

Juristische Wochenschrift

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

Rechtskraftwirkung bei Nichtbestreiten von Vergleichsforderungen Ein Beitrag zur Lehre von der inneren Rechtskraft

Von Professor Dr. Erich Bley, Gießen

I. Nach § 85 Abs. 1 VerglD. findet „aus dem bestätigten Vergleich in Verbindung mit einem Auszug aus dem berechtigten Gläubigerverzeichnis“ „wegen der darin eingetragenen Vergleichsforderungen gegen den Schuldner die Zwangsvollstreckung in gleicher Weise statt wie aus einem vollstreckbaren gerichtlichen Urteil, sofern nicht im Gläubigerverzeichnis vermerkt ist, daß die Forderung vom Schuldner oder vom Vergleichsverwalter bestritten wurde“. Nach näherer Maßgabe des Abs. 2 gilt dies auch für die Zwangsvollstreckung gegen Vergleichsgaranten, falls diese sich nicht die Einrede der Vorausklage vorbehalten haben.

1. Ehe auf die Tragweite der Titulierung der weder vom Schuldner noch vom Verwalter bestrittenen Forderungen eingegangen werden kann, ist zunächst festzustellen, was hier den Vollstreckungstitel bildet. Der Vergleich kann es trotz der Überschrift des § 85 („Vollstreckung des Vergleichs“) nicht sein. Würde doch sonst die Vollstreckbarkeit der Forderungen zwangsläufig durch den Vergleichsinhalt beschränkt sein. Das ist jedoch keineswegs notwendig der Fall, ja im Hinblick auf die Wiederauflebensklausel (§ 9 VerglD.) nicht einmal die Regel. Vollstreckung aus dem Vergleich bedeutet nur, daß, wenn der Gläubiger nach Maßgabe des Vergleichs, also in dessen Grenzen vollstrecken will, der Zugriff ohne weiteres zulässig ist¹⁾. Ohne Rücksicht auf die Vergleichsbeschränken darf der Gläubiger dagegen nur vollstrecken, wenn diese wegen Verzugs oder wegen schuldhaften Verstoßes des Schuldners gegen etwa im Vergleich übernommene Nebenpflichten²⁾ weggefallen sind. Dabei läßt der § 85 Abs. 3 für die Erteilung der Vollstreckungsklausel für den unbeschränkten, auch den erlassenen Teil der Forderung umfassenden Betrag Glaubhaftmachung des Verzugs genügen.

Vollstreckungstitel ist auch nicht der Bestätigungsbeschluß. Der bildet vielmehr nur eine Voraussetzung der Vollstreckbarkeit: Diese tritt nur für den Fall und erst mit der Vergleichsbestätigung ein. Damit wird der Bestätigungsbeschluß aber nicht selbst zum Vollstreckungstitel, auch nicht in Verbindung mit dem Vergleich und einem Auszug aus dem berechtigten Gläubigerverzeichnis³⁾. Der Auszug andererseits ist nicht Titel, sondern dessen mit der Vollstreckungsklausel zu nerhende Ausfertigung (vollstreckbare Ausfertigung)⁴⁾.

Tituliert im Falle der Vergleichsbestätigung sind die einzelnen Vergleichsforderungen. Und was ihre Titulierung rechtfertigt, ist das Unterbleiben einer Bestands-, Betrags- oder Zuständigkeitsbestreitung seitens des Schuldners und des Verwalters. Nach § 62 Abs. 4 Satz 2 der alten VerglD. war eine unbestrittene gebliebene Forderung im Gläubigerverzeichnis als „anerkannt“ zu vermerken. Und eben der Anerkennungsvermerk war es, der als öffentliche Urkunde den Vollstreckungstitel bildete⁵⁾. Insofern hat sich sachlich unter der neuen

VerglD. nichts geändert, außer daß die Vergleichsgläubiger durch ihr Bestreiten nicht mehr die Titulierung verhindern, sondern nur noch das Stimmrecht in Frage stellen können. Diese Einschränkung ist auch der Grund dafür, daß nach § 71 Abs. 4 Satz 1 der Vermerk zwecks technischer Vereinfachung negativ gefaßt werden kann, so daß es genügt, die Forderung, wenn sie von keiner Seite bestritten wurde, als „nicht bestritten“, und wenn sie nur von einem Vergleichsgläubiger bestritten wurde, z. B. als „vom Gläubiger Behrens (in Höhe von 3000 RM), im übrigen nicht bestritten“ zu kennzeichnen. Ohne diesen Vermerk, und zwar im letzteren Beispiel ohne den Zusatz „im übrigen nicht bestritten“ kann die Titelwirkung auch jetzt nicht eintreten. Ganz unrichtig wäre es, aus dem Umstand, daß das Gesetz nicht mehr einen positiv gefaßten, also auf Anerkennung lautenden Vermerk vorschreibt, zu folgern, daß die Titelwirkung von einem, sie deckenden Eintrag des Erörterungsergebnisses unabhängig sei. Dies folgt auch nicht aus der Fassung des § 85 Abs. 1 („sofern nicht ... bestritten wurde“). Damit ist lediglich die Unmaßgeblichkeit von Gläubigerwidersprüchen für die Frage der Titulierung zum Ausdruck gekommen⁶⁾. Sonst müßte ja die Forderung selbst dann als tituliert angesehen werden, wenn ein Vermerk über das Erörterungsergebnis überhaupt unterblieben wäre. Das aber geht deshalb nicht an, weil in solchem Fall der „Auszug aus dem berechtigten Gläubigerverzeichnis“ keine Feststellung darüber enthält, daß und mit welchem Ergebnis die Forderung erörtert wurde. Dies zeigt zugleich, daß auch nach jegigem Recht der Vermerk des Nichtbestreitens als öffentliche Urkunde den Vollstreckungstitel bildet, und zwar nicht nur gegenüber dem Schuldner, sondern auch gegenüber den nach § 85 Abs. 2 haftenden Vergleichsgaranten⁷⁾.

2. Zufolge jenes Vermerks kann nach Vergleichsbestätigung auf Grund eines mit der Vollstreckungsklausel versehenen Auszugs aus dem Gläubigerverzeichnis wegen der eingetragenen Forderung vollstreckt werden „wie aus einem vollstreckbaren Urteil“. Damit sollte ausgedrückt werden, daß der Schuldner die Vollstreckungsgegenklage entsprechend dem § 767 Abs. 2 ZPO. nur auf Gründe stützen kann, die nach dem Schluß des Vergleichstermins entstanden sind⁸⁾, im Gegensatz zum früheren Recht, wo der Anerkennungsvermerk dem Schuldner alle Einwendungen offen ließ⁹⁾. Daß diese Folge-

⁶⁾ Wie der Zusammenhang zwischen § 71 Abs. 1, 4 und § 85 Abs. 1 sowie Begr. z. Entw. 1933 S. 52 und Begr. z. VerglD. 1935 in DZ. 1935, 392 ergeben. Daß das Gesetz den Anerkennungsvermerk „beseitigt“ hat (so die Entw. Begr. S. 50), bedeutet nur die Wendung des Vermerks vom Positiven ins Negative. Die Fassung „anerkannt“ oder „festgestellt“ wäre selbstverständlich unschädlich.

⁷⁾ Wie im früheren Recht (Riesow, „VerglD.“, § 75 Anm. 4) ist bei Fehlen des Vermerks die Vollstreckungsklausel zu versagen. Nachtragung des Vermerks im Gläubigerverzeichnis: Bley a. a. D. § 62 R. 15.

⁸⁾ Begr. z. Entw. 1933 S. 50; Begr. z. VerglD. in DZ. 1935, 392.
⁹⁾ Vgl. statt aller RG. v. 16. März 1931: RGZ. 132, 113 = JW. 1931, 2118¹⁶⁾; v. 19. Okt. 1934: RGZ. 146, 140 = JW. 1935, 1490^{a)}.

¹⁾ Bley, „VerglD.“, § 75 R. I 1.

²⁾ Bley a. a. D. § 7 R. II 1 c = S. 252; zust. Vogels, „VerglD.“, § 9 Anm. II 5 a = S. 126.

³⁾ Wie Vogels a. a. D. § 85 Anm. II 2 a annimmt.

⁴⁾ Bley a. a. D. § 75 R. I 1 mit abw. Schrifttum.

⁵⁾ Siehe die Nachw. bei Bley a. a. D.

zung aus den Worten des Gesetzes zu ziehen ist, trifft zu und ist allseitig anerkannt. Fraglich ist nur, ob sich darin ihr Sinn erschöpft.

Zuvor ist jedoch noch auf zwei Dinge hinzuweisen. Der für den Ausschluß von Einwendungen maßgebende Zeitpunkt ist nicht erst der Schluß des Vergleichstermins, sondern der Beginn der Abstimmung, bei Vertagung (§ 77 VerglD.) der Beginn der neuen Abstimmung, denn mit diesem Stichpunkt, den es sich empfiehlt, in der Sitzungsniederschrift anzugeben, ist die Erörterung über die Forderungen abgeschlossen¹⁰⁾. Die Beschränkung der Vollstreckungsgegenklage auf die erst nach diesem Zeitpunkt entstandenen Gründe gilt auch gegenüber den gemäß § 85 Abs. 2 haftenden Vergleichsgaranten¹¹⁾. Beschränkt ist der Garant aber nur in seinen Einwendungen gegen die Hauptschuld, also ein Bürge insbesondere hinsichtlich der ihm sonst nach den §§ 767, 768 BGB. zustehenden Einwendungen und Einreden, nicht dagegen auch in den Einwendungen gegen die Bürgschaftsverpflichtung¹²⁾. Doch beseitigt der Ausschluß des Schuldners mit einer Aufrechnung (unten IV 4) und mit der Anfechtung (§§ 119 f., 123 BGB.) auch ein dem Bürgen bisher gemäß § 770 BGB. zustehendes Leistungsverweigerungsrecht.

3. Rechtskraftwirkung wird dem Vermerk des Nichtbestreitens trotz der entsprechenden Anwendbarkeit des § 767 Abs. 2 ZPO. im Anschluß an die Begründung¹³⁾ durchgehend abgeprochen¹⁴⁾. Eine Untersuchung der Frage fehlt¹⁵⁾, ja wird sogar für unwesentlich gehalten¹⁶⁾. Man begnügt sich mit dem Hinweis, daß das Gesetz nach seinem Wortlaut dem Titel nur die Vollstreckungs-, nicht auch die Rechtskraft des Urteils zuerkennen habe. Dabei hätte aber doch zweierlei zu denken geben müssen. Einmal, daß die den Schuldner und die Garanten nach § 767 Abs. 2 ZPO. treffende Beschränkung sicher keine Wirkung der Vollstreckbarkeit, sondern Ausdruck der Rechtskraft des Urteils ist. Zum anderen, daß das RG. unter der VerglD. von 1927 die Anwendbarkeit des § 767 Abs. 2 ZPO. gerade deshalb verneint hatte, weil dem früheren Anerkennungsvermerk die Rechtskraftwirkung fehlte¹⁷⁾.

II. Nach alledem könnte man dem Vermerk des Nichtbestreitens die Rechtskraftwirkung nur absprechen, wenn der Ausschluß des Vorbringens früher entstandener Gründe lediglich eine Folgewirkung der inneren Rechtskraft neben anderen Wirkungen derselben wäre: Dann, aber auch nur dann könnte man eine Anwendbarkeit des § 767 Abs. 2 ZPO., ohne daß dem Titel im übrigen die Wirkung eines rechtskräftigen Ur-

teils zukäme, wenigstens theoretisch für möglich halten¹⁸⁾. So führt unsere Frage zwangsläufig auf die Frage nach dem Wesen der inneren Rechtskraft.

1. Die Frage nach dem, was unter der inneren Rechtskraft eines Urteils zu verstehen ist, hängt von dem Sinn ab, der dem Richterspruch im Gesamtgefüge unserer Volksordnung von Rechts wegen zukommt, noch deutlicher: von der Aufgabe, die der Rechtsprechung institutionell zukommen soll: Der Richter soll Recht finden, nicht erzeugen, und zwar auch dann, wenn er nicht bloß positive Normen anwenden kann, sondern auf Grundprinzipien und völkische Grundwerte zurückgehen muß, die letztlich allein die Richtigkeit und die Überzeugungskraft seiner Entscheidung gewährleisten¹⁹⁾. Deshalb fallen für die Bestimmung der inneren Rechtskraft zunächst einmal alle Lehren aus, die im Richterspruch einen Rechtserzeugungsakt sehen. So sehr auch im geschichtlichen Ablauf Richtersprüche (objektives) Recht tatsächlich neu schaffen und ändern, so können doch jene Lehren juristische Bedeutung gewinnen nur unter dem Gesichtspunkt der Frage nach den Rechtsquellen²⁰⁾ oder der Rechtsgeltung²¹⁾. Diese Fragen aber haben mit dem institutionellen Zweck der Rechtsprechung nichts zu tun und sind deshalb zur Bestimmung des juristischen Gehalts der inneren Rechtskraft ungeeignet²²⁾.

Auch die materiellrechtliche Rechtskraftlehre kann diese Aufgabe nicht erfüllen. Es läßt sich freilich auch bei Sachurteilen, die im rechtstechnischen Sinne keine Gestaltungsurteile sind, die Ansicht vertreten, daß sie in den objektiven und subjektiven Grenzen der Rechtskraft im praktischen Ergebnis eine Änderung der konkreten Rechtslage herbeiführen oder wenigstens wie eine solche wirken können. Abgesehen davon, daß ein Bedürfnis zur Annahme einer solchen „konstitutiven“ Wirkung nur bei den — ideell betrachtet — der materiellen Rechtslage nicht entsprechenden Urteilen auf-tauchen kann²³⁾, ist sie jedenfalls nicht der institutionelle Zweck der Rechtsprechung. Sie kann deshalb auch nicht das Wesen der inneren Rechtskraft ausmachen, sondern höchstens eine Reflexwirkung derselben sein, die sich für die Parteien und diejenigen Dritten, auf die das Gesetz das Urteil erstreckt, aus dem prozessualen Verbot ergibt, selbst bei gerichtlich feststehender Unrichtigkeit des Urteils auf die außerprozessuale Rechtslage zurückzugreifen. Deshalb kann nur eine prozessuale Betrachtungsweise das Wesen der Rechtskraft entfalten.

2. Was mit der inneren Rechtskraft verhütet werden soll, ist die Kollision von Entscheidungen. Während die äußere Rechtskraft die Unanfechtbarkeit des Urteils im Rechtszug (mit Einschluß des Einspruchs) bedeutet (§ 705 ZPO.), soll die innere Rechtskraft seine Unangreifbarkeit durch die Partei in einem anderen Verfahren, damit zugleich seine Maßgeblichkeit für die Organe der bürgerlichen Rechtspflege und, soweit das Gesetz nichts Gegenteiliges ergibt²⁴⁾, auch für die sonstigen Staatsorgane²⁵⁾ gewährleisten.

