenken getragen, den § 222 Abs. 2 StGB. ohne weiteres für anwendbar zu erklären. In dem Ur. v. 29. Okt. 1935 (JW. 1936, 454¹⁹) hat der 4. Str.Sen. ausgesprochen, daß bei einem Unteroffizier eines motorisierten Regiments das ihm dienstlich aufgebene Fahren eines Kraftfahrzeugs einen Teil seines Soldatenberufes bilde. Dieser Fall ist insofern vollkommen der gleiche wie der des SA.-Mannes, als die Motorisierung des Regiments erst erfolgt war, als der Unteroffizier bereits dort diente; man kann daher nicht sagen, daß der freie Entschluß bei der Ergreifung des Berufes das Fahren von Kraftfahrzeugen umfaßte. Auch hier war also die Ergreifung des Berufes — das Weiterdienen über die gesetzliche Dienstzeit hinaus — freiwillig erfolgt, dagegen hing die dienstliche Heranziehung zum Fahren nicht mehr von dem Willen des Unteroffiziers ab¹⁾. Gleichwohl hat das RG. hier § 222 Abs. 2 unmittelbar angewandt. M. E. mit Recht. Denn zum Wesen des „Berufes“ gehört es nicht, daß die Erfüllung jeder einzelnen Aufgabe, die die Berufsausübung mit sich bringt, auf dem freien Willen der Berufstätigen beruht. Bei Berufen, die im Rahmen eines privatrechtlichen Dienst- oder Arbeitsverhältnisses oder eines öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses ausgeübt werden, wird der Kreis der dazugehörigen Tätigkeiten häufig so umfassend sein, daß dem einzelnen ein bestimmtes Tätigkeitsgebiet unabhängig von seinem Willen durch die Vorgesetzten zugewiesen werden muß; es kann sich dabei um Tätigkeiten handeln, an die bei dem Eintritt des Betroffenen in den Beruf noch gar nicht zu denken war. Nach dem Sprachgebrauch des Lebens wie nach Sinn und Zweck der Vorschrift gehört aber auch die Vornahme solcher zugewiesenen Tätigkeit ohne weiteres zur Berufsausübung.

2. Begegnet mithin auch die Heranziehung des § 2 ge-

wissen Bedenken, so ist die Entsch. doch nach anderer Richtung von grundsätzlicher Bedeutung: Der 2. Sen. spricht hier klar aus, daß § 2 nicht nur dazu dient, eine sonst nicht gegebene Strafbarkeit zu begründen, sondern auch die schwerere Bestrafung einer Tat zu ermöglichen, die schon in einem unmittelbar anzuwendenden Gesetz mit Strafe bedroht ist. Das RG. hat dies bisher verneint oder doch wenigstens als zweifelhaft bezeichnet. In der Entsch. des 4. Str.Sen. v. 18. Febr. 1936 (DZ. 1936, 609) heißt es: „Wenn die Handlungen des Angekl. schon durch das Gesetz unmittelbar für strafbar erklärt sind, bedarf es nicht erst der entsprechenden Anwendung eines anderen Strafgesetzes, um ihre Strafbarkeit zu begründen.“ Die entsprechende Anwendbarkeit des Zuchthaus androhenden § 174 Abs. 1 Nr. 1 StGB. auf unzüchtige Handlungen, die ein Vater mit seiner ehelichen Tochter vornimmt, ist hier in erster Linie mit der Begründung abgelehnt worden, daß durch die Handlungsweise des Angekl. der Tatbestand der Beleidigung nach § 185 StGB. verwirklicht worden sei. (Im Ergebnis ist die Entsch. nicht zu beanstanden, weil der in zweiter Linie angeführte Gesichtspunkt durchgreift, daß der Gesetzgeber in § 174 Abs. 1 Nr. 1 eine bewußte Grenzziehung vorgenommen habe.) Diese Auffassung geht von der unzutreffenden Vorstellung einer „entsprechenden Anwendung“ aus, entspricht aber nicht dem in § 2 niedergelegten Gedanken, daß der Richter da, wo das geschriebene Recht dem Strafbedürfnis nicht genügt, im Rahmen des Grundgedankens eine Strafvorschrift das Recht aus dem gesunden Volksempfinden zu schöpfen habe. § 2 muß mithin auch dann anwendbar sein, wenn das geschriebene Recht zwar unter irgendeinem Gesichtspunkt eine Bestrafung ermöglicht, diese Strafe aber dem materiellen Unrechtsgehalt der Tat nicht entspricht. Die Entsch. des 4. Str.Sen. hat deshalb im Schrifttum mit Recht Widerspruch erfahren (vgl. z. B. Mezger, „Deutsches Strafrecht“ [Leitfaden], S. 37; K. Schäfer in Dalke, 28. Aufl., Anm. 2 zu § 2).

In der Entsch. des 2. Str.Sen. v. 23. Nov. 1936 (RGSt. 70, 360 = JW. 1937, 167²⁴ m. Anm.), die sich mit der Anwendbarkeit des § 243 Abs. 1 Nr. 2 StGB. auf die Fälle des Einbruchsdiebstahls aus (kleineren) Schiffen befaßt, ist die Frage nach der Bedeutung des § 2 noch offen gelassen. Das Urteil weist zwar auf die Entsch. des 4. Str.Sen. v. 18. Febr. 1936 hin, nimmt aber zu ihr keine Stellung, sondern führt nur aus, daß jedenfalls § 2 in erster Linie dazu diene, strafwürdige Handlungen, die unter kein Strafgesetz fielen, der Bestrafung zuzuführen. Im Anschluß daran findet sich aber schon der Satz, der vollkommen dem Standpunkt des Schrifttums entspricht: „Der Richter darf zu keiner entsprechenden Anwendung eines Strafgesetzes eine angemessene, d. h. dem gesunden Volksempfinden und der Bestrafung entsprechende Bestrafung wegen der Handlung ermöglichen.“ Die vorl. Entscheidung des 3. Str.Sen. bekennt sich nunmehr eindeutig zu dem Satz, daß nicht die Ermöglichung einer Bestrafung überhaupt, sondern die Ermöglichung einer angemessenen Bestrafung der Sinn des § 2 ist.

DR. R. SCHÄFER, Berlin.

*

** 19. § 266 StGB. Wenn ein Notar Beträge, die er von Stempelschuldnern zur Versteigerung notarieller Urkunden erhalten hat, nicht fristgemäß hierzu verwendet, sondern für andere Zwecke ausgibt, so liegt darin allein noch keine Untreue.

Die Str.R. hat den angeklagten Rechtsanwalt und Notar der fortgesetzten Untreue schuldig befunden, weil er von Personen, in deren Auftrage er stempelpflichtige Notariatsakte (Verhandlungen, Ausfertigungen, Abschriften) angefertigt hatte, zur Begleichung der dafür geschuldeten Stempelbeträge in dem Jahre 1934 insgesamt etwa 200 R.M. und im Jahre 1935 zusammen etwa 135,50 R.M. eingefordert und erhalten, dann aber diese Gelder nicht zur Versteigerung der betr. Notariatsakte verwendet habe. Sie ist zu der Überzeugung gelangt, daß der Angekl. die angegebenen Summen vielmehr für irgendwelche persönlichen Zwecke verbraucht, zum Teil auch zur Verstempel-

¹⁾ Daß in dem betreffenden Fall der Unteroffizier sich selbst zur Ausübung der Fahrt erboten hatte, ist, wie sich aus den Urteilsgründen ohne weiteres ergibt, für die Entscheidung ohne Bedeutung gewesen.

lung älterer bis dahin unverstempelt gebliebener Urkunden verwendet hat, sei es, daß diese darum noch unverstempelt waren, weil die Stempelschuldner die Stempelbeträge an ihn nicht bezahlt hatten, sei es, weil er die richtig an ihn gezahlten Stempelbeträge für andere Zwecke verausgabte hatte. Der Angekl. hat sich damit verteidigt, daß er nach seinen Vermögens- und Einkommensverhältnissen jederzeit zur Beschaffung des fälligen Stempels imstande gewesen sei, daß er — zumal im letzten Jahre, in dem er ohne Angestellte gearbeitet habe — die Übersicht über die Geschäfte verloren habe, und daß die Besorgung der Stempelmarken für ihn bei der Abwesenheit seines Amts- und Wonsizes immer sehr umständlich gewesen sei. Er meint, daß der Fiskus durch sein Verhalten keinen Schaden erlitten habe; jedenfalls sei er sich, wenn das etwa doch zuträfe, dieser Tatsache nicht bewußt gewesen.

Der bisher festgestellte Sachverhalt trägt die Verurteilung wegen Untreue nicht. Richtig ist zwar, daß die Notare, obwohl sie nicht zu den im § 30 Abs. 1 PrStempStG. bezeichneten mit der Verwaltung des Stempelwesens betrauten Behörden zählen, bei der Erfüllung der ihnen durch § 15 Abs. 1 des genannten Gesetzes auferlegten Pflichten staatliche Vermögensinteressen wahrnehmen. Denn die ordnungsmäßige Entrichtung der geschuldeten Stempel trägt dazu bei, dem Staate die zur Durchführung seiner Aufgaben erforderlichen Geldmittel zur Verfügung zu stellen; es unterliegt auch keinem Zweifel, daß die Pflicht, bei der Berechnung und Einziehung des Stempels in der durch das PrStempStG. geregelten Weise mitzuwirken, den Notaren aus dem Grunde auferlegt worden ist, weil gerade ihre Betrauung mit dieser Aufgabe in besonderem Grade geeignet erschien, den gesetzmäßigen Eingang der Stempelgebühren in einer ebenso zuverlässigen wie für die Staatskasse wohlfeilen Art zu gewährleisten.

Daraus folgt aber nicht, daß der Notar, der den im einzelnen Falle von dem Stempelschuldner als Stempelgebühr eingeforderten und erhaltenen Geldbetrag für andere mit der Stempelbeschaffung nicht zusammenhängende persönliche Zwecke verwendet, wenn er die Verstempelung nicht alsbald aus anderen Mitteln vornimmt, schon dadurch eine Untreue begeht. Der Notar handelt bei der Einziehung des Stempelbetrages von dem Stempelschuldner zwar im Interesse des Staates, aber nicht als dessen Vertreter; die an ihn gezahlte Summe fließt mithin in sein Vermögen und nicht in das des Fiskus. Es steht ihm darum grundsätzlich frei, über sie nach seinem Belieben zu verfügen, sie insbes. auch zur Begleichung höchst persönlicher Ausgaben zu verwenden. Dadurch allein begeht er noch keine Pflichtwidrigkeit und ebensowenig wie eine Unterföhlung, eine Untreue. Eine solche liegt auch nicht ohne weiteres darin, daß er, obgleich er den von dem Stempelschuldner erforderten Stempelbetrag von jenem rechtzeitig erhalten hat, die Verstempelung der Urkunden nicht innerhalb der durch § 15 Abs. 1 StempStG. bestimmten Frist bewirkt. Das kann allerdings der Fall sein, ist es aber nicht notwendig. Unterläßt der Notar unter solchen Umständen die rechtzeitige Verstempelung, so ist zwar der eigentliche Stempelschuldner durch die an den Notar geleistete Zahlung des Stempelbetrages von seiner Schuld befreit (vgl. RGZ. 85, 341), dafür geht indessen die Haftung für den Stempel nach Maßgabe des § 13 Abs. 2 StempStG. auf den Notar über, auch kann in solchem Falle das Verhalten des Notars die Anwendung des § 19 StempStG. gegen ihn zur Folge haben. Um aber den Tatbestand der Untreue zu begründen, bedarf es des Zutretens noch anderer Umstände, insbes. einer nicht schon in der bloßen Verzögerung der Verstempelung enthaltenen Schädigung des Fiskus und in subjektiver Beziehung des hierauf gerichteten Vorsatzes. Es bedurfte daher der ausdrücklichen sorgfältigen Prüfung, ob diese Voraussetzungen im vorl. Falle gegeben sind. Angesichts der Tatsache, daß der Angekl. die ordnungsmäßige Verstempelung der Urkunden in dem durch das Urteil festgestellten Umfange trotz mehrfacher Erinnerung durch die zuständigen Stellen eine beträchtliche Zeit hindurch unterlassen hat, mögen allerdings bezüglich der äußeren Tatseite geringere Bedenken bestehen, wohl aber ist dies in bezug auf die Vorsätzlichkeit seines Tuns der Fall. Denn nach den Feststellungen des Urteils waren die Einkommens- und Vermögens-