Was zunächst die als das Ursprüngliche angesehene Bindung des Zivilprozeßrichters betrifft, so herrscht noch jetzt Streit darüber, ob sie nur eine abweichende Entscheidung oder nicht überhaupt eine nochmalige Entscheidung (und damit auch Verhandlung) über die rechtskräftig entschiedene Sache verbietet²⁶⁾. Die Ansicht, daß das Wesen der inneren Rechtskraft

¹⁸⁾ Zu praktisch sinnvollen Ergebnissen gelangt man aber nur bei Bejahung der Rechtskraft; unten IV.

¹⁹⁾ Ausführlich Bley, „Magdrecht und rechtliches Interesse“, 1923, S. 8 ff.

²⁰⁾ So bes. Bülow's Auffassung von Gesetz und Richteramt in seiner gleichnamigen Schrift (1885).

²¹⁾ So z. B. in der besonderen Ausprägung der grundsätzlichen „Dauergeltung“ Merkel, „Die Lehre von der Rechtskraft“ (1923).

²²⁾ Wie Böttcher im 1. Kapitel seiner „Kritischen Beiträge zur Lehre von der materiellen Rechtskraft im Zivilprozeß“ (1930) bis ins einzelne nachgewiesen hat.

²³⁾ RG. v. 9. Febr. 1911: RGZ. 75, 213 (215) = JW. 1911, 365.

²⁴⁾ Wie z. B. § 262 StPO.

²⁵⁾ Zu eng Jonas-Böhle, „ZPO.“, § 322 Anm. II 5.

²⁶⁾ Den wissenschaftlichen Nachweis der Rechtskraft als Prozeßhindernis hat auf breiter Grundlage Böttcher in seinen „Kritischen Beiträgen“ bes. §§ 9 ff. versucht. Von den Kommentatoren zum stimmend Baumach, „ZPO.“, § 322 Anm. 1 C; dagegen auch jetzt wieder Jonas-Böhle a. a. O. Anm. II 1.

¹⁰⁾ Wie eine Forderung nur bis zum Beginn der Abstimmung angemeldet werden kann, so kann sie auch nur bis zu diesem Zeitpunkt bestritten werden (§§ 67 Abs. 1 Satz 1, 71 Abs. 2 Satz 2). Spätere Rücknahme eines Widerspruchs, deren Eintragung dem Vermerk des Nichtbestreitens gleichsteht, ist zulässig, läßt aber die über das Stimmrecht getroffene Einigung oder Entscheidung unberührt.

¹¹⁾ Vogel's a. a. O. § 85 Anm. III 2 a = S. 387.

¹²⁾ And. M. Vogel's § 78 Anm. III 1 b = S. 358, der jedoch verkennt, daß auch gegenüber den in § 85 Abs. 2 bezeichneten Garanten nur die Vergleichsforderung, nicht der Bürgschaftsanspruch tituliert ist. Näheres über die Geltendmachung des Fehlens eines Bürgschaftsvertrags Bley a. a. O. § 59 R. III 4 c; dazu noch § 75 R. III 3 d.

¹³⁾ Siehe oben N. 8.

¹⁴⁾ So die Kommentare, dazu noch Riezow: DRZ. 1935, 245; Wiers: DZJ. 1935, 550; Jaeger, „Anf.“², § 2 Anm. 19.

¹⁵⁾ Außer bei Münzel: DZJ. 1935, 1485; DRZ. 1935, 247; DGBW. 1. Jg. S. 23. Auch Münzel geht dabei vom Fehlen der Rechtskraftwirkung aus, kann aber, was die „Durchführung“ des titulierten Anspruchs betrifft, keinen Unterschied gegenüber einer rechtskräftigen Feststellung finden und gelangt schließlich zu dem eigenartigen Ergebnis, daß wegen der Unanfechtbarkeit des bestrittenen Vergleichs für den Schuldner der Titel aus § 85 „eher weniger denn mehr der Gefahr der Beseitigung unterliege als die rechtskräftige Feststellung einer Forderung“. Der Titel könnte danach also trotz Fehlens der Rechtskraft über deren Wirkung noch hinausgehen. Die Unanfechtbarkeit des Vergleichs für den Schuldner (und seine Garanten) hat jedoch mit unserer Frage nicht das geringste zu tun.

¹⁶⁾ Bezeichnend Vogel's a. a. O. Anm. I 2 b = S. 383, der die Frage der Rechtskraft wegen der nummehrigen Anwendbarkeit des § 767 Abs. 2 ZPO. als „gegenstandslos“ ansieht.

¹⁷⁾ RG. v. 19. Okt. 1934 a. a. O. = JW. 1935, 1490.

mit dem strafprozessualen Grundsatz des ne bis in idem identisch sei, wird jedoch den Aufgaben der bürgerlichen Rechtspflege nicht gerecht. Im Strafprozeß erfordern die Belange des Angeklagten, ja schon des Angeschuldigten²⁷⁾, gebieterisch die Beschränkung auf ein Verfahren. Das ist da auch technisch möglich, weil das zugrunde liegende „Rechtsverhältnis“ nur insofern einer Entwicklung fähig ist als das Urteil, was ja der Sinn des Strafprozesses ist, die Strafe ausspricht. Gerade umgekehrt ist es, bei der grundsätzlichen Entwicklungsfähigkeit und Veränderlichkeit der Privatrechtsverhältnisse, im Zivilprozeß. Thretwegen kann sich immer wieder ein neuer Prozeß notwendig machen. Und in diesem verlangt der Kläger und kann er auch in aller Regel nur verlangen eine Entscheidung über die jetztige Rechtslage²⁸⁾. Die rechtskräftige Feststellung im Vorprozeß bezieht sich dagegen immer auf einen früheren Zeitpunkt, nämlich den Schluß der letzten Tatsachenverhandlung (bei Versäumnisurteilen den Ablauf der Einspruchsfrist). So gesehen hat eine Neu Klage auch dann, wenn für sie die im früheren Urteil ausgesprochene Rechtsfolge nicht bloß einen Präjudizialpunkt, sondern die eigentliche Streitfrage bildet, stets einen neuen, von dem früheren verschiedenen Streitgegenstand. Zulässig ist die Neu Klage in einem solchen Falle allerdings nur, wenn der Kläger, der eine von der früheren abweichende Entscheidung begehrt, dafür neue, d. h. noch nicht zufolge des rechtskräftigen Urteils ausgeschlossene Gründe behauptet. Will er dagegen dieselbe Rechtsfolge noch einmal ausgesprochen haben, so muß er dargetun, daß der Gegner sie jetzt aus einem, ihm nicht durch das frühere Urteil verschlossenen Grunde bestreitet²⁹⁾. Sonst ist die Neu Klage durch Prozeßurteil abzuweisen. Aber nicht deshalb, weil die Rechtskraft eine negative Prozeßvoraussetzung wäre, sondern weil bei der ersten Alternative der Kläger selbst keine neuen Gründe behauptet, bei der zweiten der Gegner keine solchen gegen die zugunsten des Klägers ausgesprochene Rechtsfolge eingewendet hat. Was fehlt, ist beide Male das alsbaldige rechtliche Interesse an erneuter Entscheidung (und damit auch Verhandlung). Das gilt auch, was Böttcher³⁰⁾ zu Unrecht bestreitet, mit Bezug auf die Neu Klage des im Vorprozeß unterlegenen Klägers: Nicht dessen Individualinteresse, ein seiner Ansicht nach unrichtiges Urteil zu forriggeren, ist für die Zulässigkeit der Neu Klage entscheidend, sondern allein das (objektive) Rechtsordnungsinteresse an einer Neuentscheidung, das eben davon abhängt, daß je nachdem vom Kläger oder von seinem Gegner in dem früheren Urteil noch nicht berücksichtigte und noch nicht ausgeschlossene Gründe geltend gemacht werden, denn nur dann wird in Wirklichkeit eine erste Entscheidung über die jetztige Rechtslage, nicht eine zweite über eine frühere Rechtslage begehrt.

3. Gerade in bezug auf die jetzt streitige Rechtslage gewinnt die Rechtskraft ihre sachliche Bedeutung. Das Gericht darf, soweit über einen Anspruch schon rechtskräftig entschieden ist (§§ 322, 325 ZPO.), der im Vorprozeß unterlegenen, sei es mit der Klage abgewiesenen oder auf die Klage verurteilten Partei in dem neuen Rechtsstreit, mag sie hier Kläger oder Beklagter sein, jetzt nur ein obsiegendes Urteil gewähren, wenn die von der Partei behaupteten neuen Gründe dies tatsächlich und rechtlich rechtfertigen³¹⁾. Sonst, also wenn der oder die behaupteten neuen Gründe entweder tatsächlich

nicht zutreffen oder rechtlich nicht durchgreifen, behält die frühere Entscheidung ihre Maßgeblichkeit und ist je nachdem die Neu Klage des Verlierers sachlich abzuweisen³²⁾ oder gegen den im Vorprozeß Verurteilten erneut zu erkennen. Der Grund dafür ist eben, daß die im Vorprozeß unterlegene Partei sich insoweit nicht mehr auf Gründe stützen kann, die vor dem Schluß der letzten Tatsachenverhandlung entstanden waren, und zwar selbst dann, wenn sie diese Gründe überhaupt nicht (bei Versäumnisurteil auch nicht mittels Einspruchs) vorgebracht hatte, und selbst wenn diese Gründe tatsächlich und rechtlich zutreffend sind. Das ist gerade das, was § 767 Abs. 2 ZPO. in positiver Wendung hinsichtlich der Vollstreckungsgegenklage — und zwar wie der Zusammenhang ergibt, hinsichtlich ihrer Begründetheit, nicht bloß ihrer Zulässigkeit³³⁾, vorschreibt, und was anerkanntermaßen auch für die Einwendungen gegen die gemäß § 85 Bergl. D. titulierten Forderungen gilt. § 767 Abs. 2 aber ist, ebenso wie die ähnliche Vorschrift des § 323 Abs. 2 ZPO. Ausdruck eines allgemeinen Prinzips, eben des Grundsatzes der inneren Rechtskraft. Und der Ausschluß früherer Gründe grenzt keineswegs nur den Umfang der richterlichen Bindung ab, wie dies gegenständlich der § 322 ZPO. tut, sondern macht als das entgegen der herrschenden Meinung) Primäre diese Bindung erst erklärlich: Weil die Partei den früheren Prozeßstoff und außerdem auch Gründe, die sie gar nicht vorgebracht hatte, nicht mehr zur Erzielung einer abweichenden Entscheidung ins Feld führen kann, ist insoweit auch eine abweichende Feststellung des Tatbestandes und eine anderweitige rechtliche Würdigung des nämlichen Tatbestandes ausgeschlossen. Nicht umgekehrt. Deshalb kommt im § 767 Abs. 2 ZPO. der Grundsatz der inneren Rechtskraft, nicht nur eine von ihr ablösbare und ohne sie denkbare Folgerung, zum Ausdruck.

III. Die entsprechende Anwendbarkeit des § 767 Abs. 2 ZPO. ergibt demgemäß, daß der in das Gläubigerverzeichnis eingetragene Vermerk des Nichtbestreitens einem rechtskräftigen Urteil über die Forderung gleichsteht. Die dem Vermerk zukommende Feststellungswirkung ist freilich nach verschiedenen Richtungen beschränkt. Aber das ist kein Einwand gegen die Zuerkennung der Rechtskraft.

1. Rechtskräftig festgestellt wird die als nicht bestritten vermerkte Forderung nur hinsichtlich ihres Bestandes (Grundbes), ihres unbestritten gebliebenen Betrags und des Vergleichsschuldners als des Verpflichteten. Dagegen hat der Vermerk keine Rechtskraftwirkung hinsichtlich der Rechtszuständigkeit des im Verzeichnis als Gläubiger Benannten, und zwar weder dann, wenn schon der Schuldner die Forderung mit Angabe des Gläubigers in das Verzeichnis aufgenommen (§§ 4 Abs. 1 Nr. 2, 6 Abs. 1 Satz 1), noch auch, wenn sie der „Gläubiger“ selbst angemeldet hat (§ 67 Bergl. D.). Die Erörterung der Forderungen hat sich zwar auch auf die Frage der Rechtszuständigkeit zu erstrecken. Und es ist insbesondere Pflicht des Verwalters, wenn insoweit Bedenken bestehen, die der Schuldner nicht zerstreuen kann, die Forderung auch wegen fehlender Rechtszuständigkeit zu bestreiten. Aber oft werden Schuldner und Verwalter von einer, vielleicht erst kurz vorher eingetretenen Zuständigkeitsänderung gar keine Kenntnis haben, insbesondere dann nicht, wenn für die Forderung sich niemand am Verfahren beteiligt, auch kein Prätendent auftritt. Demzufolge muß wie bei der Feststellung zur Konkurstabelle³⁴⁾ die Rechtskraftwirkung insoweit verneint werden und dem Schuldner der Einwand der fehlenden Rechtszuständigkeit offen bleiben. Die Rechtskraftwirkung des Nichtbestreitungsvermerks wird dadurch ebensowenig in Frage gestellt wie bei dem konkursrechtlichen Tabelleintrag. Es empfiehlt sich für den Verwalter, nicht nur bei einem Prätendentenstreit, sondern schon bei jedem Zweifel über die Rechtszuständigkeit, die Forderung wenigstens zwecks Ausschlusses der Titulierung zu bestreiten, um so dem Gläubiger zwar nicht die Stimmberichtigung, wohl aber die Zugriffswirkung

²⁷⁾ Vgl. § 211 StPO.

²⁸⁾ Zulässig kann freilich auch die Feststellung eines nicht mehr bestehenden Rechtsverhältnisses sein, aber nur, wenn daraus Rechtsfolgen für die Gegenwart und Zukunft abgeleitet werden (vgl. statt aller Jonas-Pohle a. a. O. § 256 II 4 mit Npr. in R. 47).

²⁹⁾ Zulässig ist unter dieser Voraussetzung also nicht nur die Klage des im Vorprozeß abgewiesenen Klägers oder verurteilten Beklagten, sondern auch eine Neu Klage des siegreich gewordenen Klägers. Hatte dieser ein rechtskräftiges Leistungsurteil erwirkt, so kann er, wenn der Verurteilte etwa jetzt mit einer angeblichen Neu forderung aufrechnet, statt zunächst zu vollstrecken und sich der Gefahr einer Vollstreckungsgegenklage auszusetzen, seinerseits auf Feststellung der ihm bereits rechtskräftig zuerkannten Forderung klagen.

³⁰⁾ a. a. O. § 12 II (= S. 207 f.).

³¹⁾ Bei bloßen Präjudizialpunkten gilt dies selbstverständlich nur in Beschränkung auf die entschiedene Vorfrage.