verhältnisse des Angekl. während der Jahre 1934 und 1935 keineswegs schlecht, mag auch Bargeld bei ihm stets etwas knapp gewesen sein. Das Urteil gibt sein Vermögen für die hier fragliche Zeit auf etwa 20 000 RM, sein Einkommen schon allein aus seiner Praxis für das Jahr 1934 auf etwa 7100 RM und für das Jahr 1935 auf etwa 3500 RM an und erklärt, daß seinen laufenden Schulden von rund 2000 RM Außenstände von etwa 3000 RM gegenüberstanden, die freilich z.T. schwer einziehbar waren, weil eine nicht kleine Anzahl seiner Schuldner aus Landwirten bestand, die im Entschuldungsverfahren begriffen waren. Bei diesem Sachverhalt und dem Fehlen besonderer Umstände, die eine andere Beurteilung angezeigt erscheinen lassen, liegt die Annahme nahe, daß der Angekl. den geschuldeten Stempel, auch wenn er den zu dessen Begleichung von seinen Mandanten an ihn gezahlten Betrag anderweit verwendet hatte, in jedem Augenblick ohne sonderliche Schwierigkeit aufbringen konnte. Das würde aber dafür sprechen, daß der Angekl. das von ihm angewandte Verfahren nicht darum, weil es ihm an den erforderlichen Geldmitteln fehlte, sondern wie er selbst es darstellt, aus Gleichgültigkeit, Schwerfälligkeit und Mangel an Geschäftsübersicht eingeschlagen hat, daß ihm dagegen weder die Absicht noch die Vorstellung, den Fiskus dadurch zu schädigen, innewohnte.

Die Verurteilung wegen Untreue konnte hiernach nicht aufrechterhalten werden. Bei der neuen Verhandlung wird auch zu berücksichtigen sein, daß der Angekl., sofern er, wie er behauptet, aus den 1934 und 1935 eingezogenen Stempelbeträgen zu einem Teile ältere, bis dahin noch unverstempelte Urkunden verstempelt und hierdurch die in Betracht kommenden Beträge dem Fiskus zugewendet hat, insoweit eine Schädigung des Fiskus nicht wohl herbeigeführt noch auch gewollt haben kann.

(RG., 2. StrSen. v. 13. Juli 1936, 2 D 317/36.)

(= RGSt. 70, 321.)

*

20. Durch die Regelung des Vorfahrtsrechts im § 27 Abs. 1 RStRAFVerfD. wird die allgemeine Vorschrift des § 25 ebenda, wonach sich jeder Teilnehmer am öffentlichen Verkehr so zu verhalten hat, daß er keinen anderen schädigt oder mehr, als nach den Umständen unvermeidbar, behindert oder belästigt, keineswegs ausgeschlossen. Das Bestreben des Gesetzes, die Flüssigkeit des Verkehrs zu fördern, findet immer in dieser Vorschrift seine selbstgesteckte Grenze.

Die neuere Rspr. des RG. hat sich deshalb zwar grundsätzlich auf den Standpunkt gestellt, daß der Vorfahrtsberechtigte seine Fahrt ungehemmt über die Kreuzung fortsetzen darf und von vornherein nicht mit Verkehrswidrigkeiten des Vorfahrtsverpflichteten zu rechnen braucht, jedoch immer mit der Einschränkung, daß dies eben nur grundsätzlich gilt, wenn nicht im Einzelfall besondere Umstände vorliegen, die die allgemeine Regel ausschließen (so Entsch. des erf. Sen. 4 D 884/35 v. 25. VII. 1935 = JW. 1936, 450¹² und 4 D 877/35 v. 5. Nov. 1935 = JW. 1936, 454¹³, ferner des 2. StrSen. des RG., 2 D 421/35 v. 6. Juni 1935 = RdW. 1935, 262 Nr. 193 und 2 D 583/35 v. 9. Dez. 1935 = JW. 1936, 452¹⁰).

(RG., 4. StrSen. v. 22. Dez. 1936, 4 D 896/36.)

*

** 21. § 472 Abs. 1 RAbgD.; § 264 StPD. Die öffentliche Klage „wegen“ einer Steuerzuwiderhandlung ist dann als erhoben anzusehen, wenn der geschichtliche Vorgang, der den Gegenstand der Anklage bildet, diesen Gesichtspunkt umfaßt, einerlei, ob die Anklageschrift oder Eröffnungsbeschluß ihn nennen oder nicht. Der Begriff „Tat“ im § 472 Abs. 1 RAbgD. ist genau so aufzufassen, wie im § 264 StPD.

Der Angekl. wird beschuldigt, als Zollinspektor bei dem Hauptzollamt in D. „im Jahre 1930 gegen Entgelt für den Kaufmann F. Gerstenzollerstatungsanträge angefertigt zu haben,

und zwar mit, wie er wußte, unwarhen Angaben und gefälschten Belegen; es war ihm bekannt, daß F. diese Angaben der Zollbehörde einreichen würde". Die Anklageschrift — die keine Darstellung des Ermittlungsergebnisses enthält — und der Eröffnungsbeschluß sehen darin übereinstimmend nur den Vorwurf der Bestechung und führen als verletztes Strafgesetz nur den § 332 StGB. an. Die Strk. erörtert in dem angefochtenen Urteil die Tat zunächst unter diesem Gesichtspunkt, den sie aus rechtlichen Gründen für nicht gegeben hält, und fährt dann fort: „Eine Verurteilung wegen Teilnahme an einer Steuerhinterziehung konnte deswegen nicht erfolgen, weil nach Angabe des Zeugen F. der Betrag der für die Zollerstattung angemeldeten Gerstenverkäufe die Gesamtsumme der tatsächlich von F. vorgenommenen vielen kleinen Gerstenverkäufe nicht erreicht hat, dem Fiskus also kein Nachteil entstand.“

Die Strk. hat den Angekl. in der Hauptverhandlung nicht auf die Veränderung des rechtlichen Gesichtspunktes hingewiesen. Die Zollbehörde — die bei der Überfendung der Vorgänge an die StA. ausgeführt hatte, daß der Angekl. seines Vorteils wegen dem Kaufmann F. zur Erschleichung eines Steuervorteils Beihilfe geleistet habe — ist nicht zur Hauptverhandlung geladen worden; sie ist darin auch nicht vertreten gewesen.

Das Hauptzollamt in D. hat Rev. eingelegt und Verletzung sachlichen Rechtes und verfahrensrechtlicher Vorschriften gerügt. Erst daraufhin ist ihm das angefochtene Urteil zugestellt worden.

Es fragt sich zunächst, ob die Rev. zulässig ist.

Nach § 472 Abs. 1 RAbgD. hat das FinA. die Rechte eines Nebenklägers — und damit die Möglichkeit, ein Rechtsmittel einzulegen —, wenn die StA. „wegen einer Steuerzuidewandlung die öffentliche Klage“ erhebt. Der Ausdruck, den das Gesetz hier verwendet, ist mehrdeutig. Der 2. StrSen. des RG. hat in RGSt. 60, 39 (vgl. auch RGUr. v. 13. Febr. 1928, 2 D 30/28 = JW. 1928, 2259) — ohne nähere Begründung — ausgesprochen, die öffentliche Klage sei nur dann „wegen“ einer Steuerzuidewandlung erhoben, wenn in der Anklage „der rechtliche Gesichtspunkt der Steuerzuidewandlung geltend gemacht“ worden sei. Dem vermag sich der jetzt erf. Sen. nicht anzuschließen, weil diese Auslegung des § 472 Abs. 1 mit der Rspr. in Widerspruch steht, die das RG. zu der Frage nach dem Umfang der Rechtshängigkeit (und der Rechtskraft) entwickelt hat, und infolgedessen zu ungerechten Ergebnissen führt.

Gegenstand der Urteilsfindung ist nach § 264 StPD. „die in der Anklage bezeichnete Tat“, wie sie sich nach dem Ergebnis der Verhandlung darstellt. Nach feststehender Rspr. ist „Tat“ i. S. dieser Vorschrift nicht die „strafbare Handlung“ des sachlichen Strafrechtes, sondern der geschichtliche Vorgang, den die Anklage dem Gericht zur Beurteilung unterbreitet hat. Das Gericht hat, um die Anklage zu erschöpfen, die „Tat“ in diesem Sinne, also den geschichtlichen Vorgang, unter allen rechtlichen Gesichtspunkten zu würdigen, die dafür in Betracht kommen können, einerlei, ob die Anklageschrift oder der Eröffnungsbeschluß sie ausdrücklich hervorheben oder nicht, ob sie das Strafgesetz nennen, oder ob sie es anzuführen unterlassen haben; nötigenfalls hat das Gericht nach § 265 StPD. zu verfahren, wenn es die „Tat“ anders rechtlich würdigen will, als der Eröffnungsbeschluß getan hat.

Daß in dem hier gegebenen Falle die Steuerzuidewandlung Teil des geschichtlichen Vorganges ist, den Anklageschrift und Eröffnungsbeschluß übereinstimmend bezeichnen und zur gerichtlichen Beurteilung stellen, ist unzweifelhaft. Mit Recht ist daher die Strk. in ihrem Urteil auch auf diesen Gesichtspunkt eingegangen. Da die Steuerzuidewandlung Gegenstand der Beurteilung ist, würde sie — da die StA. ihre Rev. zurückgenommen hat — nicht mehr verfolgt werden können, wenn das angefochtene Urteil rechtskräftig und insbes. nicht mehr der Ansetzung durch die Steuerbehörde ausgesetzt wäre. Nach dem Standpunkte, den der 2. StrSen. in den erwähnten Entsch. vertreten hat, müßte die Steuerbehörde das hinnehmen, ohne dagegen noch etwas unternehmen zu können.

Der erf. Sen. kann sich nicht davon überzeugen, daß der Wortlaut der Vorschrift des § 472 Abs. 1 RAbgD. zu einer so

engen Auslegung nötigt. Nach Ansicht des Senats ist die öffentliche Klage „wegen“ einer Steuerzuidewandlung erhoben, wenn der geschichtliche Vorgang, der den Gegenstand der Anklage bildet, diesen Gesichtspunkt umfaßt, einerlei, ob Anklageschrift oder Eröffnungsbeschluß ihn nennen oder nicht. Es ist nicht analogig, den Begriff der „Tat“ im § 472 Abs. 1 RAbgD. anders aufzufassen, als in dem § 264 StPD. An die Entsch. des 2. StrSen., die die hier bekämpfte Rechtsanschauung vertreten, ist der erf. Sen. nicht gebunden, da sie vor dem 1. Sept. 1935 erlassen worden sind.

Daß sich für die Beteiligung der Finanzbehörden am Strafverfahren für die Zustellung der Urteile usw. aus dem hier vertretenen Standpunkt u. U. gewisse Schwierigkeiten ergeben können, verkennt der Sen. nicht. Sie dürfen aber nicht dazu führen, die Rechte einzuengen, die den Finanzbehörden in dem gerichtlichen Strafverfahren zustehen; die öffentlichen Belange, die diese Behörden wahrzunehmen haben, sind so weitgehend zu schützen, wie es eine vernünftige Auslegung des Gesetzes ermöglicht.

Hiernach ist die Rev. des Nebenkl. als zulässig zu behandeln. Sie ist auch begründet. (Wird näher ausgeführt.)

(RG., 3. StrSen. v. 17. Dez. 1936, 3 D 790/36.)

(= RGSt. 70, 396.)

Anmerkung: 1. Die Entsch. befaßt sich mit der Stellung des FinA. im gerichtlichen Strafverfahren (vgl. hierzu über die allgemeine Rechtslage Megow, „Strafverfahren“, Schriftenreihe der JW. Nr. 1, S. 48/49). Während die bisherige Rspr. (RGSt. 60, 39) verlangte, daß in der Anklage der rechtliche Gesichtspunkt der Steuerzuidewandlung hervorgehoben wird, ist der 3. Sen. in dem vorl. Urteil der Auffassung, daß bei der Auslegung nicht abzustellen ist auf die rechtliche Würdigung in der von der StA. erhobenen öffentlichen Klage, sondern auf den tatbestandlichen Inhalt der Anklage, also auf die in der Anklage bezeichnete Tat i. S. des § 264 StPD. Hieraus folgt, daß in allen Fällen, in denen Steuerzuidewandlungen vor die Gerichte kommen, das FinA. auf die Verfahren selbst einen maßgebenden Einfluß erlangt (vgl. „Strafverfahren“ a. a. O. S. 48).

Die Beteiligung des FinA. in einem gerichtlichen Strafverfahren kann also nicht durch eine unzutreffende rechtliche Würdigung seitens der StA. unmöglich gemacht werden.

2. Der Auslegung des 3. Sen. des RG. ist vornehmlich aus zwei Gesichtspunkten beizutreten, einmal: möglichste Vereinheitlichung der Auslegung materiell gleichartiger Verfahrensvorschriften in der RAbgD. und StPD. und zum anderen: grundsätzliche Anerkennung der wichtigen Aufgaben der Finanzbehörden bei der Verfolgung von Steuerzuidewandlungen. Jedenfalls hebt mit Recht das RG. hervor, daß diese öffentlichen Belange der Finanzbehörden nicht beeinträchtigt werden dürfen.

3. In den Urteilsgründen wird angedeutet, daß die vom RG. jetzt vorgenommene Auslegung gewisse Schwierigkeiten, z. B. bei der Frage der Beteiligung der Finanzbehörden im Strafverfahren für die Zustellung der Urteile usw., ergeben könnte. Diesen Schwierigkeiten kann von vornherein dadurch begegnet werden, daß in allen Fällen, in denen der Tatbestand dazu Veranlassung gibt, eine Steuerzuidewandlung anzunehmen, das FinA. als Nebenkläger geladen und zur Hauptverhandlung hinzugezogen wird (vgl. auch hier „Strafverfahren“ a. a. O. S. 48).

RM. Dr. Dr. Megow, Küstrin.

*
** 22. §§ 203, 207 StPD. Ein Eröffnungsbeschluß wird nicht dadurch gegenstandslos, daß ein weiterer Eröffnungsbeschluß ergeht, der die in dem ersten Beschluß als selbständige Taten gewerteten Fälle als Teil einer Fortsetzungstat ansieht.

Nach den in RGSt. 70, 342 den Gründen vorausgeschickten Ausführungen liegt dem Fall folgender Sachverhalt zugrunde: Nachdem die StA. wegen zweier Fälle der Untreue in Tateinheit mit Amtsunterschlagung beim SchöffG. Anklage er-

hoben und dieses am 23. Juli 1935 das Hauptverfahren eröffnet hatte, erhob die StA. auf Grund des Ergebnisses weiterer Ermittlung bei der Strk. Anklage wegen fortgesetzter Untreue und Amtsunterschlagung. Darauf wurde von der Strk. am 27. März 1936 antragsgemäß das Hauptverfahren eröffnet. In der Hauptverhandlung wurde, was von der Rev. später nicht gerügt wurde, nur der zweite Eröffnungsbeschuß verlesen, da die Strk. offenbar davon ausging, daß der zweite Eröffnungsbeschuß in dem „Fortsetzungszusammenhang“ auch die beiden im ersten Eröffnungsbeschuß bezeichneten Fälle umfasse und der erste Eröffnungsbeschuß durch den zweiten gegenstandslos geworden sei.

Das LG. hat den Angekl. freigesprochen, das RG. hat wie folgt erkannt:

Das Urteil des LG. wird, soweit das Verfahren auf dem Eröffnungsbeschuß vom 27. März 1936 beruht, nebst den ihm insoweit zugrunde liegenden Feststellungen aufgehoben; die Sache wird in diesem Umfang zur anderweiten Verhandlung und Entsch. an die Vorinstanz zurückverwiesen. Soweit das Verfahren auf dem Eröffnungsbeschl. v. 23. Juli 1935 beruht, wird die Rev. verworfen.

In den Gründen heißt es u. a.:

Daß es die Strk. unterlassen hat, den von ihr festgestellten Sachverhalt nach dieser (im Ur. näher ausgeführten) Richtung rechtlich zu würdigen, führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils, und zwar in vollem Umfang, soweit es auf dem Eröffnungsbeschl. v. 27. März 1936 beruht, der insoweit Fortsetzungszusammenhang angenommen hat. Unberührt von der Aufhebung bleiben nur die Fälle W. und Sch. Insoweit beruht das Verfahren auf dem Eröffnungsbeschl. vom 23. Juli 1935, der diese beiden Fälle als selbständige Taten würdigt. Dieser Eröffnungsbeschuß ist nicht etwa durch den Eröffnungsbeschl. v. 27. März 1936 und dadurch, daß die beiden Sachen stillschweigend miteinander verbunden worden sind, gegenstandslos geworden; er hat vielmehr seine Bedeutung als Grundlage für das Verfahren in den beiden genannten Fällen behalten. Da, wie schon gesagt, die Nachprüfung des angefochtenen Urteils bei diesen Fällen keinen Rechtsfehler ergibt, ist die Rev. insoweit zu verwerfen.

(RG., 3. StrSen. v. 9. Nov. 1936; 3 D 483/36.)

(= RGSt. 70, 342.)

*

** 23. § 267 StPD. Sind in einem Strafgesetz mehrere Tätigkeitsformen mit Strafe belegt, so muß aus dem Urteil hervorgehen, in welcher Form nach der Auffassung des Tatrichters der strafbare Tatbestand erfüllt ist.

Bei der rechtlichen Beurteilung wird im angefochtenen Urteil nur gesagt, das Gesamtverhalten des Angekl. stelle eine unzüchtige Handlung dar; die einzelnen Betätigungen des Angekl., der Hinweis auf den Fleck in der Hose des Knaben und auf den erregten (aber nicht entblößten) Geschlechtssteil, das Fassen an den nackten Oberschenkel des Jungen unter der Hose, der Kuß, den er dem Jungen gegeben hat, seien Handlungen, die das Scham- und Sittlichkeitsgefühl gröblich verletzen; es bestehe kein Zweifel, daß der Angekl. diese Handlungen in wolllüstiger Absicht begangen habe. Durch sein Verhalten habe er gleichzeitig dem Jungen gegenüber seine Mißachtung gezeigt und ihn dadurch beleidigt. Es ist aber nicht klar ersichtlich, welche der beiden Tätigkeitsformen des § 176 Nr. 3 StGB. die Strk. annehmen will, und wie sie die verschiedenen aufeinanderfolgenden Betätigungen des Angekl. beurteilt. Da der Eröffnungsbeschuß nur ein versuchtes Verbrechen nach § 176 Nr. 3 StGB. in der Form der Verleitung zur Verübung angenommen hatte, und die Anklageschrift die strafbare Verführung nach § 176 Nr. 3 StGB. nur in der Aufforderung an den Knaben, den erregten Geschlechtssteil des Angekl. anzusehen, findet, die anderen Betätigungen aber nur als Anzeichen für die wolllüstige Absicht des Angekl. heranzieht oder unter dem Gesichtspunkt der Beleidigung bewertet, so bestand für das LG. die Verpflichtung diese Abweichungen besonders zu begründen. Nach § 267 Abs. 1 StPD. müssen die Urteilsgründe neben der Darstellung des

Sachverhalts und neben der im Abs. 3 vorgeschriebenen Ausführung des Strafgesetzes bei allen nicht ganz einfach liegenden Fällen darlegen, in welchen festgestellten Tatsachen die gesetzlichen Merkmale der strafbaren Handlung gefunden werden, und es muß, wenn in demselben Strafgesetz mehrere Tätigkeitsformen mit Strafe belegt werden, ersichtlich sein, in welcher Form der strafbare Tatbestand nach Auffassung des Tatrichters erfüllt ist. Es hätte deshalb bei einzelnen der festgestellten Betätigungen, bei denen die Unzüchtigkeit der Handlung nicht ohne weiteres auf der Hand liegt, auch näherer Begründung hinsichtlich der Unzüchtigkeit bedurft. In dieser Beziehung wird auf die Ausführungen in RGSt. 67, 110, 170 = JW. 1933, 1260²⁰ und soweit nach dem Tatbestande die Tätigkeitsform der Verleitung zur Verübung unzüchtiger Handlungen und die strafbare Vollendung oder Versuch in Betracht kommt, auf die in den RGEntsch. v. 17. März 1936, 4 D 177/36 und v. 18. Juni 1936, 2 D 362/36: JW. 1936, 1677¹⁴ und 2555²³ angeführte Rspr. hingewiesen.

Der Tatbestand des § 176 Nr. 3 ist gegenüber der Beleidigung der engere, und deshalb schließt der § 176 Nr. 3 bei derselben Betätigung die Anwendung auch des § 185 StGB. aus (RGSt. 45, 344; 65, 337/38). Bei einem zusammenhängenden, aus mehreren kurz aufeinander folgenden Betätigungen bestehenden einheitlichen Tatbestand ist allerdings die Annahme einer Tateinheit dann möglich, wenn nicht alle einzelnen Betätigungen die Merkmale des § 176 Nr. 3 StGB. enthalten. Dann kann in den für den § 176 Nr. 3 ausschließenden Betätigungen eine in Tateinheit begangene Beleidigung gefunden werden (RGSt. 46, 301).

(RG., 2. StrSen. v. 24. Sept. 1936, 2 D 624/36.)

(= RGSt. 70, 332.)

Oberlandesgerichte: Zivilsachen

Berlin

24. §§ 1092, 874 BGB. Die Gestattung der Überlassung der Ausübung der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit an einen anderen als den Berechtigten gehört zum Inhalt der Dienstbarkeit; sie bedarf zur Wirkung gegenüber dem Grundstückseigentümer der Eintragung in das Grundbuch; es genügt jedoch insoweit eine Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung.

Im Grundbuch ist für die E.-Werte AktG. eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit unter Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung eingetragen. In der Bewilligung ist bestimmt, daß die Ausübung der Dienstbarkeit Dritten überlassen werden könne. Die E.-Werte verlangten die Ergänzung des Eintragsvermerks durch Aufnahme dieser Bestimmung in das Grundbuch. Der Antrag hatte keinen Erfolg.