³²⁾ Soweit das Erturteil ein bloßes Prozeßurteil war, bedeutet „sachlich“ eine erneute Entscheidung über die damalige Zulässigkeitsfrage.

³³⁾ Lediglich die Behauptung neuer Gründe ist Zulässigkeitsfordernd (oben 2).

³⁴⁾ Jaeger, „RD.“, § 145 Num. 8 mit Nachw. für und wider.

möglichkeit zu verschließen³⁵). Der Einwand mangelnder Rechtszuständigkeit bleibt dem Schuldner aber auch gegenüber einer titulierten Forderung erhalten.

2. Keine Rechtskraftwirkung kommt ferner dem Vermerk in der Hinsicht zu, daß die unbestritten gebliebene Forderung eine Vergleichsforderung sei. Allerdings müssen Schuldner oder Verwalter die Forderung auch bestreiten, wenn sie der Ansicht sind, daß — entgegen der Annahme des Richters bei der Vorprüfung³⁶) — dem zur Erörterung gestellten Anspruch die Eigenschaft einer Vergleichsforderung fehlt. Es handelt sich bei einem solchen Bestreiten jedoch nicht um eine Bestreitung des Bestands der Forderung. Auch hierbei verhindert freilich der Widerspruch, wenn er vom Schuldner oder vom Verwalter ausgeht, zugleich die Titulierung. Die Frage des Bestehens der Forderung berührt er aber überhaupt nicht. Das Bestreiten ist hier in erster Linie eine Anregung zum Handeln von Amts wegen, nämlich zum Ausschluß der Forderung von der Erörterung (und damit ohne weiteres von der Abstimmung), falls das Gericht zur Überzeugung kommen sollte, daß die Forderung in Wahrheit keine Vergleichsforderung ist. Das Gericht kann deshalb bis zum Beginn der Abstimmung sogar eine unbestritten gebliebene und bereits als nicht bestritten vermerkte Forderung noch immer ausschließen. Damit verliert auch der Vermerk seine Rechtskraft wie seine Vollstreckungskraft. Und Rechtskraft kommt dem Vermerk hinsichtlich der Frage des Beteiligtenseins auch bei Unterbleiben des nachträglichen Ausschusses der Forderung nicht zu³⁷). Denn der § 85 VerglD. sieht die Titulierung nur für „Vergleichsforderungen“ vor. Vollstreckbar wird freilich mit Eintrag des Vermerks auch eine nichtbeteiligte, ja selbst eine kraft Gesetzes (§§ 29, 113 Nr. 7 VerglD.) von der Teilnahme ausgeschlossene Forderung. Der Schuldner und ebenso ein gemäß § 85 Abs. 2 VerglD. haftender Vergleichsgarant können aber die Vollstreckbarkeit der nichtbeteiligten Forderung beseitigen. Der dazu allein geeignete Rechtsbehelf ist die Vollstreckungsgegenklage³⁸). Mit ihr kann die Tatsache des Nichtbeteiligtenseins unerachtet des § 767 Abs. 2 ZPO. geltend gemacht werden, eben weil der Vermerk insoweit keine Rechtskraftwirkung hat.

3. Wie die Vollstreckbarkeit, so tritt auch die Rechtskraftwirkung des Vermerks nur für den Fall und erst mit der Vergleichsbestätigung ein. Ein Einwand gegen die von uns behauptete Rechtskraftwirkung läßt sich daraus nicht herleiten. Die Verkopplung von Vollstreckbarkeit und Rechtskraft und damit auch das Hinauschieben des Eintritts der letzteren auf den Zeitpunkt der Vergleichsbestätigung soll nur, wenn es wegen Nichtzustandekommens des Vergleichs oder wegen Verfassung seiner Bestätigung zum Konkurs kommt, dem Konkursverwalter den Umweg eines Anfechtungsprozesses ersparen und weiterhin verhüten, daß die im Vergleichsverfahren unbestritten gebliebenen Forderungen nun auch im Konkurs sämtlich als tituliert (§§ 146 Abs. 6, 168 Nr. 1 KO.) behandelt werden müßten. Nur wenn es erst nach Bestätigung des Vergleichs, sei es auch wegen dessen Unerfüllbarkeit, zum Konkurs kommt, bleibt die Forderung auch im Konkurs tituliert³⁹). Die Verkopplung hat schließlich noch die weitere,

praktisch höchst bedeutsame Folge, daß im Falle einer Vertagung des Vergleichstermins (§§ 77, 100 Abs. 2 VerglD.) die im früheren Termin als unbestritten vermerkte Forderung nunmehr wieder bis zum Beginn der Abstimmung bestritten werden kann, und zwar selbst dann, wenn bereits in dem früheren Termin über den Vergleichsvorschlag abgestimmt worden war.

IV. Die Erkenntnis, daß dem Vermerk des Nichtbestreitens Rechtskraftwirkung zukommt, ermöglicht die einfache und widerspruchsfreie Lösung einer Anzahl praktisch wichtiger Rechtsfragen, von denen hier nur einige herausgegriffen werden sollen.

1. Soweit einem gegen den Schuldner über eine Vergleichsforderung ergangenen Urteil erweiterte Rechtskraft zukommt, tritt diese auch bei Vermerk des Nichtbestreitens ein⁴⁰). Deshalb können z. B. persönlich haftende Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft Einwendungen, die nicht in ihrer Person begründet sind, gegen eine im Vergleichsverfahren der Gesellschaft als unbestritten vermerkte Geschäftsschuld nur insoweit erheben, als die Gesellschaft selbst sie gemäß § 85 VerglD. geltend machen könnte. Da der Titel aus § 85 keine Zwangsvollstreckung in das Privatvermögen der Gesellschafter gestattet⁴¹), müßte die herrschende Lehre bei ihrer Verneinung der Rechtskraftwirkung folgerichtig anders entscheiden. Unser Ergebnis ist übrigens nicht nur rechtsdogmatisch geboten, sondern auch sachgemäß, da jeder einzelne Gesellschafter, auch ein von der Geschäftsführung ausgeschlossener, im Vergleichsverfahren der Gesellschaft für diese die zur Erörterung stehenden Forderungen bestreiten kann⁴²), und da auch ihm der Einwand offen bleibt, daß die unbestritten gebliebene Forderung dem Kläger nicht zugestanden habe oder keine Vergleichsforderung gewesen sei (oben III 1, 2).

2. Der Vermerk des Nichtbestreitens bildet auch, jedoch erst nach der Vergleichsbestätigung, einen die Zulässigkeit der Gläubigeranfechtung (§ 2 AnfsG.) einfertigenden Vollstreckungstitel⁴³). Wird der Anfechtungsklage stattgegeben, so hat das Gericht die Verurteilung des Anfechtungsgegners ohne die im § 10 AnfsG. vorgesehene Beschränkung auszusprechen. Die herrschende Lehre wäre dagegen gezwungen, den § 10 AnfsG., wenn auch nicht seinem Wortlaut, so doch seinem Sinne nach für anwendbar zu erklären: Da der Vermerk einerseits einem nicht bloß vorläufig vollstreckbarem Urteil gleichgestellt ist, andererseits aber nach der herrschenden Lehre keine Rechtskraftwirkung haben soll, müßte die Vollstreckbarkeit des die Rückgewährspflicht aussprechenden Urteils davon abhängig gemacht werden, daß der Gläubiger mindestens noch ein rechtskräftiges Feststellungsurteil über seine Vergleichsforderung gegen den Schuldner erwirkt.

3. Unter der Herrschaft der alten VerglD. war es streitig, ob zufolge der vermerkten Anerkennung ein früher für die Forderung erwirkter Schuldtitel mit der Bestätigung des Vergleichs seine Vollstreckungskraft verliere. Überwiegend, so auch vom RG.⁴⁴), wurde es verneint, und zwar um deswillen, weil dem Anerkennungsvermerk die Rechtskraftwirkung fehlte. Das war kein stichhaltiger Grund⁴⁵). Er kann heute um so weniger gelten, als der Vermerk des Nichtbestreitens jedenfalls hinsichtlich der Vollstreckbarkeit einem rechtskräftigen Leistungsurteil gleichgestellt worden ist. Auf die Tatsache der endgültigen, d. h. nicht bloß vorläufigen Vollstreckbarkeit aber kommt es bei der Frage der „Aufhebung älterer Schuldtitel“ allein an. Daß diese zufolge Wegfalls ihrer Vollstreckbarkeit auch ihre etwaige Feststellungs-, d. i. Rechtskraft, verlieren, hat noch

Abs. 6), da insoweit dem früheren Vermerk des Nichtbestreitens die Rechtskraftwirkung fehlt (oben III 1, 2).

⁴⁰) Anders wohl, jedenfalls zweifelnd Münzel: DRZ. 1935, 247 u. DRZ. 1935, 1485.

⁴¹) § 129 Abs. 4 SGB.; Riefow, „VerglD.“, § 89 Anm. 17; Bley § 89 Nr. VI 2; Vogel's § 109 Anm. II 7 c.

⁴²) Riefow § 89 Anm. 7; Bley § 89 Anm. III 3 b a; Vogel's § 109 Anm. II 5 d.

⁴³) Münzel a. a. D.; Jaeger, „AnfsG.“, § 2 Anm. 19.

⁴⁴) RGZ. 132, 115 = ZW. 1931, 2118²⁵.

⁴⁵) Ausführlich Bley a. a. D. § 75 Nr. IV 5 mit Nachw.

³⁵) Bei Prätendentenstreit können Schuldner und Verwalter auch den neuerdings von Jaeger a. a. D. § 139 Anm. 1 a vorgeschlagenen und von Menzel § 529, gebilligten Ausweg wählen, die Forderung zwar hinsichtlich der Rechtszuständigkeit zu bestreiten, aber mit der Beschränkung, daß dies nur bis zur Austragung des Streites unter den Prätendenten gelten solle. Doch bedarf es dann einer Rücknahme des Widerspruchs, die insoweit auch noch nach Vergleichsbestätigung zulässig ist, für den Verwalter allerdings nur, solange er noch im Amt ist.

³⁶) Siehe über diese Bley, „VerglD.“, § 62 Nr. I 2 = S. 646.

³⁷) Es gilt also auch insoweit das Entsprechende wie bei der Feststellung zur Konkurstabelle (Jaeger a. a. D. § 145 Anm. 7 mit Verw.; Menzel § 145 Anm. 7.

³⁸) Bley a. a. D. § 75 Anm. I 4, III 3 d.

³⁹) Vogel's a. a. D. § 102 Anm. I 2 b = S. 442. Wird jedoch im Konkurs die Rechtszuständigkeit oder die Anmeldbarkeit der gemäß § 85 VerglD. titulierten Forderung bestritten, so hat der Anmelber, nicht der widersprechende Verwalter oder Konkursgläubiger die Last der Betreibung des Feststellungsstreits (KO. § 146 Abs. 1 gegen

niemand behauptet. Da aber die herrschende Lehre zum Wegfall eines alten Titels Rechtskraft des neuen verlangt, muß sie auch nach jegigen Recht neben dem Vermerk des Nichtbestreitens dem alten Titel noch Vollstreckbarkeit zuerkennen⁴⁶⁾. Allerdings hat die Frage heute im Hinblick auf § 85 Abs. 3 VerglD. bezüglich der Erteilung einer Vollstreckungsklausel für die ungeklärte Forderung an Bedeutung verloren⁴⁷⁾. Unpraktisch ist sie aber auch unter der neuen Ordnung keineswegs. Lautet nämlich der alte Titel auf eine andere Leistung als Geld oder auf eine Fremdwährung, so kann, wenn aus ihm nach Vergleichsbestätigung vollstreckt wird, der Schuldner sich nach der herrschenden Lehre nur mit einer Vollstreckungsgegenklage wehren. Nach unserer Ansicht genügt die einfache Erinnerung (§ 766 ZPO.).

4. Nur wenn man dem Vermerk des Nichtbestreitens Rechtskraftwirkung zuerkennt, kann man einer schon vor Beginn der Abstimmung zulässig gewesen, aber vom Schuldner erst später erklärten Aufrechnung im Falle der Vergleichsbestätigung die Wirksamkeit verjagen⁴⁸⁾. Der Hinweis von Münzel⁴⁹⁾, daß nach der unbedingt herrschenden Ansicht ein Schuldner seine Vollstreckungsgegenklage nicht auf eine vor der letzten Tatsachenverhandlung möglich gewesene Aufrechnung stützen kann, trifft nicht das Wesentliche. Denn dieser Ausschluß ist Folge der Rechtskraft, nicht der Vollstreckbarkeit, die doch dem Vermerk des Nichtbestreitens nach der Gegenmeinung allein zuzumuten soll. Deshalb könnte die bloße Vollstreckbarkeit des Vermerks, trotzdem dieser insoweit einem vollstreckbaren Urteil gleichgestellt ist, nicht den Ausschluß einer früheren (aber vom Schuldner versehentlich unbenutzt gelassenen) Aufrechnungsmöglichkeit herbeiführen. Der Vollzug der Aufrechnung steht der Erfüllung gleich. Der Einwand der späteren Erfüllung aber ist dem Schuldner nicht verjagt. Die Aufrechnung hat freilich rückwirkende Kraft (§ 389 BGB.). Aber das kann ihr Wirksamwerden eben nur hindern, wenn der Vermerk die Kraft gehabt hat, die unbestrittene Forderung als noch bei Beginn der Abstimmung bestehend rechtskräftig festzustellen. Und selbst bei Zuerkennung der Rechtskraftwirkung kann dem Schuldner der Einwand einer erst nachträglich vollzogenen Aufrechnung nicht schlechthin verjagt sein: Er ist dann nicht ausgeschlossen, wenn der im Gläubigerver-

zeichnis als Forderungsberechtigt Eingetragene bereits bei Beginn der Abstimmung in Wirklichkeit nicht der Gläubiger war und nunmehr sich eine Möglichkeit der Aufrechnung gegenüber dem wahren Gläubiger herausstellt. Wie der Vermerk hinsichtlich der Zuständigkeit des Gläubigerrechts keine Rechtskraft wirkt (oben III 1), so kann er auch dem Schuldner im Verhältnis zu dem wahren Gläubiger, in dessen Person die Forderung gar nicht anerkannt worden ist, keinesfalls die Aufrechenbarkeit beschränken.

5. Erkennt man dem Vermerk Rechtskraftwirkung zu, so ist schließlich eine entsprechende Anwendbarkeit der §§ 579 f. ZPO. unzweifelhaft. Das Wiederaufnahmeverfahren gegenüber dem Gläubiger einer als unbestritten vermerkten Forderung wird auch keineswegs durch die Vergleichsbestätigung ausgeschlossen, denn der Bestätigungsbeschluß hat heilende Kraft nur in bezug auf formelle und materielle Mängel des Vergleichsverfahrens als solchen und des Vergleichs selbst⁵⁰⁾. Die Vergleichsbestätigung ist im Gegenteil sogar eine Voraussetzung der Zulässigkeit der Wiederaufnahme, da ja der Vermerk erst mit der Bestätigung Rechtskraftwirkung erlangt. In Betracht kommen kann namentlich eine Restitutionsklage auf Grund der Nr. 2, 4, 7 des § 580 ZPO. So wenn der Gläubiger durch arglistiges Verschweigen den Titel für eine bereits erloschene Forderung erschlichen hat, oder wenn der Verwalter wider besseres Wissen und zufolge der Unkenntnis des für den verhinderten Schuldner zugelassenen Vertreters (§ 68 Abs. 2 VerglD.) die Titulierung einer vom Gläubiger erst im Termin angemeldeten, nicht bestehenden Forderung ermöglicht hat (vgl. § 266 StGB.), schließlich und vor allem, wenn nachträglich neue, das Bestreiten stützende Urkunden aufgefunden werden. Wer mit dem RG. im Falle der Konkursfeststellung bei arglistiger und gegen die guten Sitten verstoßenden Erschleichung des Nichtbestreitens die Vollstreckungsgegenklage, und zwar noch nach Verlust der Restitutionsmöglichkeit, zuläßt⁵¹⁾, wird auch bei Verneinung der Rechtskraft des vergleichsrechtlichen Nichtbestreitungsvermerks in manchen Fällen helfen können. Die Ausnahme verjagt aber gerade im praktisch wichtigsten Falle, eben bei nachträglichem Auffinden neuer, das Bestreiten stützender Urkunden, wenn hier dem Gläubiger, z. B. als Erben, Arglist nicht nachzuweisen ist.

⁵⁰⁾ Was Münzel a. a. O. verkennt. Die Heilkraft des Bestätigungsbeschlusses äußert sich mit Bezug auf die titulierte Forderung nur darin, daß ihr Stimmenrecht und damit ihre Maßgeblichkeit für das Zustandekommen des Vergleichs ohne Rücksicht auf die spätere Überkennung der Forderung im Wiederaufnahmeverfahren unberührt bleiben.

⁵¹⁾ So Menzel a. a. O. § 145 Anm. 6 mit Rspr. des RG.; dagegen Jaeger § 145 Anm. 11 mit Verw.

Unzulässigkeit des Rechtswegs oder sachliche Unzuständigkeit?

Zur Auslegung des Beschlusses des Großen Senats für Zivilsachen (= OStZ.) v. 21. Dez. 1937*).

Von Dr. Max Pagenstecher, ordentlichem Professor an der Hanjischen Universität,
Mitglied der Akademie für Deutsches Recht

I. Im Jahre 1914 schrieb Stölzel in einem Rechtslexikon¹⁾ unter dem Stichwort „Begriff des Rechtswegs“ was folgt: „A. Weitere Bedeutung. Im allgemeinen Staatsrecht versteht man unter Rechtsweg ein geordnetes streitiges Verfahren vor unabhängigen nur nach Rechtsgründen urteilenden richterlichen Behörden irgendwelcher Art. Den Gegensatz bildet der Verwaltungsweg, das Verfahren vor den Verwaltungsbehörden, die sich durch Verwaltungsgrundsätze und Zweckmäßigkeitsabwägungen leiten lassen. In diesem Sinne umfaßt der Begriff Rechtsweg das Zivil- und Straf-

prozessverfahren vor den ordentlichen sowie den besonderen Gerichten, das Verwaltungsstreitverfahren und sonstige prozessartige Verfahren vor gerichtähnlichen Behörden... B. Engere Bedeutung. Im Prozessrecht dagegen bedeutet Rechtsweg soviel wie ordentlicher Rechtsweg, das Verfahren vor den ordentlichen Gerichten nach den Regeln des Zivilprozesses. So ist der Begriff aufzufassen, wenn die Gesetze die „Zulässigkeit des Rechtswegs“ behandeln (insbesondere § 17 OStZ., §§ 274 Abs. 2 Ziff. 2, 547 Ziff. 1 ZPO.), ihn zulassen oder ausschließen²⁾. . . Soweit der Rechtsweg im Gegensatz nicht zum Verwaltungsweg, sondern zu der Zuständigkeit besonderer Gerichte steht, spricht man auch (vgl.

) Vgl. RGZ. 156, 279 ff. = ZZ. 1938, 365.

1) Stengel-Fließmann, Wörterbuch des Deutschen Staats- und Verwaltungsrechts (2) 3, 227 f.

2) Stölzel hätte hier auch noch § 9 OStZ. erwähnen können.

§§ 6, 28 GewGerG., §§ 6, 16 KaufmGerG.) von der „Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte“ statt von der „Zulässigkeit des Rechtswegs“. Indes unterscheidet sich diese „Zuständigkeit von der in den ersten drei Titeln der ZPD. behandelten Zuständigkeit des Gerichts insofern, als dort nicht die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts (örtliche Zuständigkeit) oder der gewählten Art unter den ordentlichen Gerichten (sachliche Zuständigkeit) in Frage steht, sondern die Zuständigkeit aller ordentlicher Gerichte (§ 274 Abs. 2 Nr. 2 ZPD. im Gegensatz zu Nr. 1 daselbst).“

Im Gegensatz zu dieser Auffassung nahm aber bis zum Erlaß des hier zu besprechenden Beschlusses die weitaus herrschende Meinung unter Führung des RG. an, daß das Wort „Rechtsweg“ in § 274 Abs. 2 Nr. 2 und in § 511a Abs. 4, 547 Nr. 1 ZPD. eine weitere Bedeutung habe, nämlich: Rechtsweg vor den Zivilgerichten (einschließlich der Zivilsondergerichte; §§ 13, 14 GBG.).⁴⁾ Hieraus mußte man folgern und hat man auch gefolgert, daß der vor einem ordentlichen Zivilgericht erhobene Einwand, ein Zivilsondergericht sei zuständig, nicht — wie Stölzel lehrt — unter § 274 Abs. 2 Nr. 2 ZPD., sondern unter Nr. 1 daselbst (Einrede der Unzuständigkeit des Gerichts) falle.

In dem in der Überschrift erwähnten Beschluß hat der OStZ. nun ausgesprochen, es erweise „angebracht . . . abweichend von der bisherigen reichsgerichtlichen Rechtsprechung allgemein im Sinne der Prozeßgesetze die Trennungslinie (sc. zwischen Zulässigkeit und Unzulässigkeit des Rechtswegs) nicht zwischen Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichten einerseits und ordentlichen und besonderen Gerichten andererseits zu ziehen, sondern zwischen den ordentlichen Gerichten auf der einen Seite und allen anderen öffentlichen Stellen auf der anderen Seite, und demgemäß auch für den § 547 Nr. 1 ZPD. die „Unzulässigkeit des Rechtswegs“ als gleichbedeutend zu betrachten mit der „Unzulässigkeit des Rechtswegs vor den ordentlichen Gerichten“ oder der „Unzulässigkeit des ordentlichen Rechtswegs“ . . .“⁵⁾

Damit hat das RG. den unerfreulichen Zustand beseitigt, daß das Wort „Rechtsweg“ nicht einmal im Zivilprozeßrecht eine einheitliche Bedeutung hatte. Der Beschluß wäre daher nur zu begrüßen, wenn nicht die bis dahin herrschende Meinung im Gesetz (durch § 528 ZPD., § 48 ArbGG.) verankert wäre, so daß — mindestens prima facie — ein Widerspruch besteht zwischen dem Wortlaut und dem Sinn des Gesetzes und dem Wortlaut des Beschlusses des OStZ.

Der OStZ. führt aus: Für das Verfahren vor den Sondergerichten hat sich ein fester Sprachgebrauch nicht gebildet; deshalb darf man keine Schlüsse daraus ziehen, daß „das GewGerG. und das KaufmGerG. (ebenso heute das ArbGG.) nur von der Zuständigkeit und nicht vom Rechtsweg sprechen, zumal da die Möglichkeit nicht auszuschließen ist, daß man hier die Frage, ob die Zuständigkeit dieser Gerichte als Ausschließung des Rechtswegs zu betrachten sei, absichtlich als ungeklärt offengelassen hat“⁶⁾.

Von § 528 ZPD. kann man aber gewiß nicht sagen, daß er diese Frage offenlassen wollte. Sagt er doch ausdrücklich, daß bei „Zuständigkeit eines Arbeitsgerichts“ . . . die „Einrede der Unzuständigkeit des Gerichts“ (§ 274 Abs. 2 Nr. 1 ZPD.), also nicht die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtswegs (§ 274 Abs. 2 Nr. 2 ZPD.), begründet sei.

Zu der Frage, ob bei Zuständigkeit eines Zivilsondergerichts sachliche Unzuständigkeit oder Unzulässigkeit des Rechtswegs vorliege, führen Jonas-Pohle⁷⁾ aus: „Wird das ordentliche Gericht in einem Falle angerufen, für dessen Entscheidung ein besonderes Gericht⁸⁾ besteht, so liegt kein Fall der Unzulässigkeit des Rechtswegs vor, sondern es fehlt ihm lediglich die sachliche Zuständigkeit. Dies ist in § 48 ArbGG. und in § 528 (ZPD.) für das Verhältnis zu den Arbeitsgerichten klargestellt.“

Der Beschluß des OStZ. erwähnt diese beiden Paragraphen mit keinem einzigen Wort. Es findet sich auch nirgends eine Andeutung, woraus man entnehmen könnte, daß die Arbeitsgerichte zu den „ordentlichen Gerichten“ im Sinne des oben zu Nr. 5 wiedergegebenen Zitats zu rechnen seien.

Will man den vom OStZ. aufgestellten Grundsatz mit den § 528 ZPD., § 48 ArbGG. in Einklang bringen, so muß man sagen: Die genannten Bestimmungen wollten anordnen, daß es sich bei einem Streit darüber, ob in einer Rechtsache die ordentlichen Zivilgerichte oder die Arbeitsgerichte zu entscheiden haben, um einen Streit über die sachliche Zuständigkeit handelt. Über die Frage aber, ob die Verhältnisse ebenso liegen, wenn darüber gestritten wird, ob die ordentlichen Gerichte oder ein anderes Zivilsondergericht zu entscheiden habe, ist aus diesen Vorschriften nichts zu entnehmen.

Und man muß dem noch hinzufügen: Im Hinblick auf die § 528 ZPD., § 48 ArbGG. ist davon auszugehen, daß der OStZ. für diesen Fall eine Ausnahme machen wollte, daß also „die Trennungslinie“ seiner Ansicht nach in Wahrheit verlaufen soll zwischen den ordentlichen Gerichten und den Arbeitsgerichten auf der einen Seite und allen anderen „öffentlichen Stellen“ auf der anderen Seite.

Dabei bin ich mir vollständig darüber klar, daß mit dieser (im vorletzten Absatz befürworteten) Auslegung der § 528 ZPD., § 48 ArbGG. verstoßen wird gegen den Grundsatz, den der Große Senat für Strafsachen noch kürzlich aufgestellt hat: „Der Aufgabe, die das Dritte Reich der Rechtsprechung stellt, kann diese . . . nur gerecht werden, wenn sie bei der Auslegung der Gesetze . . . dazu mitzuhelfen versucht, daß die Ziele des Gesetzgebers verwirklicht werden . . . Ergibt sich . . ., daß der Gesetzgeber bestimmte Fragen nicht ausdrücklich geordnet hat, so ist es Recht und Pflicht der Rechtsprechung, aus der Gesamtheit der gesetzlichen Bestimmungen zu entnehmen, welche Lösung dem Willen des Gesetzgebers und dem gesunden Volksempfinden entspricht“⁹⁾. Bei Anwendung dieses Grundsatzes würde man nämlich zu dem Ergebnis gelangen, daß § 528 ZPD. und § 48 ArbGG. nicht etwa anordnen wollten: ist bei einem ordentlichen Gericht geklagt, obwohl die Arbeitsgerichte zuständig sind, so liegt nicht Unzulässigkeit des Rechtswegs, sondern sachliche Unzuständigkeit vor. Vielmehr hat der Gesetzgeber im Einklang mit der damals (1924)¹⁰⁾ schon herrschenden Meinung als selbstverständlich betrachtet, daß sachliche Unzuständigkeit der ordentlichen Zivilgerichte vorliege, wenn die Zuständigkeit irgend welcher Zivilsondergerichte gegeben ist. Der Gesetzgeber wollte aber, daß der Beklagte auch bei Zuständigkeit der Arbeitsgerichte in der Geltendmachung der ihm hier an sich zustehenden prozeßhindernden Einrede der sachlichen Unzuständigkeit beschränkt würde. Da man nun bei (ausschließlicher) sachlicher Zuständigkeit eines Zivilsondergerichts nicht davon zu sprechen pflegt, daß „ein

⁷⁾ Kommentar zur ZPD. (16) vor § 1 Text zu Nr. 133. In der Übersicht über die Judikatur ist der hier zur Erörterung stehende Beschluß noch nicht aufgeführt. Er wird — wenn ich recht sehe — zum erstenmal erwähnt vor § 1 Nr. 151. Offenbar ist der Text zu Nr. 133 abgesetzt worden, bevor den Verfassern die neue Entscheidung bekannt war. Wegen der Ausführungen im Text vor § 1 zu Nr. 151 vgl. unten III.

⁸⁾ Wie der Zusammenhang ergibt, ist hier nicht an Verwaltungs-sondergerichte, sondern nur an Zivilsondergerichte gedacht. Der OStZ. spricht hier von „besonderen Gerichten im Sinne der §§ 13, 14 GBG.“

⁹⁾ Vgl. RSt. 72, 93 f. = JW. 1938, 851¹⁾; VerBeschl. JW. 1938, 1105¹⁾.

¹⁰⁾ Vgl. zum Text die Nachweisungen RGZ. 156, 285 ff. = JW. 1938, 366 f.

³⁾ Die in Klammern gesetzten Worte zeigen deutlich, daß Stölzel aus dem von ihm erwähnten Sprachgebrauch keine praktischen Folgerungen ziehen wollte.

⁴⁾ Abweisung wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs hat nach der Judikatur des RG. auch dann zu erfolgen, wenn eine Sache vor einen Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit gehört. Vgl. z. B. RGZ. 63, 236. Im Text bleiben diese Fälle außer Betracht; auch der OStZ. hat sich damit nicht befaßt.

⁵⁾ RGZ. 156, 291 = JW. 1938, 368 (Schlußabsatz der Entscheidung Nr. 2).

⁶⁾ RGZ. 156, 289 = JW. 1938, 368 Sp. 1 oben.

ausschließlicher Gerichtsstand“ begründet sei¹¹⁾, mußten in § 528 Satz 2 ZPO. die Worte „oder die Zuständigkeit eines Arbeitsgerichts“ eingefügt werden¹²⁾ 13).