Der wesentliche Inhalt einer Dienstbarkeit, d. h. die Art der den Gegenstand der Dienstbarkeit ausmachenden Benutzungsweise muß im Eintragsvermerk selbst gekennzeichnet werden. § 874 BGB. gestattet nur zur Bezeichnung des näheren Inhalts der Berechtigung eine Bezugnahme auf die Bewilligung. Rechtlich zu billigen ist auch der Standpunkt der Vorinstanzen, daß die in § 1092 Satz 2 BGB. zugelassene Gestattung der Überlassung der Ausübung der Dienstbarkeit überhaupt eintragungsfähig ist. Die Eintragungsfähigkeit folgt daraus, daß das Gesetz mit dieser Bestimmung den Ausschluß der Übertragbarkeit des Rechts selbst durch die Ermöglichung der Überlassung der Ausübung an einem anderen als den Berechtigten in der Wirkung abschwächt und deshalb mit dieser Bestimmung eine sachlich-rechtliche Regelung trifft (Staudinger¹⁹, Anm. 10 zu § 1092 BGB.). Da die Zulässigkeit der Gebrauchsüberlassung bei der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit nicht wie beim Nießbrauch unmittelbar durch das Gesetz bestimmt ist (§ 1059 Satz 2 BGB.), sondern einen Willensakt der Beteiligten, d. h. eine Einigung i. S. des § 873 BGB. voraussetzt, ist die Eintragung auch notwendig, um gegenüber Dritten, insbes. gegenüber dem jeweiligen Eigentümer des belasteten Grundstücks,

Wirksamkeit zu äußern. Ob die Eintragung durch unmittelbare Aufnahme in den Eintragungsvermerk zu erfolgen hat oder auch durch Bezugnahme auf die Bewilligung ersetzt werden kann, hängt davon ab, ob die Gestattung der Ausübungsüberlassung zum Inhalt des Rechts gehört, und, wenn dies zutrifft, ob sie einen für die Dienstbarkeit wesentlichen inhaltlichen Bestandteil bildet. Die erste Frage ist zu bejahen, die zweite zu verneinen. Inhalt eines dinglichen Rechts am Grundstück ist die Gesamtheit der sachlich-rechtlichen Befugnisse, die dem Berechtigten in bezug auf das Grundstück zustehen. Zum Inhalt eines Rechts gehört auch die Frage, ob und in welchem Umfang der Berechtigte über das Recht verfügen kann. Ausfluß dieses Verfügungsrechts ist die Übertragbarkeit des Rechts, d. h. die rechtliche Möglichkeit, die in dem Recht zusammengefaßten Befugnisse mit Wirkung gegenüber dem Eigentümer einem anderen weiter einzuräumen, daß dieser sie an Stelle des bisherigen Rechtsinhabers ausüben kann. Deshalb gehört auch der Ausschluß der Übertragbarkeit zum Inhalt des Rechts. Hinsichtlich der durch die beschränkte persönliche Dienstbarkeit für den Berechtigten begründeten sachlich-rechtlichen Befugnisse trifft das Gesetz in §§ 1092, 1018 BGB. nur die allgemeine Bestimmung, daß ein anderer als der Eigentümer berechtigt ist, das Grundstück in einzelnen Beziehungen zu benutzen oder daß ihm eine sonstige Befugnis zusteht, die den Inhalt einer Grunddienstbarkeit bilden kann, d. h. daß im Interesse des Berechtigten auf dem Grundstück bestimmte Handlungen nicht vorgenommen werden dürfen oder daß die Ausübung eines aus dem Eigentum fließenden Rechts ausgeschlossen ist. Die Übertragbarkeit der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit wird in § 1092 Satz 1 ausgeschlossen. Auch dieser Ausschluß der Übertragbarkeit gehört nach den vorstehenden Ausführungen zum Inhalt der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit. Da die in § 1092 Satz 2 zugelassene Gestattung der Überlassung der Ausübung an einen anderen nach Zweck und Wirkung nur eine Abschwächung — Milderung — des Ausschlusses der Übertragbarkeit und damit zugleich eine Erweiterung der sachlich-rechtlichen Befugnisse des Berechtigten enthält, gehört auch die bei Begründung der Dienstbarkeit oder später durch Einigung zwischen dem Eigentümer und dem Berechtigten begründete Möglichkeit der Ausübungsüberlassung zum Inhalt der Dienstbarkeit.

Ohne Rechtsirrtum haben ferner die Vorinstanzen angenommen, daß die Gestattung der Ausübungsüberlassung nicht zu den der Aufnahme in den Eintragungsvermerk selbst bedürftigen wesentlichen Inhaltsbestandteilen gehört. Die Gestattung der Ausübungsüberlassung ist vielmehr, wie im Vorstehenden ausgeführt ist, eine dem gesetzlichen Inhalt erweiternde Neben- (Zusatz-) Befugnis. Bei der in einem teilweisen Benutzungrecht bestehenden beschränkten persönlichen Dienstbarkeit bildet das wesentliche, unmittelbar in das Grundbuch aufzunehmende Merkmal die Art der eingeräumten Benutzungsbefugnisse; diese können dabei mit einem sie in ihrer Zusammenfassung kennzeichnenden einheitlichen Begriff bezeichnet werden, z. B. als Wegerecht, Wasserleitungsrecht u. dgl. (JW. 1936, 3477). Dessen Erfordernis genügt die vorl. Eintragung. Für alles übrige, d. h. die nähere Ausgestaltung des Benutzungrechts, wozu auch die Art der Ausübung gehört, genügt die Bezugnahme auf die Bewilligung. Zur Art der Ausübung gehört auch die Frage, von wem sie ausgeübt werden darf, mithin auch die Möglichkeit, sie einem anderen als dem Berechtigten zu überlassen.

Aus dem Umstand, daß die Überlassung der Ausübung der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit an einen anderen nicht wie beim Nießbrauch dem Berechtigten kraft Gesetzes zusteht, sondern einer besonderen dahingehenden Vereinbarung der Beteiligten bedarf, kann noch nicht gefolgert werden, daß die Gestattung ein nicht bezugnahmefähiger inhaltlicher Bestandteil des Rechts ist. Diese Bestimmung schafft nur die rechtliche Möglichkeit, den Inhalt der Dienstbarkeit abweichend von der aus der Nichtübertragbarkeit des Rechts folgenden Regel durch die Gestattung der Überlassung der Ausübung durch einen anderen zu erweitern; sie bildet nur den Grund für ihre Zulässigkeit, besagt aber nichts bzgl. der rechtlichen Bedeutung der Gestattung für den Inhalt der Dienstbarkeit.

(RG., 1. ZivSen., Beschl. v. 23. Dez. 1936, 1 Wx 616/36.) [5.]

25. § 6 der 3. Durchf. V. d. z. A. ErbhofG. (vgl. jetzt § 32 Abs. 1 Nr. 4 EGB. v. 21. Dez. 1936 [RGBl. I, 1069]). Das GBA. kann in der Regel davon ausgehen, daß Belastungen bis zur Höhe des Kaufgeldes in einem inneren Zusammenhang mit der Veräußerung stehen, gleichgültig, ob die Rechte für den Veräußerer oder für einen Dritten eingetragen werden sollen. Für Mehrbelastungen über den Betrag des Kaufgeldes hinaus hat das GBA. die Genehmigung des AnerbG. zu erfordern.

Die Erben des eingetragenen Eigentümers veräußerten das Grundstück an die Miterbin Frau B. Diese verpflichtete sich, drei Abfindungshypotheken für ihre drei Geschwister von je 2000 RM in das Grundbuch eintragen zu lassen. Sie beantragte, nachdem ein Bruder auf die Eintragung der Abfindungshypothek verzichtet hatte, die Eintragung zweier Abfindungshypotheken von zusammen 4000 RM und einer Darlehnshypothek von 3000 RM für ihren Ehemann; mit letzterer wollte sie das Geld zur Abfindung ihrer Geschwister sicherstellen. Da das Grundstück mit dem Erwerb durch Frau B. Erbhof wird, verlangte das GBA. die Genehmigung des AnerbG. Beschw. und weitere Beschw. hatten keinen Erfolg.

Als Zusammenhang i. S. des § 6 der 3. Durchf. V. d. z. A. ErbhofG. kann nicht ein rein zeitlicher Zusammenhang genügen dergestalt, daß der Erwerb das Grundstück bei Gelegenheit des Erwerbes belastet. Vielmehr muß nach dem Zweck dieser Vorschrift ein innerer Zusammenhang zwischen dem Erwerb und der Belastung erforderlich werden. Die 3. Durchf. V. wollte mit § 6 eine in Rspr. und Schrifttum streitig gewordene Frage entscheiden (vgl. Wöhrmann § 37 Anm. 12). Es sollte insbes. verhindert werden, daß ein einheitliches Rechtsgeschäft in zwei Teile, die Veräußerung und die Belastung insbes. mit Kaufgeldhypotheken, zerrissen und die Bildung von Erbhöfen erschwert werden würde. Von diesem Standpunkt aus ist ein Zusammenhang i. S. des § 6 dann anzunehmen, wenn der Erwerb, ohne seinem Veräußerer gegenüber vertragsuntreu zu werden, das Grundstück ohne die Belastung nicht erwerben kann (vgl. JFG. 14, 119 zu § 8 SchuldReglG.). Die Belastung wird ferner dann als genehmigungsfrei anzusehen sein, wenn der Erwerb ihre Eintragung vor der Erfüllung des Veräußerungsgeschäfts bewilligt, erkennbar zu dem Zweck, mit Hilfe der ihm dadurch zustehenden Mittel den Veräußerer zu befriedigen oder eine andere Hypothek abzulösen, die gleichzeitig gelöscht oder, wenn sie im Kaufvertrage vorgesehen, nicht eingetragen werden soll. Auch diese Auslegung ist noch mit dem Zweckgedanken des § 6 vereinbar, die Entstehung von Erbhöfen nicht zu hindern. Deshalb wird das GBA. in der Regel Belastungen bis zur Höhe des Kaufgeldes als in einem inneren Zusammenhange mit der Veräußerung stehend ansehen können. Hiernach bestehen keine Bedenken gegen die Belastung des Grundbesitzes mit insgesamt 6000 RM, gleichgültig ob diese für die Geschwister oder für den Ehemann der Erwerblerin eingetragen werden sollen.

Auch Hypotheken, die über die Höhe des Kaufgeldes hinaus das Grundstück belasten sollen, können u. U. in einem inneren Zusammenhang mit dem Erwerb stehen, etwa dann, wenn der Erwerb sich damit die zur Durchführung des Erwerbes weiter notwendigen Mittel verschaffen will, z. B. zur Bezahlung von Steuern und Kosten, zur Anschaffung des notwendigen Inventars oder zur Vornahme notwendiger Verbesserungen, ohne die er das Grundstück nicht bewirtschaften und deshalb auch nicht erwerben würde (vgl. Bergmann bei Vogels-Hopp, Rspr. in Erbhofachen, 3. Durchf. V. d. z. A., § 6, Anm. zu Nr. 2). Die Feststellung eines inneren Zusammenhanges macht in diesen Fällen ein Eingehen auf den wirtschaftlichen Zusammenhang notwendig, den aufzuklären dem GBA. im Eintragungs-Antragsverfahren die geeigneten Mittel fehlen. Ihm kann die Wirksamkeit der Eigentumsübertragung und der Belastung des Grundstücks daher nur durch eine Genehmigung des AnerbG. nachgewiesen werden, so daß das GBA. regelmäßig bei einer über das Kaufgeld hinausgehenden Neubelastung des Grundstücks die Genehmigung des AnerbG. zu verlangen haben wird. Das AnerbG. hat dann bei seiner Entsch. zu unterstellen, daß

die Genehmigung notwendig ist (vgl. *JFG.* 12, 332 = *JW.* 1935, 648¹).