Den Lesern dieser Zeitschrift wäre aber nicht damit gedient, wenn ich mich hier darüber verbreiten würde, ob der Beschluß mit dem Gesetz vereinbar ist. Ist er doch für die Praxis unbedingt maßgebend. Und deshalb kann es in diesen für Praktiker bestimmten Ausführungen nur meine Aufgabe sein, zu versuchen, ihn mit dem Gesetz in Einklang zu bringen, und zu zeigen, was Rechts ist, wenn man davon ausgeht, daß eine solche Übereinstimmung besteht.

II. Im folgenden soll nun gezeigt werden, zu welchen praktischen Ergebnissen man gelangt, wenn man den Beschluß so auslegt, wie es oben I geschehen ist.

Für das Verhältnis zwischen den ordentlichen Zivilgerichten und den Arbeitsgerichten ändert sich dann nichts. Im übrigen ist aber in Zukunft davon auszugehen, daß es sich bei einem Streit darüber, ob ein ordentliches Zivilgericht oder ein Zivilsondergericht zu entscheiden hat, um die Zulässigkeit des Rechtswegs handelt.

Die Änderung, die hierdurch eintritt, ist bedeutsamer, als es auf den ersten Blick scheint.

A. Da nur ein sachlich und örtlich zuständiges Gericht über die Zulässigkeit des Rechtswegs zu entscheiden befugt ist, darf das Gericht eine Klage wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs erst abweisen, nachdem es die Frage geprüft und bejaht hat, ob es örtlich und sachlich zuständig ist¹⁴⁾. Das will besagen: ob es zu entscheiden hätte, wenn der Rechtsweg nicht ausgeschlossen wäre.

Beispiel 1: „Ein Bauer (B.) ... hat mit einem Milchhändler (M.) einen mehrjährigen Vertrag über die Lieferung frischer Milch abgeschlossen. Während der Laufzeit dieses Vertrages wird die Marktordnung erlassen, und der Bauer wird zur Lieferung fortan einer Molkerei zugewiesen“¹⁵⁾. B. kündigt dem M. den Vertrag mit sofortiger Wirkung. Da M. die Rechtsgültigkeit der Kündigung bestreitet, klagt B. beim Amtsgericht auf Feststellung, daß der Vertrag nicht mehr bestehe. M. macht (nur) geltend, der Wert des Streitgegenstandes übersteige den Betrag von 500 RM; deshalb seien die Landgerichte zuständig.

Wenn hier zur Feststellung des Wertes des Streitgegenstandes eine Beweisaufnahme erfolgen muß, das Gericht aber andererseits davon überzeugt ist, daß die auf Grund der Verordnung über die Bildung von Schiedsgerichten für die landwirtschaftliche Marktregelung v. 26. Febr. 1935 (RGBl. I,

¹¹⁾ Dieser Ausdruck wird vielmehr nur gebraucht, um klarzustellen, daß ein ordentliches Gericht örtlich oder sachlich ausschließlich zuständig sei; vgl. einerseits § 20 ArbGG., andererseits §§ 40 Abs. 2, 802 ZPO. und demgegenüber § 2 ArbGG. („unter Ausschluß der ordentlichen Gerichte“).

¹²⁾ In der Fassung der Novelle von 1924 hieß es noch: „oder die Zuständigkeit eines Gewerbe- oder Kaufmannsgerichts“. Seit dem 1. Jan. 1934 lautet § 528 Satz 2 erster Halbsatz wie folgt: „Das gleiche gilt, wenn bei vermögensrechtlichen Ansprüchen für die Klage ein ausschließlicher Gerichtsstand oder die Zuständigkeit eines Arbeitsgerichts begründet ist, von der Einrede der Unzuständigkeit des Gerichts, sofern der Beklagte in erster Instanz zur Hauptsache mündlich verhandelt hat.“

¹³⁾ Das dürfte auch die Ansicht von Jonas (15) § 528 Bem. III sein, wenn er ausführt, es sei nicht beabsichtigt gewesen, „den Arbeitsgerichten vor den übrigen Sondergerichten ... eine Ausnahmestellung zu geben“. Aus dem Zusammenhang ergibt sich m. E., daß Jonas sagen will: keine Ausnahmestellung, was die Frage betrifft, ob Unzuständigkeit oder Unzulässigkeit des Rechtswegs vorliege. — § 528 Satz 2 ZPO. will nicht etwa die Beweisaufnahme auch für den Fall beschränken, daß der Beklagte geltend machen will, ein anderes Zivilsondergericht sei (ausschließlich) zuständig. Insofern — aber auch nur insofern — wird den Arbeitsgerichten hier doch eine Sonderstellung eingeräumt.

¹⁴⁾ Vgl. RG.: JW. 1912, 643¹⁵⁾, wo es heißt: „Zur Entscheidung über die Zulässigkeit des Rechtswegs waren das Landgericht und das Oberlandesgericht in Hamburg ebenso wie zur Entscheidung über den Anspruch selbst nur unter der Voraussetzung berufen, daß sie dem Bestreiten des Beklagten gegenüber ihre örtliche Zuständigkeit für begründet hielten.“ Ebenso ArbGG.: JW. 1928, 1669¹¹⁾.

¹⁵⁾ Vgl. Herms, Die Zuständigkeit der Reichsgerichtsinstanzgerichte in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten (1938) S. 44; vgl. auch das. S. 48.

293) gebildeten Schiedsgerichte zuständig seien, so darf es doch die Klage nicht aus diesem Grunde abweisen. Es muß vielmehr zunächst seine sachliche Zuständigkeit prüfen. Kommt es hierbei zu dem Ergebnis, daß der Wert des Streitgegenstandes den Betrag von 500 RM übersteige, so muß es wegen sachlicher Unzuständigkeit abweisen, es sei denn, der Kläger habe gemäß § 276 ZPO. Verweisung an das Landgericht beantragt. Im letzteren Falle hat die Verweisung zu erfolgen. Das Landgericht hat dann darüber zu entscheiden, ob die Sache vor die oben erwähnten Schiedsgerichte gehört.

Beispiel 2: A. und B. sind Mitglieder des Milchwirtschaftsverbandes (RGBl. 1936, I, 374). A. klagt bei dem AG. in Rheydt auf Zahlung von 150 RM rückständigen Milchkaufgeldes. B. wendet ein, er wohne nicht in Rheydt, sondern in München-Glabach. Auch ein besonderer Gerichtsstand sei in Rheydt nicht begründet. In der Sache selbst fordert er Erhöhung des gemäß § 8 Abs. 1 Nr. 2 der Satzung für Milchverbandsverbände (RGBl. 1934, I, 280) festgesetzten Fuhrlohnes und rechnet mit dieser angeblichen Gegenforderung auf. Wenn das AG. Rheydt hier der Auffassung ist, daß die oben in Beispiel 1 erwähnten Schiedsgerichte zuständig seien¹⁷⁾, so darf es nicht etwa die Klage ohne jede weitere Prüfung wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs abweisen. Es muß vielmehr auch hier zunächst prüfen, ob es im Falle der Zulässigkeit des Rechtswegs (örtlich) zuständig wäre. Gelangt es zur Verneinung dieser Frage, so muß es, wenn der Kläger es beantragt, den Rechtsstreit gemäß § 276 ZPO. an das AG. in München-Glabach verweisen oder (wenn ein solcher Antrag nicht gestellt wird) die Klage wegen Unzuständigkeit des Gerichts abweisen. Es darf nicht etwa sagen: Ob an und für sich (d. h. bei Zulässigkeit des Rechtswegs) das AG. Rheydt oder das AG. München-Glabach zuständig wäre, kann dahingestellt bleiben, da ja feststeht, daß der Rechtsweg unzulässig ist. Ebenso wenig wie ein Gericht sagen darf: „der Anspruch besteht nicht; deshalb ist die Klage als unbegründet abzuweisen, ohne daß zu prüfen war, ob der Rechtsweg zulässig sei“ — darf es ohne Prüfung seiner (örtlichen und sachlichen) Zuständigkeit die Klage wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs abweisen.

Beispiel 3: Von einer zu einer Schiffsbesatzung gehörigen Person werden beim LG. Hamburg 600 RM Dienstlohn eingeklagt. Der Beklagte wendet ein, nach § 23 Nr. 2 ArbGG. sei hier das Amtsgericht zuständig¹⁸⁾. Hält das Landgericht die Arbeitsgerichte für zuständig, weil der Kläger nicht zur Besatzung eines Seeschiffes, sondern zur Besatzung eines Binnen Schiffes gehöre¹⁹⁾, so kann es (auf Antrag des Klägers) den Rechtsstreit gemäß § 276 ZPO. in Verbindung mit § 48 ArbGG. an das Arbeitsgericht verweisen. Daß das Landgericht sachlich unzuständig wäre, wenn diese Streitigkeiten nicht einem Sondergerichte zugewiesen wären, hindert es an dieser Verweisung nicht. Wie § 276 ZPO., § 48 ArbGG. deutlich zeigen, ist selbst ein örtlich und sachlich unzuständiges ordentliches Zivilgericht befugt, mit bindender Kraft über die örtliche und sachliche Zuständigkeit eines Arbeitsgerichts zu entscheiden, während es nicht befugt ist, über die Zulässigkeit des Rechtswegs zu entscheiden.

Hieraus folgt: Wenn der Kläger die Verweisung an das zuständige Arbeitsgericht nicht beantragt, so muß das Landgericht die Klage (wegen Zuständigkeit der Arbeitsgerichte) als unzulässig abweisen. Einem etwaigen Antrag des Klägers auf Verweisung an das Amtsgericht darf das Landgericht auch dann nicht stattgeben, wenn es der Ansicht ist, daß das Amts-

¹⁷⁾ Das RG. hat diese Frage (mit Recht) verneint; vgl. RGZ. 157, 106 = JW. 1938, 1416³⁰⁾.

¹⁸⁾ Vgl. Jonas-Böhlke a. a. D. § 1 Bem. VIII A 1 b β. Im Text wird unterstellt, daß es sich um ein Arbeitsverhältnis handelt, welches nicht unter die „Tarifordnung für die deutsche Seeschiffahrt“ v. 15. Nov. 1934 u. 19. Dez. 1935 fällt (vgl. über den Geltungsbereich §§ 1 f. das.), so daß das Tarifschiedsgericht (§ 57 ZD.) nicht zuständig ist.

¹⁹⁾ Vgl. Derjch-Bollmar, ArbGG. (5) § 2 Anm. 18 a. E. — Auch hier wird unterstellt, daß für das fragliche Arbeitsverhältnis eine Tarifordnung mit „Treuhänder-Schiedsklausel“ (vgl. § 91 Abs. 1 ArbGG. und dazu Derjch-Bollmar a. a. D. § 91 Anm. 4 ff.) nicht besteht.

gericht zuständig sein würde, im Falle die Streitsache nicht den Arbeitsgerichten zugewiesen wäre.

Beispiel 4: Wenn im Beispiel 1 die Sache an das Landgericht verwiesen ist und dieses die Klage abgewiesen hat, weil die in Beispiel 1 genannten Schiedsgerichte zuständig seien, so kann der Kläger ohne Rücksicht auf den Wert des Beschwerdegegenstandes Berufung einlegen. Wenn dagegen das LG. Hamburg im Beispiel 3 die Klage abweist, weil die Arbeitsgerichte zuständig seien, so ist die Berufung des Klägers als unzulässig zurückzuweisen, wenn der Wert des Beschwerdegegenstandes (der hier identisch ist mit dem Wert des Streitgegenstandes) 100 RM nicht übersteigt.

Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich: ist eine Klage bei einem ordentlichen Zivilgericht anhängig gemacht, das, auch wenn die Sache vor die ordentlichen Zivilgerichte gehören würde, doch sachlich oder örtlich unzuständig wäre, so gestaltet sich das weitere Verfahren verschieden, je nachdem ob ein Arbeitsgericht oder eine sonstige „öffentliche Stelle“ zur Entscheidung berufen ist.

B. Daß § 276 ZPO. auch „auf das Verhältnis der Arbeitsgerichte und der ordentlichen Gerichte zueinander entsprechende Anwendung“ findet, ist in § 48 ArbGG. besonders bestimmt. Zweifelhaft war es dagegen bisher, ob § 276 ZPO. auch dann entsprechend anwendbar sei, wenn nicht ein Arbeitsgericht, sondern ein anderes Zivilsondergericht zuständig ist. Für Verneinung der Frage sprach § 48 ArbGG. (arg. e contr.); trotzdem wurde sie aber von Jonas²⁰⁾ bejaht. Zur Begründung der Ansicht von Jonas ließ sich bisher anführen, § 276 ZPO. wolle (u. a.) alle Fälle umfassen, wo die sachliche Zuständigkeit irgendeines anderen Zivilgerichts — also auch die eines Zivilsondergerichts — begründet sei. Setzt dagegen muß man in diesen Fällen fragen: Ist § 276 ZPO. auch dann entsprechend anwendbar, wenn der Rechtsweg unzulässig ist? Daß diese Frage zu verneinen ist, kann m. E. aber nicht zweifelhaft sein, weil die Voraussetzungen für eine entsprechende Anwendung hier nicht vorliegen²¹⁾.

C. Ist ein Anspruch bei einem ordentlichen Zivilgericht anhängig und tritt ein Gesetz in Kraft, aus dem sich ergibt, daß für den betreffenden Anspruch die Arbeitsgerichte zuständig sein sollen, so ist § 263 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. (perpetuatio fori) entsprechend anwendbar. Bestimmt das Gesetz dagegen, daß ein anderes Zivilsondergericht zuständig sein soll, so muß die Klage wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs abgewiesen werden²²⁾.

D. Beispiel 5: Hatte der vor dem Landgericht auf Zahlung von 600 RM Beklagte eingewandt, das Amtsgericht sei zuständig, und hat das Gericht sich durch Zwischenurteil (§ 303 ZPO.) für sachlich zuständig erklärt, so kann der Beklagte in erster Instanz nicht mehr einwenden, die Sache gehöre vor die Arbeitsgerichte. Mit dieser Behauptung ist er arg. § 318 ZPO. präkludiert. Man kann nicht etwa sagen: das Gericht wollte nur die Frage entscheiden, ob die Landgerichte oder die Amtsgerichte sachlich zuständig seien. Das Gericht hat entschieden, daß es sachlich zuständig ist. Ob nicht etwa die Arbeitsgerichte zuständig seien, hätte es ja arg.