Ob im einzelnen Falle das *GBL.* von dem Erfordernis der Genehmigung absehen kann, wenn die Beteiligten ihm den inneren Zusammenhang zwischen Veräußerung und Belastung schlüssig darlegen oder wenn dieser bei ihm offenkundig ist, mag dahingestellt bleiben. Im vorl. Falle haben die Vorinstanzen die Genehmigung des *AnerbG.* mit Recht erfordert. Die Erwerberin will über 6000 *RM* hinaus weitere 1000 *RM* Hypothek für ihren Ehemann eintragen lassen, um für alle Fälle die Mittel sicherzustellen, die sie in der nächsten Zeit zur Zahlung entsprechender Abfindungen an ihre Schwester Anna braucht. Ein innerer Zusammenhang zwischen dem Erwerb und dieser Mehrbelastung des Grundstückes könnte nur dann anerkannt werden, wenn ein ordnungsmäßig wirtschaftender Bauer den Erbhof ohne eine solche vorsorgende Sicherstellung der Ablösungsmittel nicht erwerben würde. Das vermag das *GBL.* mit den im Eintragungs-Antragsverfahren zulässigen Mitteln nicht zu prüfen. Die Möglichkeit einer Schädigung des Erbhofs wird nicht dadurch ausgeräumt, daß die Beteiligten den Notar unwiderruflich angewiesen haben, das von dem Ehemann *B.* bereits jetzt bei ihm hinterlegte Kapital an Anna *D.* zu zahlen, sobald deren Forderung fällig geworden ist, d. h. am 15. Aug. 1938 und am 1. Aug. 1939. Ob durch diese Maßnahme allein verhindert werden kann, daß im Endergebnis der Erbhof mit mehr als insgesamt 6000 *RM* belastet wird, braucht nicht erörtert zu werden; das *GBL.* hat mit Recht darauf hingewiesen, daß das Kapital in der Zwischenzeit von persönlichen Gläubigern gepfändet werden und deshalb später zur Abfindung der Schwester Anna nicht mehr zur Verfügung stehen könnte. Aber auch wenn solche Verwicklung nicht eintreten würde, wäre damit höchstens erreicht, daß der Erbhof im Endergebnis nur mit 6000 *RM* belastet bleibt. Es besteht aber die Möglichkeit, daß i. J. 1938 bzw. 1939 die Aufnahme neuen Kredits zur Ablösung der Hypothek nicht mehr notwendig sein wird und daß das *AnerbG.* in diesem Zeitpunkt die Ablösung nicht mehr genehmigen würde. Diese künftige Nachprüfung durch das *AnerbG.* kann die Erwerberin nicht dadurch umgehen, daß sie die Hypothek bereits heute eintragen läßt. Deshalb ist schon jetzt die Nachprüfung durch das *AnerbG.* notwendig. An diesem Ergebnis wird dadurch nichts geändert, daß die Nachprüfung, worauf die *BeschwF.* hinweist, auch auf anderem Wege umgangen werden könnte, etwa dadurch, daß die Hypothek bereits von den Veräußerern eingetragen wird oder daß später die Ablösung auf dem Wege der Abtretung von Anna *D.* an den Ehemann *B.* erfolgt. Es bleiben das Umgehungen des Gesetzes, die nicht in seinem Sinne liegen.

(*RG.*, 1. ZivSen., *Beschl.* v. 17. Dez. 1936, 1 Wx 557/36.)

[S.]

*

26. § 2 *GesellschAufsG.* v. 9. Okt. 1934 (*RGBl. I.* 914); §§ 1, 2 *PrGRG.*; § 81 Abs. 2 *KostD.* Die Löschung einer vermögenslosen Gesellschaft oder Genossenschaft auf Grund des *Ges.* vom 9. Okt. 1934 erfolgt wie nach neuem, so auch nach altem preussischen Kostenrecht gebühren- und auslagenfrei. Dies gilt auch dann, wenn die Anmeldung des Erlöschens der Firma hätte erzwungen werden können.

Die Löschung der Firma im Handelsregister ist nach dem klaren Wortlaut der Verfügung des Gerichts und der Eintragung auf Grund des § 2 *GesellschAufsG.* v. 9. Okt. 1934 erfolgt. Ob die Voraussetzungen dieses Gesetzes hier gegeben waren, unterliegt nicht der Nachprüfung im Kostenansatzverfahren; denn der Kostenrichter ist an die Rechtsansicht des Sachrichters gebunden. Hiernach hat der Senat lediglich darüber zu entscheiden, ob für eine Löschung auf Grund des genannten Gesetzes Kostenfreiheit besteht. Diese Frage ist zu bejahen. Das Gesetz selbst enthält zwar keine Bestimmungen über

die Kosten; die in seinem § 4 vorgesehenen Rechts- und Verwaltungsvorschriften zur Durchführung und Ergänzung sind bisher nicht ergangen. Hiernach ist die Frage der Kostenpflicht lediglich nach den Vorschriften des *PrGRG.* zu beurteilen. Dieses bestimmt in § 1, daß Kostenschuldner grundsätzlich der Antragsteller sowie bei von Amts wegen vorgenommenen Geschäften derjenige sei, dessen Interesse dabei wahrgenommen wird. Im vorl. Fall ist die Löschung auf Anregung und Antrag der Industrie- und Handelskammer erfolgt. Da es sich im Fall des § 2 *GesellschAufsG.* um ein auch von Amts wegen vorzunehmendes Geschäft handelt, ist die Antragstellung der Industrie- und Handelskammer kostenrechtlich unbeachtlich (*Wartischer-Drinnenberg-Wenz*, *Anm.* 1 Abs. 3 zu § 1 *PrGRG.*) und die Rechtslage so anzusehen, als ob die Löschung von Amts wegen erfolgt wäre. Demnach kommt eine Kostenschuld der Gesellschaft oder ihres Liquidators nur dann in Frage, wenn die Löschung im Interesse der Gesellschaft erfolgt ist, dagegen nicht, wenn sie im öffentlichen Interesse erfolgt ist. Letzteres ist aber bei der Löschung auf Grund des *GesellschAufsG.* der Fall; denn die Öffentlichkeit hat ein erhebliches Interesse daran, daß vermögenslose Gesellschaften, die nur noch dem Namen nach existieren, aufgelöst und gelöscht werden, da das Schein-dasein, das solche Unternehmungen führen, eine nicht zu unterschätzende Gefahr für den Rechtsverkehr bedeutet; im übrigen aber ist auch die Löschung solcher Firmen im Interesse der Bereinigung des Handelsregisters geboten (vgl. *Pfundtner-Neubert*, *Das Neue Deutsche Reichsrecht II* 31, *Ges.* v. 9. Okt. 1934 *Einf.* und § 2 *Anm.* 1). Demnach ist dann aber auch eine auf Grund dieses Gesetzes erfolgende Löschung mangels einer gegenteiligen Bestimmung gebühren- und auslagenfrei. Hiermit stimmt auch die Regelung überein, die die *KostD.* für die nach ihrem Inkrafttreten auf Grund des *GesellschAufsG.* erfolgten Löschungen getroffen hat; denn hiernach sind für derartige Löschungen weder Gebühren (§ 81 Abs. 2 *KostD.*) noch Auslagen (*Zonas-Melshheimer*, *KostD.*, § 81, *Anm.* II 4) zu erheben.

Hier ist nun zwar die Rechtslage deswegen eine besondere, weil sich die Gesellschaft bereits in Liquidation befunden hat und demnach der Liquidator gem. § 302 *HGB.* die Verpflichtung hatte, nach Beendigung der Liquidation und Legung der Schlußrechnung das Erlöschen der Gesellschafts-firma zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden und hierzu auch gem. § 14 *HGB.* durch Ordnungsstrafen angehalten werden konnte. Trotzdem vermag dieser Umstand hier im Gegensatz zu dem in dem *Beschl.* 1 a Wx 1332/35 (*JWBl.* 1936, 177) behandelten Fall eine Kostenschuld des Liquidators nicht zu begründen; denn dort handelte es sich um eine Löschung, die nur auf Antrag erfolgen durfte, die aber trotzdem ohne ordnungsmäßige Anmeldung von Amts wegen erfolgt war, während im vorl. Falle das Registergericht die Wahl hatte, entweder eine ordnungsmäßige Anmeldung zu erzwingen oder die Löschung auf Grund des *GesellschAufsG.* von Amts wegen vorzunehmen. Wählte es diesen zweiten Weg, so nahm es die Löschung nicht im Interesse des zur Anmeldung Verpflichteten, sondern im öffentlichen Interesse vor; dies hat dann aber zur Folge, daß die Löschung, wie dargelegt, Gebühren- und Auslagenfreiheit genießt. Auch die Erwägung, daß das Gericht ebensogut den anderen Weg hätte wählen können und daß der Liquidator in diesem Falle die Kosten hätte zahlen müssen, vermag nicht zu einer abweichenden Beurteilung zu führen; denn selbst wenn man den Liquidator um den erparten Kostenbetrag als bereichert ansehen sollte, besteht trotzdem für ihn keine Kostenschuld nach Maßgabe der Kostengesetze, worüber allein in dem vorl. Verfahren aus 26 *PrGRG.* zu entscheiden ist; denn das *PrGRG.* kennt, wie der Senat bereits in dem zum Abdruck bestimmten *Beschl.* 1 a Wx 1681/36 ausgesprochen hat, keine Bestimmung des Inhalts, daß im Einzelfall eine Kostenhaftung dann gegeben sei, wenn andernfalls der Kostenschuldner einen nicht gerechtfertigten Vermögensvorteil aus anderen Gründen erlangen würde.

(*RG.*, ZivSen. 1 a, *Beschl.* v. 13. Nov. 1936, 1 a Wx 1818/36.)

*

¹ Vgl. jetzt § 66 Abs. 2 *Erbhofverfahrensordnung* v. 21. Dez. 1936 (*RGBl. I.* 1082).

Dresden

27. Die Übertragung des Gewerbebetriebs eines überschuldeten Schuldners auf seine Ehefrau ist in der Regel nicht als sittenwidrig (§ 826 BGB.) anzusehen, wenn damit die Absicht verfolgt wird, den zu einer bescheidenen Lebensführung notwendigen Unterhalt für den Schuldner und seine Familie sicherzustellen.†)

Die Berufung der Kl. kann keinen Erfolg haben.

In einzelnen gerichtlichen Entsch. ist allerdings neuerdings der Standpunkt vertreten worden, daß in der Übertragung des Geschäfts vom Mann auf die Frau in jedem Fall dann ein Verstoß gegen die guten Sitten erblickt werden müsse, wenn das Geschäft zu dem Zwecke übertragen wird, die Erträge vor dem Zugriff der Gläubiger des Mannes sicherzustellen (vgl. die von der Kl. angeführten Entsch. des OLG. Köln: DZ. 1935, 1194 und des OLG. Rudolstadt: JW. 1935, 2763). Dieser Ansicht, die sich bewußt in Widerspruch mit der ständigen Rspr. des RG. setzt (vgl. RG. Komm., 8. Aufl., Anm. 5 c zu § 826 BGB. und RGZ. 81, 41 ff. = JW. 1913, 198), ist jedoch nicht beizutreten. Es trifft allerdings zu, daß für die Beurteilung der Frage, ob eine Handlung gegen die guten Sitten verstößt, seit dem Umbruch allein das durch die nationalsozialistische Weltanschauung geläuterte Volksempfinden maßgebend sein kann. Nach diesem Maßstab ist auch eine solche Handlung zu beurteilen, die zwar schon in der Zeit vor der Machtergreifung der Nationalsozialistischen Deutschen Arbeiter-Partei vorgenommen worden ist, die aber auch noch heute Wirkungen äußert. Auch nach der heutigen Auffassung des Staats- und Wirtschaftslebens und nach dem heute herrschenden deutschen Volksbewußtsein ist jedoch eine Geschäftsübertragung vom Mann auf die Frau zu dem Zweck, die Erträge des Geschäfts dem Zugriff der Gläubiger des Mannes zu entziehen, nicht ohne weiteres als ein Verstoß gegen die guten Sitten anzusehen.