²⁰⁾ Vgl. Jonas (15) § 276 Bem. II Text nach N. 6 in Verbindung mit Jonas-Pohle (16) vor § 1 Bem. IV Text nach N. 132. Die Frage ist daselbst nicht expressis verbis bejaht. Da aber Jonas den § 276 unter Umständen (vgl. unten N. 21) sogar anwenden will, wenn der Rechtsweg unzulässig ist, muß man wohl annehmen, daß das (ebenfalls bis zu dem Erlaß des Beschlusses der GZ.) seine Ansicht war. — Aus der nach Abschluß meines Manuskripts erschienenen 3. Fieferung der 16. Aufl. ersehe ich, daß Jonas-Pohle die oben angeführte Stelle der 15. Aufl. unverändert übernommen haben; s. wiederum § 276 Bem. II Text nach N. 6.

²¹⁾ Ebenso mit Recht Baumbach, Kommentar (14) § 276 Anm. 1 B; a. M. Jonas für solche Fälle, wo „für beide Verfahren dieselbe Art von Gerichten zuständig ist“ (vgl. Jonas [15] § 276 Bem. II Text vor N. 7; unverändert übernommen in die 16. Aufl.). Vgl. zum Text Pagenstecher, Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht 11 (1937), 454.

²²⁾ Im Text wird für beide Fälle vorausgesetzt, daß das betr. Gesetz keine Vorschrift darüber enthält, ob es auch für bereits rechtshängige Sachen gelten soll. Vgl. zum Text Pagenstecher a. a. D. 455.

§ 2 ArbGG. von Amts wegen prüfen müssen. Aber diese Verjähren kann es jetzt nicht wieder gutmachen.

Anders ist dagegen die Rechtslage, wenn im Beispiel 5 der Beklagte nach Erlaß des Zwischenurteils einwendet, ein anderes Zivilsondergericht sei zuständig. Hiermit muß er selbstverständlich gehört werden. Handelt es sich doch hier um die Zulässigkeit des Rechtswegs, über die eine Entscheidung überhaupt noch nicht ergangen ist.

III. Im praktischen Ergebnis dürften auch Jonas-Pohle die hier verteidigte Ansicht über die Auslegung des Beschlusses des GZ. teilen. An der in den früheren Auflagen vertretenen Meinung, daß in Fällen, wo ein Zivilsondergericht zur Entscheidung berufen ist, Unzuständigkeit des angegangenen ordentlichen Gerichts und nicht etwa Unzulässigkeit des Rechtswegs vorliege, halten sie zwar auch jetzt noch fest. Aber die Folgerungen, die sich hieraus ergeben, werden jetzt nur noch bei den Arbeitsgerichten gezogen. In allen übrigen Fällen wollen Jonas-Pohle (unter Bezugnahme auf den Beschluß des GZ.) nunmehr die Bestimmungen über die Zulässigkeit des Rechtswegs „entsprechend“ anwenden²³⁾. Jonas-Pohle sind hier offenbar auch bestrebt, den Beschluß mit dem Gesetz in Einklang zu bringen, und erreichen dieses Ziel dadurch, daß sie das praktische Ergebnis, zu dem das RG. gelangen will und auch gelangt, theoretisch anders begründen. Ihre Formulierung kann aber leicht zu Mißverständnissen führen. Es liegt nämlich nahe, hieraus zu folgern:

Wenn ein Verwaltungssondergericht zuständig ist, so ist der Rechtsweg unzulässig. Hier sind also stets die Vorschriften über die Unzulässigkeit des Rechtswegs anwendbar. Wenn dagegen ein Zivilsondergericht zuständig ist, so sind die Vorschriften über die Unzulässigkeit des Rechtswegs nur „entsprechend“ anwendbar²⁴⁾. Hier hat also der Richter in jedem einzelnen Fall zu prüfen, ob die Voraussetzungen für eine „entsprechende“ Anwendung vorliegen. Verneint er die Frage, so sind die Vorschriften anzuwenden, die für die sachliche Unzuständigkeit gelten.

Mit einer solchen Argumentation würde man sich — was Jonas-Pohle sicherlich nicht wollen — mit dem Beschluß des GZ. in Widerspruch setzen; denn dann müßte (wenn man von den Arbeitsgerichten absteht) doch wieder darüber entschieden werden, ob das Gericht, das der Beklagte für zuständig hält, ein Zivilsondergericht oder ein Verwaltungssondergericht ist, weil die anzuwendenden Rechtsätze in beiden Fällen nicht die gleichen wären. Gerade das will ja aber der Beschluß vermeiden²⁵⁾. Deshalb scheint es mir richtiger zu sein, klipp und klar zu sagen: in allen Fällen, wo Streit darüber herrscht, ob die ordentlichen Zivilgerichte oder die Arbeitsgerichte einerseits oder eine sonstige „öffentliche Stelle“ andererseits zur Entscheidung berufen ist, sind nach dem Beschluß des GZ. die Vorschriften über die Zulässigkeit des Rechtswegs stets unmittelbar anzuwenden.

IV. Nach Baumbach²⁶⁾ soll auch bei Zuständigkeit der Arbeitsgerichte der Rechtsweg unzulässig sein.

Wenn diese Auslegung auch mit dem Wortlaut des Beschlusses des GZ. übereinstimmt, so ist sie m. E. doch unhaltbar, und zwar aus zwei Gründen:

1. Weil sie gegen den klaren Wortlaut und den Sinn des Gesetzes (§ 48 ArbGG., § 276 ZPO.) verstößt²⁷⁾, und
2. weil sie bei folgerichtiger Durchführung zu ganz untragbaren praktischen Ergebnissen führt.

Baumbach kann nicht bestreiten, daß man auch vom Boden seiner Grundauffassung aus § 48 ArbGG. und §§ 276, 278 ZPO. anwenden muß²⁸⁾. Wenn aber die These, daß

²³⁾ A. a. D. vor § 1 Text zu N. 151.

²⁴⁾ Im Text lasse ich natürlich die Arbeitsgerichte außer Betracht. Hier wollen ja auch Jonas-Pohle stets die Vorschriften über die sachliche Zuständigkeit anwenden.

²⁵⁾ Vgl. RGZ. 156, 290 f. = ZB. 1938, 368 2.

²⁶⁾ A. a. D. Anm. 2 vor GZ. § 12 sowie GZ. § 13 Anm. 1; anders allerdings GZ. § 17 Anm. 1.

²⁷⁾ Vgl. oben Text nach N. 6.

²⁸⁾ Vgl. a. a. D. Anm. 2 vor GZ. § 12 und ZPO. § 276 Anm. 1 B.

trogdem bei Zuständigkeit der Arbeitsgerichte Unzulässigkeit des Rechtswegs vorliege, überhaupt einen Sinn haben soll, so muß man mindestens zunächst davon ausgehen: wo nicht positiv das Gegenteil bestimmt ist, sind die Vorschriften anwendbar, die bei Unzulässigkeit des Rechtswegs gelten. Aber dann wird sich in den meisten Fällen — ja vielleicht sogar stets — die Frage ausdrängen: ergibt sich nicht aus § 48 ArbGG, § 528 ZPO., daß, insoweit die Arbeitsgerichte in Betracht kommen, jene Vorschriften nicht gelten sollen? Um Unstimmigkeiten zu vermeiden, würde man dann schließlich wohl doch überall die für die sachliche Unzuständigkeit gegebenen Vorschriften „entsprechend“ anwenden, so daß der Satz: „wenn die Arbeitsgerichte zuständig sind, ist der Rechtsweg unzulässig“ nur noch auf dem Papier stünde.

Hierfür nur ein Beispiel! Würde, während der Prozeß in erster Instanz schwebt, die Streitsache durch Gesetz den Arbeitsgerichten zugewiesen, so müßte, auch wenn keine Partei sich hierauf beriefe, die Klage als unzulässig abgewiesen werden²⁹⁾. Wenn dagegen das fragliche Gesetz erst in Kraft träte, nachdem der Beklagte in erster Instanz verurteilt ist und Berufung eingelegt hat, so dürfte es arg. § 528 Satz 2 letzter Halbsatz ZPO. von Amts wegen nicht berücksichtigt werden. Würde aber der Beklagte geltend machen, die Arbeitsgerichte seien nunmehr zuständig, also (nach Baumbach) die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtswegs erheben, so müßte (immer bei Anwendung der Vorschriften über Unzulässigkeit des Rechtswegs) die Klage als unzulässig abgewiesen werden.

Freilich liegt es nahe, hier etwa wie folgt zu argumentieren:

Daß § 263 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. bei Unzulässigkeit des Rechtswegs keine Anwendung findet, ist darauf zurückzuführen, daß unter allen Umständen vermieden werden soll, daß in diesem Falle ein ordentliches Gericht entscheide. Aus § 528 Satz 2 letzter Halbsatz ZPO. geht aber hervor, daß das Gesetz dort, wo die Zuständigkeit der Arbeitsgerichte in Frage steht, einen andern Standpunkt einnimmt; deshalb muß man in diesen Fällen § 263 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. entsprechend anwenden.

Ähnliche Zweifel ergeben sich, wenn das Oberlandesgericht die Klage als unzulässig abweist, weil die Arbeitsgerichte zuständig seien³⁰⁾. Soll hier Revision ohne Rücksicht auf Erwachsenheit zulässig sein? Oder ist auch hier wieder aus § 528 Satz 2 letzter Halbsatz ZPO. zu folgern, daß die ratio des § 547 Nr. 1 nicht gegeben sei und daher diese Vorschrift nicht durchgreife?

²⁹⁾ Weil die Zulässigkeit des Rechtswegs in jedem Stadium des Verfahrens von Amts wegen zu prüfen und § 263 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. (perpetuatio fori) hier nicht anwendbar ist. Vgl. hierzu Pagenstecher a. a. O. 455.

³⁰⁾ Im Text wird unterstellt, daß der Kläger keinen Verweisungsantrag (§ 48 ArbGG., §§ 523, 276 ZPO.) stellt, etwa weil er der Auffassung ist, daß § 263 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. hier durchschlage, oder meint, das neue Gesetz beziehe sich überhaupt nicht auf den Klageanspruch.

Fehlt die Zuständigkeit der ordentlichen Zivilgerichte, weil die Arbeitsgerichte zuständig sind, so muß man entweder stets die Vorschriften über die sachliche Unzuständigkeit oder stets die Bestimmungen über die Unzulässigkeit des Rechtswegs anwenden. Jeder Versuch einer Kompromißlösung würde zu den größten Unzuträglichkeiten führen, die weder der Gesetzgeber noch der OSG. gewollt hat.

V. Nach Baumbach soll weiter Unzulässigkeit des Rechtswegs auch dann vorliegen, wenn die Sache vor die Schiffsahrtsgerichte gehört und die Parteien nicht auf die ordentlichen Zivilgerichte prorogiert haben³¹⁾. Die sog. Schiffsahrtsgerichte sind aber nichts weiter als Abteilungen der ordentlichen Zivilgerichte³²⁾. Von einer Unzulässigkeit des Rechtswegs kann hier somit nicht die Rede sein.

VI. Zum Schluß noch eine kurze Bemerkung über eine Folgerung, die das RG. m. E. aus seiner neuen Grundanschauung ziehen müßte.

Sieht man von den Arbeitsgerichten ab, so können nunmehr ohne Rücksicht auf den Wert des Beschwerdegegenstandes Berufung und Revision stets darauf gestützt werden, daß nicht die ordentlichen Zivilgerichte, sondern eine andere deutsche „öffentliche Stelle“ zur Entscheidung berufen sei. Wie reimt sich damit zusammen, daß nach der Auffassung des RG. der in erster Instanz verurteilte Beklagte in vermögensrechtlichen Streitigkeiten niemals die Berufung darauf stützen kann, daß überhaupt keine deutsche „öffentliche Stelle“ zuständig sei, anders ausgedrückt: daß die deutsche internationale Zuständigkeit nicht begründet sei? Und weiter: daß die Revision (in vermögensrechtlichen Streitigkeiten) niemals gegeben ist, wenn die erste Instanz die deutsche internationale Zuständigkeit verneint und die zweite Instanz sie bejaht hat oder umgekehrt, so daß also der höchste Gerichtshof gerade bei einer Meinungsverschiedenheit der beiden Instanzgerichte niemals gehört werden kann?

Die hier angeschnittene Frage habe ich in meiner Abhandlung „Gerichtsbareit und internationale Zuständigkeit als selbständige Prozessvoraussetzungen“³³⁾ ausführlich erörtert und mich dabei zu der Ansicht bekannt, daß die §§ 512a, 549 Abs. 2 ZPO. keine Anwendung finden dürfen, wenn der Beklagte das Rechtsmittel darauf stützt, daß überhaupt keine deutsche „öffentliche Stelle“ zur Entscheidung berufen sei, anders ausgedrückt: daß die deutsche internationale Zuständigkeit nicht begründet sei. Im Hinblick auf den Beschluß des OSG. wäre es schwer verständlich, wenn das RG. an seiner bisherigen Ansicht auch noch in Zukunft festhalten würde. Mindestens de lege ferenda muß man sogar noch weiter gehen und bei jedem Streit über die internationale Zuständigkeit Berufung und Revision ohne Rücksicht auf den Wert des Beschwerdegegenstandes zulassen³⁴⁾.

³¹⁾ Vgl. a. a. O. OSG. § 14 Anm. 1 B a. E.

³²⁾ Vgl. die Begründung des Ges. über das Verfahren in Binnen-Schiffsahrtsachen v. 30. Jan. 1937 (RGBl. I, 97) in DJ. 1937, 175.

³³⁾ In der Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht 11 (1937), 337—483, besonders 442 ff.

³⁴⁾ Vgl. hierüber a. a. O. 463 ff.

Sachleistungen für Wehrzwecke¹⁾

Von Geh. Kriegsrat Dr. M. Wagner, Ministerialrat z. B. beim Oberkommando der Wehrmacht, Berlin

Von den Sachleistungen für Zwecke der Landesverteidigung handelt das kürzlich erschienene „Wehrleistungsgesetz“ (Gesetz über Leistung für Wehrzwecke v. 13. Juli 1938, RGBl. I, 887). Dieses WG. verwendet allerdings weder in seinem Texte noch in seiner Überschrift den Ausdruck „Sachleistungen“. Dennoch trifft er zu. Denn die Leistungspflicht ist grundsätzlich denen auferlegt, die durch ihr Vermögen aus dessen Beständen wehrwichtige Leistungen zu vollbringen imstande sind. Die persönliche

Verbindlichkeit zur Erfüllung der allgemeinen Wehrpflicht durch den „Wehrdienst“, sei es im aktiven, sei es durch Wehrdienst im Beurlaubtenstand, hat mit dem WG. nur einen einzigen Berührungspunkt, nämlich die Förderung der Landesverteidigung; sonst besteht zwischen Wehrpflicht oder Wehrdienst auf der einen und der Sachleistungspflicht des neuen Gesetzes keinerlei rechtliche Verwandtschaft. Schon der Kreis der Pflichtigen zeigt das. Der allgemeinen Wehrpflicht unterliegen nur männliche Deutsche in bestimmtem Lebensalter. Sie haben (auch im Beurlaubtenstand) Ehrendienst am Deutschen Volke zu leisten, so daß Wehrunwürdige ausgeschlossen sind. Sie betätigen ihre rechtliche Zugehörigkeit zum Deut-

¹⁾ Vgl. auch MinR. Dr. Babst, „Das Wehrleistungsgesetz“, Deutsche Verwaltung 1938, 423.

sehen Volke, üben also eine Gemeinschaftsfunktion, ein Mitgliedschaftsrecht aus. Das WVG. hingegen erfährt mechanisch jeden Vermögensträger, mithin ebenfalls den Wehrunwürdigen wie den Ausländer, Frauen und Männer in jedem Lebensalter. Die Unpersönlichkeit der WVG.-Leistungspflicht tritt darin zutage, daß sachleistungspflichtig auch diejenigen sind, die weder Deutsche sind noch im Deutschen Reich Wohnsitz oder Aufenthalt, aber im Reichsgebiet Vermögen haben. Natürlich sind sie nur mit diesem Inlandsvermögen leistungsgebunden.