Nach der grundlegenden und allgemein gebilligten Entsch. des RG. (RGZ. 150, 1 = JW. 1936, 1281¹ m. Anm.) ist ein Tun nur dann als unsittlich i. S. der §§ 138 und 826 BGB. anzusehen, wenn es nach seiner Gesamtgestaltung dem gesunden Volksempfinden und den Belangen der Volksgemeinschaft widerstreitet, wobei alle Umstände, die dem Tun seine Färbung geben, insbes. auch die Sinnesart, die Beweggründe und die Ziele der Beteiligten, in Betracht zu ziehen sind. Wendet man diese Grundsätze auf den vorl. Fall an, so kann darin, daß der Bekl. unter 2 sein Malergeschäft i. F. 1932 auf seine Frau übertragen, und daß sich die Bekl. unter 1 mit der Führung des Geschäfts unter ihrem Namen einverstanden erklärt hat und weiter darin, daß sie auch heute noch das Geschäft in ihrem Namen durch ihren Mann betreiben läßt, noch kein unsittliches Verhalten i. S. des § 826 BGB. gefunden werden.

Der Geschäftsbetrieb des Bekl. unter 2 war in den Jahren 1931 und 1932 infolge der Verschlechterung der allgemeinen wirtschaftlichen Verhältnisse ohne Schuld des Bekl. unter 2 ständig zurückgegangen. Hierbei war der Bekl. unter 2, ein Handwerksmeister, der sich allgemeiner Achtung erfreut hat, zum gerichtlichen Sachverständigen bestellt gewesen ist und fast zwölf Jahre lang das Amt eines Obermeisters in der Malerinnung bekleidet hat, unter eine erdrückende Schuldenlast geraten. Die Vollstreckungsmaßnahmen seiner Gläubiger (insbes. die Pfändung ihm anfallender Werklohnforderungen) führten schließlich dazu, daß er aus dem Ertrag des Geschäfts nicht mehr den notwendigen Unterhalt für sich und seine Familie zu bestreiten vermochte. Seine Bemühungen, mit seinen Gläubigern zu einem gütlichen Abkommen zu gelangen, durch das ihm wenigstens die notwendigsten Daseinsmittel belassen worden wären, waren erfolglos. Er sah sich daher außerstande, den Geschäftsbetrieb in der bisherigen Weise fortzuführen, und in die Notwendigkeit versetzt, seinen Gewerbebetrieb aufzugeben und sich aus öffentlichen Mitteln unterstützen zu lassen. Nunmehr entschloß sich die Bekl. unter 1, im Einverständnis mit ihrem Mann, ihrerseits das Malergewerbe bei der Gewerbepolizei anzumelden und das Geschäft auf ihren Namen durch ihren Mann (als Gehilfen) betreiben zu lassen, weil sie mit ihrer Familie nicht der öffent-

lichen Armenfürsorge anheimfallen wollte. Greifbare Vermögenswerte irgendwelcher Art hat die Bekl. unter 1 von ihrem Mann nicht übertragen erhalten. Ein Grundstück und die gesamte pfändbare bewegliche Habe des Bekl. unter 2 sind zur zwangsweisen Versteigerung gekommen; der Erlös ist seinen Gläubigern zugute gekommen. Der Bekl. unter 2 hat den Offenbarungseid geleistet. (Alle diese Feststellungen beruhen auf den glaubhaften Angaben der Bekl. bei ihrer Vernehmung vor dem OLG.). Das jetzt von der Bekl. unter 1 — im wesentlichen nur mit Bankvorhüssen — betriebene Malergeschäft hat bisher nicht mehr erbracht und erbringt auch jetzt nicht mehr, als zum Unterhalt der beiden Bekl. und ihres Kindes bei einer bescheidenen Lebensführung unbedingt erforderlich ist.

Bei dieser Sachlage kann nicht gesagt werden, daß die Bekl. bei ihrem von der Kl. beanstandeten Tun eine verwerfliche Gesinnung gezeigt hätten oder daß die Beweggründe, von denen sie sich haben leiten lassen, gemißbilligt werden müßten, so daß die Bekl. die Mißachtung aller redlichen Volksgenossen verdienten. Gerade auch bei Berücksichtigung der Grundgedanken und Zielstrebtungen des Nationalsozialismus, insbes. bei Berücksichtigung der nationalsozialistischen Wirtschaftsgesinnung, erscheint eine solche Beurteilung des Verhaltens der Bekl. nicht gerechtfertigt.

Gewiß ist die Sicherheit des rechtsgeschäftlichen Verkehrs eine wesentliche Vorbedingung für das Gedeihen des Volksganges, so daß vom Schuldner mehr denn je gefordert werden muß, daß er sich redlich bemüht, geschlossene Verträge zu erfüllen. Es ist auch dem OLG. Rudolstadt (a. a. O.) zuzugeben, daß der Nationalsozialismus jedem ordentlichen Kaufmann (wie übrigens jedem Volksgenossen) „eine unbedingte Makellosigkeit der inneren Haltung und dementsprechend nach außen eine kompromißlose Ehrlichkeit, Wahrhaftigkeit und Lauterkeit“ zur Pflicht macht. Die Volksgemeinschaft legt aber, soweit es sich um die Erfüllung eines Vertragsverhältnisses handelt, nicht nur dem Schuldner, sondern auch dem Gläubiger Verpflichtungen auf. Der Nationalsozialismus wird vom Grundgedanken des Gemeinsinns beherrscht. Dieser Gedanke gibt dem echten Sozialismus die Prägung (vgl. Feder, „Das Programm der NSDAP. und seine weltanschaulichen Grundgedanken“, 1936, S. 25). Das allgemeine Wohl ist oberstes Gesetz (vgl. Feder a. a. O. S. 32 und Hauptleitgedanke des Programms der NSDAP. „Gemeinnutz geht vor Eigennutz“). Der Gläubiger darf daher seine Augen nicht vor der Not des Schuldners verschließen, er ist vielmehr nach nationalsozialistischer Auffassung gehalten, auf die mißliche Lage seines Schuldners Rücksicht zu nehmen, falls dieser sich nicht aus Böswilligkeit seinen Verpflichtungen entziehen will. Nach den Grundsätzen wirklicher Volksgemeinschaft und wahrer sozialer Gerechtigkeit muß dem Schuldner wenigstens vom Ertrag seiner Arbeit so viel vom Gläubiger belassen werden, daß er seine notwendigen Lebensbedürfnisse befriedigen kann und nicht zum Schaden der Allgemeinheit aus dem Arbeitsgang ausscheiden und öffentliche Armenfürsorge in Anspruch nehmen muß. Deshalb hat auch der nationalsozialistische Gesetzgeber den Pfändungsschutz für Arbeitsentgelt erweitert und ihn durch das Gesetz zur Änderung von Vorschriften über die Zwangsvollstreckung v. 24. Okt. 1934 (RGBl. I Nr. 121) auch auf Vergütungsansprüche für persönlich geleistete Arbeiten und Dienste der in freien und halbfreien Berufen tätigen Personen, also auch der Handwerker, ausgedehnt (vgl. den neu eingeführten § 850 e ZPO.). Haben sich die Gläubiger der Notlage ihres unverschuldeterweise in Schulden geratenen Schuldners verschlossen, so kann es ihm nicht als eine unsittliche Handlung ausgelegt werden, wenn er (wenigstens zu einer Zeit, wo das Gesetz v. 24. Okt. 1934 noch nicht in Kraft war) im Rahmen der bestehenden Gesetze zur Selbsthilfe gegriffen und versucht hat, sich die Früchte seiner ehrlichen Arbeit insoweit zu sichern, als sie für ihn und seine Familie bei einer bescheidenen Lebensführung zum Unterhalt notwendig waren. Zum mindesten in diesem Umfang behält der vom RG.: RGZ. 69, 59 ff. = JW. 1908, 308²⁰ und RGZ. 81, 45 = JW. 1913, 198 und auch sonst noch wiederholt ausgesprochene Grundsatz nach wie vor seine Geltung, daß vom Schuldner nicht gefordert werden könne, seine Arbeitskraft zugunsten seiner Gläubiger derart zu verwerten, daß sie sich zum Zwecke ihrer Befriedigung an die Gegenleistung

für seine Arbeit halten können. Von diesem Grundsatz abzugehen, besteht um so weniger Anlaß, als einer mißbräuchlichen Ausnutzung der dem Schuldner hierbei zugestandenen Freiheit durch die neuere Gesetzgebung in Art. 3 des Ges. zur Änderung von Vorschriften über die Zwangsvollstreckung v. 24. Okt. 1934 durch Einführung der neuen §§ 850 c und d ZPO. ein Kiegel vorgehoben worden ist. Auch das Festhalten der Befl. an der im Jahre 1932 getroffenen Regelung auch noch nach Inkrafttreten des Ges. v. 24. Okt. 1934 kann noch nicht ohne weiteres als ein Verstoß gegen die guten Sitten angesehen werden; zumal nach dem festgestellten Sachverhalt angenommen werden muß, daß der Kl. mit Rücksicht auf die Pfändungsbeschränkungen in § 850 e ZPO. ein Schaden dadurch nicht erwachsen ist, daß die Befl. unter 1 auch noch nach dem Inkrafttreten dieses Gesetzes das Geschäft in ihrem Namen weiterbetrieben hat.

(OLG. Dresden, 14. Zivilsen., Art. v. 17. Dez. 1936, 14 U 160/36.)

Anmerkung: Die Entsch. scheint mir verfehlt.

1. Das Werturteil, der Schuldner sei nicht verpflichtet, seine Arbeitskraft in einer Weise zu verwerten, die einen Zugriff seiner Gläubiger ermöglicht, entspricht zwar der bisherigen ständigen Rspr. des RG. und RArbG. (vgl. RArbG. vom 4. Juli 1934: ArbRSamml. 21, 159 m. Anm. von Hueck und RArbG. Düsseldorf v. 24. Mai 1935: ArbRSamml. 24, 125 m. Anm. von Volkmar).

Aber dieser Grundsatz ist durchaus ein Ausfluß einer von liberalistischen und eigenjüchtigen Gesichtspunkten ausgehenden Rechtsbetrachtung. Das bleibt auch wahr, wenn man ihn durch die Einschränkung mildert, daß ein Lohnschiebungsvertrag mit Dritten nur dann nicht zu beanstanden sei, wenn der an die Familienangehörigen zu zahlende Teil des Dienstlohnes zusätzlich der dem Dienstpflichtigen selber geschuldeten Vergütung nicht das Maß dessen übersteige, was zu einer bescheidenen, dem Stande entsprechenden Lebensführung erforderlich sei.

Auch mit dieser Einschränkung bleibt die sittliche Einwandfreiheit einer Anschauung fraglich, die dem Schuldner gestattet, zum Nachteil seiner Gläubiger formelle rechtliche Möglichkeiten so zu verwerten, daß er über die Pfändungsgrenzen hinaus sich und seiner Familie eine standesgemäße bescheidende Lebenshaltung sichert, selbst wenn seine Gläubiger dadurch in Not geraten sollten.

Das Ges. v. 24. Okt. 1934, das den § 850 ZPO. umgestaltet hat, hat durch die zufälligen Bestimmungen der §§ 850 c und 850 d deutlich über die Moralität derartiger Vereinbarungen den Stab gebrochen.

2. Nicht minder verstoßt es m. E. wider das gesunde Volksempfinden, wenn ein Schuldner sich bestehenden Verpflichtungen dadurch zu entziehen versucht, daß er sein Erwerbsgeschäft auf seine Ehefrau überträgt, und zwar auch dann, wenn diese Übertragung nach außen hin in die Form der Eröffnung eines neuen Geschäftes gekleidet wird.