Vor allem aber prägt sich der Gegensatz zur persönlichen Dienstleistung mittels Wehrdienstes kraft Wehrpflicht in der Tatsache aus, daß auch der in der deutschen Reichsangehörigkeit verbliebene Auslandsdeutsche wehrpflichtig ist, während seine Leistungspflicht nach dem WVG. sich wie die des Ausländers auf sein inländisches Vermögen beschränkt. Also echte Sachhaftung! Folgerichtig ergreift das WVG. auch alle juristischen Personen, mithin Rechtsgebilde, bei denen von einer Wehrpflicht keine Rede sein kann. Demgemäß sind sachleistungspflichtig die Gebietskörperschaften, alle innerhalb des Reichsgebietes bestehenden Körperschaften und andere Personenvereinigungen, Anstalten, Stiftungen und sonstige Einrichtungen.

Die Unpersönlichkeit der Verbindlichkeit, mit andern Worten die reine Sachhaftung erhellt endlich auch aus dem Umstande, daß grundsätzlich nur positive Leistungen kraft des WVG. gefordert werden können, während bloße Unterlassungen nur in den wenigen Ausnahmefällen beansprucht werden dürfen, in denen das Gesetz es ausdrücklich bestimmt. Das ist für die praktische Handhabung des WVG. außerordentlich bedeutungsvoll. Z. B. könnte der Gedanke auftauchen, während der Manöverzeit für die Landstriche, in denen sich die militärischen Übungen abspielen, den Gastwirten oder Quartiergebern die Verabfolgung alkoholischer Getränke an Wehrmachtangehörige, und zwar auch die unentgeltliche, mittels des WVG. abzuschneiden, indem als Wehrleistung die Unterlassung der Verabfolgung von den Schankwirten und Quartiergebern „angefordert“ wird. Das scheidet indes eben daran, daß grundsätzlich dem WVG. die Durchsetzung von Unterlassungen fremd ist. Rechtspolitisch erscheint das auch völlig gerechtfertigt. Denn zur wirksamen Unterbindung wehrwidrigen Verhaltens genügen neben den Strafgesetzen die bestehenden polizeilichen Befehle vollkommen. Die wehrpolitische Erziehung der Einwohnerenschaft, um die es sich ja hier handelt, und nicht etwa um das deutsche Volk, ist nicht Aufgabe des WVG., das sich bewußt unpersönlich an die Vermögenssträger als solche wendet. Infolgedessen sind es grundsätzlich Vermögensopfer, die das WVG. fordert und nicht Enthaltung von wehrschädlichen Handlungen. Das Wesen der Wehrleistung als Vermögensopfer läuft trotzdem nicht etwa auf eine Besteuerung der Vermögenssträger hinaus. Denn Sachleistungen werden verlangt und nicht Geldzahlungen.

Der vielfach aufgetauchte Gedanke, das WVG. bringe eine absolute Neuschöpfung undbürde den Einwohnern ungewöhnliche Lasten auf, ist abwegig. Im ganzen und großen handelt es sich um eine einheitliche Zusammenfassung der bisher zerstreuten und sich zum Teil überschneidenden Einzelschriften (Quartierleistungsgesetz von 1868, Gesetz über die Vergütung von Leistungen für die bewaffnete deutsche Macht von 1922 und Naturalleistungsgesetz v. 6. April 1925). Wichtig ist allerdings, daß diese Zusammenfassung unter den großen Gesichtspunkt einer allgemeinen Leistungspflicht für Wehrzwecke gestellt ist, und daß deshalb eine klare Umreißung des Kreises der Leistungspflichtigen wie des Inhalts der Leistungen, nicht minder des Verfahrens gesetzlich in größtmögiger Fassung festgelegt worden ist. Damit ist aber in Wirklichkeit nur eine Wiedererlegung verschütteten Gedankenguts zur Durchführung gelangt. Der Fredericianische Satz von der Aufopferungspflicht jedes in Preußen sich aufhaltenden Menschen sowie jeder in Preußen mit Vermögen ausgerüsteten juristischen Person und sonstigen Körperschaften zugunsten des Gemeinwesens war freilich am Ausgange des 18., während

des ganzen 19. und in den ersten drei Jahrzehnten des 20. Jahrhunderts verlorengegangen, zum Teil auch in Preußen. Deshalb bedeutet es nur ein Wiederaufleben des Großen in § 75 Einl. WV. erstmalig in der Kulturwelt ausgesprochenen Gedankens von der Aufopferungspflicht jedes Untertanen, gleichviel ob er Staatsangehöriger, im Besitze der bürgerlichen Ehrenrechte befindlicher, im Staat Anwesender, natürliche Person oder juristische war, oder nicht. Daß diese Aufopferungspflicht „Sachen“ im weitesten Sinne umfassen muß, bedarf keiner Ausführung. Es fallen also auch Rechte, namentlich Patent- und sonstige Urheberrechte in den Leistungskreis.

I. Leistungspflicht

Die Bewohner des Reichsgebietes, andere Personen, die im Reichsgebiet Vermögen haben, hinsichtlich dieses Vermögens sowie die deutschen Staatsangehörigen an Bord deutscher Schiffe sind nach § 1 Abs. 1 leistungspflichtig. Nach Abs. 2 sind es ferner die oben bereits bezeichneten juristischen Personen und Personenvereinigungen aller Art, sofern sie im Inlande Vermögen haben. Leistungsberichtig sind nach § 2 die Wehrmacht und andere staatliche oder mit staatlichen Aufgaben betraute „Bedarfsstellen“. Zur Wehrmacht im Sinne des WVG. gehört auch das Gefolge, nämlich diejenigen Personen, die zu Dienstleistungen für die Wehrmacht verpflichtet sind oder bei ihr dienstlich verweilen. Nicht erforderlich ist, daß diese Angehörigen des Gefolges etwa nach § 35 WehrG. den für Soldaten geltenden Vorschriften ganz oder teilweise unterworfen sind. Die Bestimmung der zur Inanspruchnahme von Wehrleistungen berechtigten Bedarfsstellen ist Sache des Oberkommandos der Wehrmacht im Einvernehmen mit dem Reichsminister des Innern. In Betracht kommen dabei nicht etwa bloß die Dienststellen der Wehrmacht, sondern auch andere staatliche oder mit staatlichen Aufgaben betrauten Stellen, wenn sie einen Bedarf für Wehrzwecke haben. Der Bedarfsstelle kann ein beschränkter Anforderungskreis zugeteilt werden. Ein typisches Beispiel bieten die Bedarfsstellen der Wehrmacht selbst, die nach der Bekanntmachung v. 15. Juli 1938 (RWB. I, 897) zur Inanspruchnahme von Wehrleistungen für zuständig erklärt sind: So sind die Wehrzweckinspektionen und Wehrwirtschaftsdienststellen schlechthin für sämtliche Wehrleistungen anforderungsberechtigt, während in derselben Bekanntmachung andere militärische Dienststellen nur wesentlich eingegrenzte Befugnisse zur Inanspruchnahme erhalten haben.

II. Leistungsinhalt

Jeder Vermögenssträger muß auf Anfordern den Gebrauch von Sachen, die er im Besitze oder Gewahrsam hat, gestatten. Hierbei handelt es sich nur um körperliche Sachen, aber auch um Grundstücke. An beweglichen Sachen muß der Leistungspflichtige die ihm zustehenden Rechte übertragen, mithin auf Verlangen sogar das Eigentum auf die Bedarfsstelle übergehen lassen. Unübertragbare Rechtslagen muß der Pflichtige der Bedarfsstelle zur Ausübung überlassen. Bei dieser Ausübungsübertragung sind auch Grundstücke einbegriffen. Darüber hinaus können die Pflichtigen zu „organisatorischer Vorbereitung“ von Leistungen angehalten werden, wenn aus dem Besitze von beweglichen oder unbeweglichen Sachen oder aus dem Bestehen von Rechten sich Leistungsmöglichkeiten ergeben. Unter Umständen kann das Oberkommando der Wehrmacht im Einvernehmen mit dem Reichsminister des Innern sogar eine noch weitergehende Leistungsvorbereitung dann fordern, wenn sie dem Leistungspflichtigen zugemutet werden kann.

Die Leistungspflicht macht aber nicht vor dem Träger des leistungspflichtigen Vermögens halt. Soweit es zur Bewirkung der Leistung notwendig ist, hat nicht nur der Leistungspflichtige selbst die Handlungspflicht, sondern sie ergreift auch die in seinem Dienste stehenden Personen, und zwar in demselben Umfange wie ihn selbst. Infolgedessen hat der Leistungspflichtige, ebenso aber auch sein Personal nicht

nur den zur Vorbereitung und Erfassung der Leistung gegebenen Anordnungen Folge zu leisten, sondern auch auf Verlangen Auskünfte zu erteilen, Meldungen und Anzeigen zu erstatten, Unterlagen zu beschaffen und übersichten aufzustellen. Außerdem sind alle diese in den Kreis der Leistungspflicht Einbezogenen zu Handreichungen, Botengängen, Wegweisungen und ähnlichen Handlungen von kürzerer Dauer verpflichtet. Alle diese Pflichtigen sind für die vollständige und rechtzeitige Erfüllung der Leistung verantwortlich. Das bedeutet nicht nur die strafrechtliche Haftbarkeit, sondern vor allem die zivilrechtliche Schadenersatzpflicht bei schuldhafter Nichterfüllung oder Verzögerung der Leistung. Aus sozialen Gründen sind dabei hinsichtlich körperlicher Leistungen befreit: Jugendliche, Mütter von Kindern unter 15 Jahren, werdende Mütter, Arbeitsunfähige und alle über 65 Jahre alten Personen. Selbstverständlich beschränkt sich hier die Befreiung auf die körperlichen Betätigungen, schließt also nicht etwa eine Befreiung des Vermögensträgers als solchen in sich.

Hervorragende Bedeutung kommt einer neu geschaffenen Inanspruchnahme der Gemeinden zu: An Stelle der einzelnen Leistungspflichtigen kann die Gemeinde in Anspruch genommen werden. Dann ist, wenn man nach altem Brauch in solchem Zusammenhange noch in den Begriffen des bürgerlich-rechtlichen Schuldverhältnisses sprechen dürfte, auf der Schuldnerseite nun nicht mehr der einzelne Leistungspflichtige Schuldner des Staats, sondern die Gemeinde. Sie ist einmal Gläubigerin gegenüber dem Leistungspflichtigen und auf der andern Seite Schuldnerin des Staates.

Allgemein ausgenommen von allen Leistungen nach dem WVG. sind ausländische Staatsangehörige, wenn besondere Staatsverträge das bestimmen. Darüber hinaus gelten die anerkannten Regeln des Völkerrechts beruhenden Befreiungen, insbesondere die aus der Exterritorialität der diplomatischen Vertreter folgenden. Von einzelnen Leistungen sind Reichsminister, Staatssekretäre, Reichsstatthalter, Oberpräsidenten und die ihnen gleichstehenden Offiziere hinsichtlich der Räume für ihre dienstlichen Bedürfnisse einschließlich der Dienstwohnung insoweit befreit, als es sich um Gewährung von Unterkunft handelt oder um Gebrauchsüberlassung an Gegenständen, die ihnen zur Ausübung ihres Amtes oder Berufs notwendig sind.

Die für die Dienststellen der NSDAP., ihrer Gliederungen und angeschlossenen Verbände notwendigen Ausnahmestimmungen werden zwischen dem Oberkommando der Wehrmacht und dem Stellvertreter des Führers vereinbart.

Für das Eisenbahnwesen gilt die Sonderbestimmung, daß die Vorschriften der Militäreisenbahnordnung v. 17. Dez. 1931 (RGBl. II, 565) nebst den zugehörigen Ausführungsbestimmungen einschließlich des Militärtarifs unberührt bleiben.

III. Erzwingung der Leistungen

Die bisherige Rechtsungleichheit in der Durchsetzung der dem Militär zukommenden Sachleistungen gebot Schaffung einheitlichen Neurechts. Mit alleiniger Ausnahme der Gebietskörperschaften, deren staatsrechtliche Sonderstellung einen unmittelbaren Zwang untunlich erscheinen läßt, kann gegenüber den sämtlichen Leistungspflichtigen, mithin auch gegenüber den juristischen Personen, die Vornahme der Leistung im Verwaltungsweg erzwingen werden. In der Regel ist der Bürgermeister, in dessen Gemeinde zu leisten ist, die zuständige Behörde für die Zwangsdurchsetzung. Sie geschieht verwaltungsmäßig. Dabei kann der Bürgermeister die „Verwaltungshilfe“ anderer Behörden in Anspruch nehmen, d. h. auch der Gerichte. Die Bedarfsstelle kann bei Leistungsverzögerung oder Leistungsverweigerung sich die Leistung anderweitig beschaffen. Alsdann fallen die Mehrkosten dem Leistungspflichtigen zur Last. Sie werden von ihm ebenso wie die Leistung selbst beigestrichen, d. h. im Verwaltungswege. Die Leistung gilt als verzögert, wenn sie infolge schuldhaften Verhaltens des Leistungspflichtigen nicht rechtzeitig bewirkt oder unvollständig oder unbrauchbar ist.

Mittelbarer Zwang wird durch die Strafbestimmungen des § 34 ausgeübt. Alle Zuwiderhandlungen gegen die durch dieses Gesetz und seine Durchführungs- und Ergänzungsvorschriften auferlegten Leistungspflichten werden mit Geldstrafe bis zu 150 RM oder mit Haft, in schweren Fällen mit Gefängnis und mit Geldstrafe oder mit einer dieser Strafen bestraft. Gesetzes technisch ist dabei bemerkenswert, daß in dieser Strafandrohung die Durchführungs- und Ergänzungsvorschriften eine ausdrückliche Erwähnung gefunden haben. An sich sieht § 33 den Erlaß der zur Durchführung und Ergänzung notwendigen Rechts- und Verwaltungsvorschriften vor, und zwar durch den Reichsminister des Innern im Benehmen mit den beteiligten Reichsministern, in Fragen der Vormusterung, Einberufung und Aushebung von Tieren und Fahrzeugen jedoch durch das Oberkommando der Wehrmacht. Das Gesetz gibt also bereits den Rahmen für die notwendige Ausfüllung und deshalb hätte es vielleicht in der Strafandrohung keines besonderen Hinweises auf die Durchführungs- und Ergänzungsvorschriften bedurft.