Die im obigen Urteil angezogenen Entsch. des OLG. Köln (DZ. 1935, 1194) und des OLG. Rudolstadt (ZB. 1935, 2763) treffen durchaus das richtige, wenn sie die Sittenwidrigkeit einer derartigen Geschäftschiebung bejahen.

Was das OLG. Dresden dagegen vorbringt, vermag nicht zu überzeugen.

a) Wenn es sich auf die ständige Rspr. des RG. und die 8. Auflage des RGRKomm. (§ 826 Anm. 5 c) beruft, so beruht diese Rspr. eben auf einer heute überholten Grundanschauung. Der Bearbeiter des betr. Teiles des RGRKomm., SenPräf. Degg, hatte noch keine Gelegenheit, zum Gesetz v. 24. Okt. 1934 Stellung zu nehmen. Es muß bezweifelt werden, ob er sonst die RGEntsch.: RGZ. 67, 169 kritiklos wiedergegeben hätte, die es als keinen Sittenverstoß bezeichnet, wenn ein Schuldner sein Geschäft auf seine Ehefrau überträgt und ihr in dem Geschäft seine Dienste unentgeltlich zu widmen sich verpflichtet.

b) Wenn das obige Urteil im Anschluß daran feststellt, eine solche Geschäftsübertragung sei nicht ohne weiteres sittenwidrig, so kann man dem beistimmen. Denn immer hängt das Urteil über die Sittenwidrigkeit einer Handlung von den Umständen des Einzelfalles ab.

Mit der Berufung auf diese Wahrheit kann man sich aber

der Stellungnahme nicht entziehen, ob man den Versuch des Schuldners, sich seinen bestehenden Verpflichtungen zu entziehen, indem er formell rechtliche Möglichkeiten ausnutzt, grundsätzlich als einwandfrei oder bedenklich ansehen will. Je nach dieser Grundeinstellung wird man geneigt sein, alle derartigen Maßnahmen des Schuldners in einem milderen beschönigenden Lichte zu sehen oder strenger zu bewerten.

Ich persönlich neige zur strengeren Auffassung. Wenn es sich um gewöhnliche Forderungen handelt, stehen sich zwar unmittelbar nur Interessen von Einzelpersonen gegenüber, die Allgemeinheit ist nicht unmittelbar beteiligt. Auch hier verlangt aber das Allgemeininteresse an der Wahrung eines lautereren und anständigen Geschäftsverkehrs, daß der Schuldner bei seinen rechtswirksam begründeten Verbindlichkeiten stehenbleibt und sich ihnen nicht auf Schleichwegen entzieht.

Das OLG. Dresden ist offenbar Anhänger der dem Schuldner günstigeren Grundauffassung. Denn es trägt alles zusammen, was in unserem Falle die Schiebung in mildem Lichte erscheinen lassen kann, nämlich daß der Schuldner sich als Handwerksmeister allgemeiner Achtung erweist, ja sogar gerichtlicher Sachverständiger und Innungsoberrichter gewesen sei, daß er ohne Schuld infolge der Verschlechterung der allgemeinen wirtschaftlichen Verhältnisse in drückende Schuldenlast geraten sei und infolgedessen aus dem Ertrag seines Geschäftes den notwendigen Unterhalt nicht mehr habe bestreiten können, daß ferner seine Bemühungen, mit den Gläubigern zu einem gütlichen Abkommen zu gelangen, erfolglos geblieben seien, so daß er nur die Wahl gehabt habe, seinen Gewerbebetrieb aufzugeben und der öffentlichen Fürsorge anheimzufallen oder die Geschäftsübertragung auf seine Frau vorzunehmen.

Daraus wird unter Berufung auf den bekannten Beschluß des Großen Senats des RG. (RGZ. 150, 1 = ZB. 1936, 1281 m. Anm.), der die subjektive Seite beim Sittenverstoß stark betont, gefolgert, daß der Schuldner und seine Ehefrau weder eine verwerfliche Gesinnung gezeigt hätten, noch sich von Beweggründen hätten leiten lassen, die die Mißbilligung aller redlichen Volksgenossen verdienen.

Diese genaue Würdigung der milderen Umstände würde mehr Eindruck machen, wenn nun auch die gegen die Zulässigkeit einer derartigen Geschäftsübertragung sprechenden konkreten Tatsachen mit gleicher Sorgfalt abgemogen würden.

Das geschieht aber nicht, sondern es folgen in den Gründen allgemeine Ausführungen über die richtige nationalsozialistische Wirtschaftsgesinnung und die Grundsätze wirklicher Volksgemeinschaft. Danach sollen die Gläubiger gehalten sein, dem Schuldner wenigstens so viel vom Ertrag seiner Arbeit zu belassen, daß er seine notwendigen Lebensbedürfnisse befriedigen könne und nicht zum Schaden der Allgemeinheit aus dem Arbeitsgang ausfalle und öffentliche Armenfürsorge in Anspruch nehmen müsse.

Dabei wird aber zunächst ignoriert, daß die neue nationalsozialistische Gesetzgebung durch Erweiterung der Pfändungsgrenze das Existenzminimum des Schuldners soweit sichergestellt hat, als das ihr angemessen erscheint.

Das Problem ist also gar nicht dahin zu stellen, ob man im Interesse des unverschuldet in Not geratenen Schuldners die Sicherung seiner Existenzgrundlage anerkennen soll, sondern wie weit man dieses Interesse anerkennen soll, ob es auch über die Pfändungsgrenze hinaus Anerkennung verdient.

Wenn man mit der Verwirklichung der allgemeinen Grundsätze des obigen Urteils Ernst machen wollte, dürfte ein Konkursverfahren nur mehr bei verschuldetem Vermögensverfall stattfinden. Ebenso wären die neuen Bestimmungen über die Lohnschiebung (§ 850 e ZPO.) und unentgeltliche Dienste (§ 850 d ZPO.) auf die Fälle eines verschuldeten Vermögensverfalls zu beschränken, obwohl sie von dieser Einschränkung nichts wissen.

Davon kann natürlich keine Rede sein. Angesichts der Erweiterung des Pfändungsschutzes (vgl. § 850 e ZPO.) beweisen

die Vorschriften der §§ 850 c und d ZPO. m. E. deutlich, daß die nationalsozialistische Gesetzgebung die Versuche des Schuldners mißbilligt, sich über die weitherziger gesteckte Pfändungsgrenze hinaus auf Schleichwegen seinen Verpflichtungen zu entziehen.

Was die subjektive Seite des Sittenverstößes angeht, so verlangt das Urteil des Großen Senats des RG.: RGZ. 150, 6 = JW. 1936, 1281¹ m. Ann. die Feststellung einer verwerflichen Gesinnung nur bei den Geschäften, bei denen Leistung und Gegenleistung in auffälligem Mißverhältnis zueinander stehen; es hat also für unseren Fall keine Bedeutung. Es gibt eine große Anzahl unfittlicher Geschäfte, die rein wegen ihres objektiven Inhalts vom gesunden Volksbewußtsein beanstandet werden.

Wieder andere verstößen gerade wegen der Zwecke, die mit ihnen verfolgt werden, wider das gesunde Volksbewußtsein, und dazu gehören m. E. die Gehalts- und die Geschäftsbauung. Bei einem derartigen Geschäft ist es vollkommen gleichgültig, ob der Schuldner sich des Sittenverstößes bewußt geworden ist. Es genügt, daß er sich grobfahrlässig der Erkenntnis der Umstände entzogen hat, die sein Verhalten mit dem gesunden Volksbewußtsein in Widerspruch setzen.

c) Das obige Urteil geht freilich am Schluß auch auf die §§ 850 c und d ZPO. ein, benützt diese Bestimmungen aber zu einem Umkehrschluß und folgert aus ihnen, daß die Freiheit des Schuldners, sich seinen Gläubigern zu entziehen, nur soweit eingeschränkt worden sei, als diese Bestimmungen der mißbräuchlichen Ausnutzung der schuldnerischen Freiheit einen Niegel vorgeschoben hätten. Das scheint mir das Mußter eines unzulässigen Umkehrschlusses zu sein.

d) Von allen Gesichtspunkten, die das Urteil heranzieht, könnte in meinen Augen nur der eine von Bedeutung sein, daß die Gläubiger sich der Notlage ihres unverschuldet in eine Überschuldung geratenen Schuldners 1932 in einer Weise verschlossen hätten, die nach dem Vollstreckungsmißbrauchsgefeß v. 13. Dez. 1934 heute als mißbräuchlich zu bezeichnen wäre.

In diesem Rahmen könnte man allenfalls das Recht des Schuldners, zur Selbsthilfe zu greifen, verteidigen.

Da aber auch hier das Urteil keinerlei Ansätze macht, im konkreten Fall eine mißbräuchliche Rechtsverfolgung durch die Gläubiger festzustellen, sondern sich auf die allgemeine hypothetische Bemerkung beschränkt („haben sich die Gläubiger der Notlage ihres unverschuldeterweise in Schulden geratenen Schuldners verschlossen, usw.“), legt man es mit dem unbehaglichen Empfinden beiseite, daß eine vom nationalsozialistischen Gesetzgeber vorsichtig ausbalancierte Diagonale zwischen Gläubiger- und Schuldnerinteressen unter Mißachtung der Anforderungen an einen lautereren und anständigen Geschäftsverkehr zu Gunsten des Schuldners verschoben werden soll.

Prof. Dr. Heinrich Lehmann, Köln.

Preussisches Oberverwaltungsgericht

28. § 45 FluchtG. Es ist — vorbehaltlich entgegenstehender Bestimmungen des Ortsrechts — ausschließlich in das Ermessen der Gemeinde gestellt, ob sie von dem Recht der Abschneidung eines Straßenausbauens im Wege der Abschnittsbildung oder Kostenspaltung Gebrauch machen will. Ist ein solcher Wille nicht klar erkennbar, muß angenommen werden, daß die Gemeinde mit der Heranziehung der Anlieger, wie dies die Regel bildet, bis zur Fertigstellung der ganzen Straße warten will. †)

Die Anlieger einer Straße können von der Gemeinde zu den Kosten des Straßenausbauens, abgesehen von den sonstigen in § 15 FluchtG. festgesetzten Voraussetzungen, grundsätzlich erst dann herangezogen werden, wenn die Straße in ihrem ganzen Umfang und allen ihren Teileinrichtungen dem Bauprogramm der Gemeinde entsprechend vollständig fertiggestellt ist. Gesetz und Rspr. lassen zwar eine frühere Heranziehung zu, und zwar

sowohl bei beendetem Ausbau eines Teiles einer Straße im Wege der Abschnittsbildung als auch nach Fertigstellung gewisser Teileinrichtungen der Straßenanlage im Wege der Kostenspaltung. Ob aber die Gemeinde hiervon Gebrauch machen will, ist — vorbehaltlich entgegenstehender Bestimmungen des Ortsrechts — ausschließlich in ihr Ermessen gestellt. Dem Anlieger ist ein Anspruch auf Fertigstellung und Abrechnung einer Straße in Abschnitten oder auf Umlage der Kosten von abschaltbaren Teileinrichtungen nach deren Vollenbung ebensowenig gegeben wie eine Entsch. darüber, wann eine Straße als fertiggestellt anzusehen ist. Beabsichtigt die Gemeinde, eine Straße abschnittsweise oder im Wege der Kostenspaltung abzurechnen, so muß ein derartiger Wille von ihr bestimmt zum Ausdruck gebracht werden. Ist dies nicht geschehen, so kann hieraus nur gefolgert werden, daß die Gemeinde mit der Heranziehung der Anlieger — wie dies die Regel bildet — bis zur Fertigstellung der Straße nach Maßgabe des für sie aufgestellten Ausbauprogramms warten will. Der Vorderrichter irrt daher mit der Annahme, daß man im Zweifel auf den Willen zur Abschnittsbildung zu schließen habe, wenn eine Gemeinde einen Teil einer Straße, der äußerlich einen selbständigen Abschnitt darstellen könne, vollkommen stadtstraßenmäßig ausbaue und diesen Zustand eine längere Zeit hindurch unverändert bestehen lasse. Im vorl. Fall konnte es nach dem Dargelegten dahingestellt bleiben, ob der vor den Grundstücken der Kl. liegende Teil der Kl.-Straße mit den im Jahre 1914 vorgenommenen Arbeiten dem damaligen Willen der Gemeinde entsprechend fertig ausgebaut sein sollte oder nicht, und ebenso, ob er nach den örtlichen Verhältnissen überhaupt als ein für sich abrechenbarer Abschnitt angesehen werden konnte. Entscheidend war vielmehr, da das Ortsstatut eine Verpflichtung zum abschnittweisen Ausbau von Straßen nicht vorzieht, ausschließlich, ob der Bekl. im Jahre 1914 den Willen gehabt und zu erkennen gegeben hat, den damals gepflasterten Straßenteil als einen selbständig abzurechnenden Straßenausschnitt zu behandeln. Dies ist vom Bekl. aber bestritten worden, von der Kl. andererseits nicht dargetan und auch aus den dem Gerichtshof vorl. Aktenvorgängen nicht zu entnehmen. Unter diesen Umständen mußte der Bekl. für befugt erachtet werden, mit der Heranziehung der Kl. solange zu warten, bis der Ausbau der Kl.-Straße vollständig beendet war.

(PrOVBG., 2. Sen., Entsch. v. 17. Nov. 1936, II C 96/35.)

Bemerkung: Vgl. den Aufsatz v. Elbe in diesem Heft S. 663 ff. D. S.

Ausländische Gerichte

29. Anerkennung deutscher DevG. vor dem amerikanischen Konsulargericht in Schanghai.

I. Sachverhalt:

Die Ehefrau B. aus Schanghai befand sich auf Reisen und kaufte im Jan. 1935 in dem Pelzwarengeschäft B. in Berlin einen Pelzmantel zum Preise von 725 RM. Da sie nicht mehr über genügende Varmittel verfügte, stundete man ihr die Zahlung des Kaufpreises bis zur Rückkehr nach Schanghai. Zahlung erfolgte nicht. Ein Versuch der Vermittlung durch das deutsche Generalkonsulat in Schanghai schlug fehl.

II. Die prozessuale Lage solcher Klagen in Schanghai ist recht kompliziert. Die Zuständigkeit des Gerichts richtet sich nach der Nationalität des Bekl. Man muß also zunächst diese ermitteln, — eine bei der schrankenlosen persönlichen Freiheit, dem völligen Fehlen behördlicher Kontrolle in China keineswegs immer leichte Aufgabe.

Ist der Bekl. Chinese oder ein Ausländer, der keine Exterritorialitätsrechte in China besitzt (wie z. B. seit Versailles die Deutschen), dann sind die chinesischen Gerichte zuständig. Ist der Bekl. extrritorialer Ausländer (also z. B. Engländer, Amerikaner, Franzose, Japaner), dann unterliegt er nicht der chinesischen Gerichtsbarkeit, sondern dem Konsulargericht seines Heimatlandes. Das Verfahren bei diesen Konsulargerichten ist überall verschieden, analog den verschiedenen Prozeduren und Gerichtsverfassungen der Staa-

ten. Man findet daher hier in Schanghai, wie rein tatsäclich das bunteste Völkergemisch, so auch rechtlich eine Auslese aller möglichen Gerichtsverfassungen und Prozeßordnungen der Welt neben- und durcheinander in praktischer Ausübung. Dem Anwalt bleibt nichts anderes übrig, als sich mit jeder dieser Gerichtsverfassungen und Prozeßordnungen so weit vertraut zu machen, wie es zur Durchführung der Rechtssfälle erforderlich ist. Oft wird er dabei einen Kollegen des betr. Landes hinzuziehen müssen, wenn er entweder die Gerichtssprache, die auch wieder je nach der Nationalität verschieden ist, nicht beherrscht, oder wenn das betr. Konsulargericht, wie z. B. das englische, nur nach englischem Recht qualifizierte Anwälte zuläßt.

Als Kuriosum mag erwähnt werden, daß es außer den chinesischen Gerichten, Konsulargerichten und Schiedsgerichten, auch noch ein „Gericht der Konsuln“ (Court of Consuls) gibt, vor dem Fälle verhandelt werden, die sich gegen den Shanghai Municipal Council richten, den Verwaltungsrat der Internationalen Fremdenniederlassung in Schanghai, in der Millionen von Menschen, auch Chinesen, leben. Dies Gericht besteht aus je einem Konsul drei verschiedener Länder und entscheidet „nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen“. Welche Rechtsgrundsätze „allgemein“ sind, bleibt problematisch, und der deutsche Jurist sieht sich da, infolge der besonderen nationalsozialistischen Rechtsbegriffe, in einer etwas prekären Lage. Am weitesten kommt man hier immer noch mit römischen Rechtsbegriffen, vor allem auch deshalb, weil sie eben die einzige international bekannte und anerkannte Terminologie bilden, gewissermaßen das Esperanto der Juristen sind.

Im vorl. Falle ergaben die Ermittlungen, daß B. jüdischer Rasse und als Amerikaner registriert war. Er unterlag also der Jurisdiktion des amerikanischen Konsulargerichts in Schanghai, vor dem auch deutsche Rechtsanwälte auftreten dürfen, vorausgesetzt natürlich, daß sie englisch plädieren können.

III. In der Klageschrift war zunächst nur beantragt, den Befl. zur Zahlung von 725 *R.M.* nebst Zinsen und Kosten an den Kl. zu verurteilen. B. beschaffte sich daraufhin 725 *R.M.* in deutschen Banknoten und bot diese dem Anwalt des Kl. vor Gericht an. Dieser änderte darauf seinen Klageantrag dahin, den Befl. zur Zahlung des Gegenwertes von 725 *R.M.* in hiesiger, amerikanischer oder englischer Währung zu verurteilen.

Der Befl. versuchte, die Klageänderung als unzulässig zu Fall zu bringen. Der Richter entschied aber, daß sie angenommen werden solle, und daß er den Fall „nach seinem Verdienst“ (according to its merits) entscheiden wolle.

Das klägerische Plädoyer wurde ganz darauf abgestellt, daß Erfüllungsort für die Zahlung Berlin gewesen und geblieben sei. Der Befl. sei demnach verpflichtet, die Schuld in Berlin zu erfüllen, und das könne er, von hier aus, mit deutschen Reichsbanknoten nicht. Es sei in Deutschland nicht nur verboten, sondern geradezu strafbar, deutsche Banknoten einzuführen. Der Befl. könne die Schuld demnach nur dadurch erfüllen, daß er entweder einen Wechsel auf Berlin kaufe, oder dem Kl. die Mittel dazu in chinesischen oder amerikanischen Dollars oder auch in Sterling zur Verfügung stelle.

Der Befl. plädierte demgegenüber: er schulde lediglich 725 *R.M.*, und hier seien sie! Ob der Kl. etwa bestreiten wolle, daß diese Banknoten gesetzliche und im Kurs befindliche deutsche Zahlungsmittel (legal tender) seien, mit denen jedermann in Deutschland zahle? Deutsche Devisengesetze gingen ihn als Amerikaner nichts an.

Das Gericht war über diese Kontroverse und darüber, daß Deutschland die Einfuhr seiner eigenen Banknoten verbiete, offensichtlich verblüfft. Auch die in der Verhandlung zahlreich vertretene Presse nahm lebhaften Anteil. Am Ende der mehrstündigen Verhandlung wurde der Beschluß verkündet, die Parteien möchten durch ihre Anwälte Präzedenzfälle ausfindig machen und dem Gericht schriftlich unterbreiten.

Der Befl. führte darauf einen Fall an (Oliver gegen Asia Life Insurance Co. — Cause No. 2684 — Civil No. 1054), nach dem das amerikanische Konsulargericht am 11. Dez. 1926 entschieden habe, daß eine Lebensversicherung, die mit einer ausländischen Versicherungsgesellschaft in alten deutschen Mark abgeschlossen war, auch nach Abschaffung der alten Markwährung durch Zahlung in alten Marknoten als getilgt anzusehen sei, mit der Begründung: „... the defendant has performed, or has offered to perform, its contract under this insurance policy when it tendered to the plaintiff German Paper Marks in the full amount specified in the cash surrender value for the fourth year of the policy.“

Der Anwalt des Kl. konnte sich dagegen auf eine Entscheidung des House of Lords stützen, nämlich das Ur. v. 11. Dez. 1934 in Sachen De Bêche und Gen. gegen The South American Stores (Gath & Chaves), Ltd., und Gen. (104 L. J. K. B. 101; ferner abgedruckt in L. R. (1935) A. C. 148; 152 L. T. 309; 40 Com. Cas. 157; 51 T. L. R. 189 — H. L. (E)). Hier handelte es sich darum, daß die Befl. sich verpflichtet hatten, in Santiago de Chile in Wechseln auf London, also in Sterling, zu zahlen. Solche Zahlungen wurden später durch die chilenische Gesetzgebung verboten. Die Kl. stellten sich auf den Standpunkt, chilenische Gesetze gingen englische Gerichte nichts an, und begehrten Verurteilung der Befl. zur Zahlung in Sterling in Santiago.

Das House of Lords jedoch entschied in letzter Instanz: das Recht Englands werde nicht die Erfüllung einer Verbindlichkeit in der Weise erzwingen, daß die Erfüllung das Begehen einer nach den Gesetzen des betreffenden Landes ungesetzlichen Handlungsweise involviere (the law of this country will not compel the fulfilment of an obligation whose performance involves the doing in a foreign country of something which the supervenient law of that country has rendered it illegal to do — a. a. D. S. 104—105). Und nach englischem Recht sei eine Handlung dann ungesetzlich, wenn sie etwas erfordere, was ungesetzlich sei (By English Law an act is illegal if it necessitates something which is illegal). Sei demnach die beabsichtigte Transaktion zweifellos widerrechtlich (wie auch der Court of Appeal bereits erkannt habe), dann sei die Bev. kostenpflichtig zurückzuweisen (S. 107).

IV. Mit der analogen Anwendung dieser Ausführungen ist der Kl. durchgedrungen. Das amerikanische Gericht hat nach langen Erwägungen folgendes Urteil gefällt:

Judgment.

„This cause came on regularly for trial, the cause was submitted to the Court for consideration and decision, and after due deliberation thereof, the Court finds judgment be entered in favour of the plaintiff.

WHEREFORE, by reason of the premises aforesaid, it is ORDERED, that said F. V., PLAINTIFF, have and recover from said E. B., DEFENDANT, the sum of Shanghai Dollars Nine Hundred Ninety Three & 15/100 (Sh. \$ 993.15) equivalent to German Reichsmark Seven Hundred Twenty Five (GR. 725.00) at the selling rate of 73, quoted by the National City Bank of New York, Shanghai, China, October 5, 1936, together with costs of this proceeding, and United States Dollars Ten (US. \$ 10.—) statutory attorney fee.

IT IS FURTHER ORDERED, that the Clerk of the Court return to defendant, E. B., the Seven Hundred Twenty Five German Reichsmark (GR. 725.00) and Shanghai Dollars Twenty & 01/100 (Sh. \$ 20.01) now on deposit with the Clerk of the Court.“

Das Urteil ist rechtskräftig geworden. (Ur. v. 5. Okt. 1936.)

Mitgeteilt von *RA. Dr. S. A. Lorenz*, Syndikus der Deutschen Auslandshandelskammer in Schanghai.