IV. Beispiele für die Leistungen

In §§ 4—19 gibt das Gesetz eine ins einzelne gehende Regelung für gewisse ständig wiederkehrende Inanspruchnahmen, die man in der Praxis Manöverleistungen zu nennen pflegt. Zur Deckung ihrer Bedürfnisse auf Marschen, bei Übungen, Kommandos oder bei besonderem Einsatze können die Bedarfsstellen bestimmte ihnen ausdrücklich zugewiesene Leistungen in Anspruch nehmen. Regelmäßig soll das aber nur „außerhalb des Standorts“ geschehen. Es handelt sich dabei um Gewährung von Unterkunft, Verabreichung von Verpflegung, Benutzung von Wasserstellen, Abgabe von Futter- und Betriebsstoffen, Benutzung von Grundstücken und Gebäuden, Lieferung von Verbrauchsstoffen und Gerät, Benutzung privater Nachrichtenanlagen, Mitbenutzung von Werkstätten, Inanspruchnahme von elektrischem Strom und Gas, Überlassung von Gegenständen (Pferde, Hunde, Brieftauben, Land-, Luft- und Wasserfahrzeuge, Nachrichtenmittel usw.), und zwar mit den zum Gebrauch erforderlichen Ausrustungsstücken, Ersatzteilen, Futtervorräten und Betriebsstoffen), ferner um die Ausführung von Beförderungen (Vorspann usw.), Hilfeleistungen für Luftfahrzeuge sowie um Benutzung, Neubau und Umbau von Wasserfahrzeugen.

Aus der weit verzweigten Regelung mag darauf hingewiesen werden, daß bei der Benutzung privater Nachrichtenanlagen sowie der Inanspruchnahme von elektrischem Strom und Gas ausnahmsweise nicht positive Handlungen zu leisten sind, sondern Unterlassungen. Die Inhaber nichtöffentlicher sowie privater Fernsprechs-, Fernschreib- und Funkanlagen sind nicht nur verpflichtet, die Benutzung ihrer Anlagen zuzulassen, sondern müssen auch die vorübergehende Sperrung hinnehmen. Ebenso haben die Erzeuger und Verbraucher von elektrischem Strom und Gas sowie die Besitzer von Leistungszweigen auf Anforderung vorhandene Anlagen vorübergehend stillzulegen. Hier wird also in Durchbrechung der Regel eine Untätigkeit als Leistung auferlegt.

Die Besitzer von Beförderungsmitteln müssen Beförderungen ausführen. Die in ihrem Dienst stehenden Arbeiter und Angestellten sind zur Mitwirkung bei der Leistung verpflichtet, jedoch nur „im Rahmen ihres üblichen Tätigkeitsbereichs“. Handelt es sich jedoch um Hilfeleistungen für Luftfahrzeuge (§ 17), so müssen die Angestellten und Arbeiter von Luftfahrtunternehmen, aber auch von Flughäfen und Luftfahrzeugherstellern bei der Bedienung von Luftfahrzeugen helfend beispringen. Hier beschränkt sich ihre Leistungspflicht nicht auf den Rahmen ihres üblichen Tätigkeitsbereichs.

Von allen im Gesetz als Beispiele in den §§ 8—18 aufgeführten Leistungen sind gewisse Verkehrsunternehmen sowie lebenswichtige Betriebe, namentlich Gas-, Wasser- und Elektrizitätsanstalten insoweit ausgenommen, als die Erfüllung ihrer Aufgaben durch die Heranziehung zur Leistung in Frage gestellt werden könnte. Das gilt auch für Anstalten

der öffentlichen Gesundheits- und Krankenpflege, jedoch mit der ausdrücklichen Bestimmung: Krankenhäuser sind zur Aufnahme kranker Angehöriger der Bedarfsstellen, die von deren Dienststellen überwiesen werden, unbedingt verpflichtet.

Bei den Manöverleistungen sind regelmäßig die Bataillone, Regimenter und Wehrkreisverwaltungen die zuständigen Bedarfsstellen. Für die Benutzung von Wasserstellen (§ 7) sowie für die Benutzung nichtöffentlicher sowie privater Fernsprechanlagen (§ 12) ist sogar „jeder Wehrmachtangehörige im Dienst“ anforderungsberechtigt.

V. Anforderung

An sich kann die Bedarfsstelle die Leistung vom Leistungspflichtigen unmittelbar anfordern. Sie soll aber sich regelmäßig der Hilfe der Verwaltungsbehörden bedienen, wenn die Art der Leistung und die Umstände des Einzelfalles es gestatten.

Die Anforderung an den Leistungspflichtigen — auch an die Gemeinde — bedarf grundsätzlich der Schriftform. An ihre Stelle kann aber öffentliche Bekanntmachung treten. Die angeforderte Leistung muß in jedem Falle „genau“ bezeichnet sein. In dringenden Fällen darf die Leistung auch in anderer Weise (z. B. mündlich, durch Zeichen oder Tunspruch) angefordert werden. Der Empfang der Leistung ist dem Leistungspflichtigen von Amtes wegen schriftlich seitens der Bedarfsstelle zu bestätigen. Schriftlicher Anforderung oder Bestätigung bedarf es nur dann nicht, wenn keine Vergütung in Frage kommt.

VI. Beschlagnahme

Zur Sicherstellung von Leistungen kann die Bedarfsstelle die Beschlagnahme anordnen. Die Beschlagnahme hat, wenn die Bedarfsstelle nichts anderes bestimmt, die Wirkung: Rechtsgeschäftliche Verfügungen über die beschlagnahmten Gegenstände sind nichtig. Ohne Genehmigung der beschlagnahmenden Bedarfsstelle dürfen Veränderungen an ihnen nicht vorgenommen werden. Den rechtsgeschäftlichen Verfügungen stehen solche Verfügungen gleich, die mittels Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung erfolgen.

VII. Vergütung und Entschädigung

Grundsätzlich gewährt die Bedarfsstelle für die Leistung eine „Vergütung“, es sei denn, daß die Leistung billigerweise unentgeltlich gefordert werden kann. Für die Bemessung der „Vergütung“ gibt das Gesetz keine ausdrückliche Unterlage. Man wird aber nicht fehl gehen, hier die Billigkeit als ausschlaggebend zu betrachten. Denn das Gesetz läßt ja gerade da, wo es (§ 26) die Vergütung versagt, ausdrücklich die Billigkeit entscheiden.

Für Verluste, Beschädigungen, außergewöhnliche Abnutzung und Haftpflichtschäden, die zufolge oder gelegentlich der Leistung ohne grobes Verschulden des Leistungspflichtigen oder seines Beauftragten entstehen und für die ein Ersatz von einem Dritten nicht zu erlangen ist, gewährt die Bedarfsstelle dem Leistungspflichtigen „eine angemessene Entschädigung“. Auch für diesen Begriff gibt das Gesetz keine ausdrückliche Bemessungsgrundlage. Zu beachten sind die Worte: „Nachteile, für die ein Ersatz von einem Dritten nicht zu erlangen ist“ (§ 26 Abs. 2). Damit wird der Gedanke zum Ausdruck gebracht, daß nicht nur die rechtliche, sondern auch die tatsächliche rein praktische Unmöglichkeit — und zwar aus der Gegenwart, nicht aus der Zukunft be-

urteilt — maßgebend sein soll, um den Entschädigungsanspruch bestehen zu lassen.

Sowohl für den Anspruch auf die „Vergütung“ als auch für den auf die „angemessene Entschädigung“ ist der Rechtsweg vor den ordentlichen Gerichten ausgeschlossen. Die Ansprüche sind bei dem Bürgermeister der Gemeinde anzumelden, in deren Gebiet geleistet worden ist. War die Gemeinde selbst leistungspflichtig, so ist der Anspruch bei der Aufsichtsbehörde anzumelden. Die Anmeldung muß innerhalb eines Monats nach Erlangung der Kenntnis von der Leistung oder dem Schaden vorgenommen werden. Kommt dann eine Einigung zwischen dem Leistungspflichtigen und der Bedarfsstelle nicht zustande, so wird die Höhe der Vergütung oder Entschädigung auf Antrag eines Beteiligten durch die untere Verwaltungsbehörde (Landrat, Bezirkshauptmann, Vorstand des Bezirksamts usw.) festgesetzt, ausnahmsweise durch die höhere Verwaltungsbehörde (Regierungspräsident, Landeshauptmann usw.). In letzterem Falle ist Beschwerde an das Reichsverwaltungsgericht zulässig, wenn die Forderung im Einzelfalle 100 000 RM übersteigt. (Bis zur Errichtung des Reichsverwaltungsgerichts entscheidet an dessen Stelle das RWG. im Beschlußverfahren gemäß 1. WD. zur Durchführung des WVG. v. 14. Juli 1938, RGBl. I, 896). Befindet in erster Rechtsstufe die untere Verwaltungsbehörde, so ist Beschwerde an die höhere zulässig, die endgültig entscheidet.

Diese Gestaltung des Anspruchs auf „Vergütung“ oder „Entschädigung“ hält sich durchaus im Rahmen der Richtlinien, die § 75 Einl. WR. für die Abgeltung der Aufopferung vorgezeichnet hat. Namentlich dürfte es zu begrüßen sein, daß keinesfalls entgangener Gewinn erstattet wird.

VIII. Verhältnis zum Luftschutzesetz

Leistungspflichten für die Wehrmacht auf Grund des WVG. gehen denjenigen auf Grund des Luftschutzesetzes vor.

IX. Übergangsvorschriften

Die oben bereits angeführten Einzelgesetze über Quartierleistung, Naturalleistung und über die Vergütung sonstiger Leistungen für die bewaffnete deutsche Macht wären an sich mit dem Tage außer Kraft getreten, an dem das WVG. in Kraft getreten ist, nämlich — rückwirkend — mit dem 11. März 1938. Jene Vorschriften müssen jedoch bis zum Erlaß der erforderlichen Durchführungs- und Ergänzungsbestimmungen zum WVG., die noch ausstehen, in Kraft bleiben. Das gilt jedoch nur insoweit, als die alten Bestimmungen dem WVG. nicht widersprechen.

X. Anwendungsbereich

Das WVG. gilt seit dem 11. März 1938 auch im Lande Österreich. Nach der WD. v. 13. Juli 1938 (RGBl. I, 895) sind die früheren österreichischen Bestimmungen (Einquartierungs- und Vorspanngesetze) beseitigt und als vorläufige Durchführungsbestimmungen für das Land Österreich die Altgesetze aus dem Reich vorübergehend in Kraft gesetzt worden, so daß bis zum Erlaß der WVG.-Durchführungsvorschriften in Großdeutschland die Übergangszeit einheitlich geregelt ist.

Das WVG. ist ein ausschließlich für Wehrzwecke ergangenes gesetzgeberisches Werk. Daher ist seine Ausdehnung auf andere als militärische Gebiete nicht möglich. Auch mit Rechtsähnlichkeit ließe es sich nicht auf polizeiliche oder andere nicht unmittelbar in das Wehrwesen fallende Belange, wie z. B. auf den Luftschutz, anwenden.

Die Beordnung von Armenanwälten im Erbgesundheitsverfahren

A.

Von Amtsgerichtsrat Holtkamp, Vorsitzender des Erbgesundheitsgerichts in Dortmund

Rittschke kommt in seinen Ausführungen zu obigem Thema in JW. 1938, 1005 zu der Forderung, daß nicht nur die Erbgesundheitsgerichte sich im Zweifel für die Beordnung eines Armenanwaltes entscheiden sollten, sondern daß auch darüber hinaus gesetzlich anzuordnen sei, jedem Betroffenen, darüber hinaus Pfleger haben oder nicht, mindestens im Besondereverfahren vor dem Erbgesundheitsobergericht einen Rechtswahrer, also eine Art Offizialverteidiger, zur Seite zu stellen. Wenngleich seine Ausführungen manche wertvollen Gesichtspunkte enthalten und dem Rechtsanwalt Fingerzeige geben werden, in welcher Richtung sich seine anwaltliche Tätigkeit im Erbgesundheitsverfahren zu bewegen habe, so kann doch mancher seiner Gedanken nicht unwidersprochen bleiben.

Die Frage der prozessualen Zulässigkeit der Beordnung eines Armenanwaltes im Erbgesundheitsverfahren bezeichnet Rittschke zu Recht als geklärt. Dagegen gehen die Meinungen darüber auseinander, wann im einzelnen Falle die Beordnung geboten erscheint. Wenn man diese Frage von der rein praktischen Seite betrachtet, so ergibt sich, daß bislang von den Erbkranken in ganz geringem Umfange die anwaltliche Tätigkeit im Erbgesundheitsverfahren in Anspruch genommen ist. So sind bei einem stark beschäftigten Erbgesundheitsgericht des westdeutschen Industriegebiets in den 4½ Jahren seit Inkrafttreten des Gesetzes zur Verhütung erbkranken Nachwuchses bei etwa 5000 verhandelten Fällen nur vielleicht zwanzigmal Anwälte tätig geworden und es hat sogar nur ein Antrag auf Beordnung eines Armenanwaltes vorgelegen. Hieraus ist zum mindesten zu schließen, daß die Betroffenen selbst es nicht als das Nächstliegende betrachten, Unterstützung bei einem Anwalt zu suchen. Stellt man dann noch die Tatsache in Rechnung, daß die Erbkrankenverdächtigen sich in vielen Fällen an einen Arzt um Rat wenden, so ist die Feststellung nicht von der Hand zu weisen, daß in Kreisen der Betroffenen die Auffassung vorherrscht, daß vor dem Erbgesundheitsgericht in erster Linie eine medizinische und keine juristische Frage entschieden wird. So ist es auch tatsächlich. Es ist vom Erbgesundheitsgericht zu entscheiden, ob der Betroffene an einer bestimmten Krankheit leidet oder nicht; dieses ist ganz zweifellos eine medizinische Frage. Die Entscheidung der weiteren — allerdings rechtlichen — Frage, ob der Betroffene nun unfruchtbar zu machen ist, ist eine so selbstverständliche Schlussfolgerung aus der ersten Feststellung, daß man schon gar nicht mehr von einer eigentlichen Entscheidung sprechen kann. Mit dieser Auffassung wird keineswegs den Bestrebungen das Wort geredet, für alle möglichen Gebiete Sondergerichte zu schaffen und sie den ordentlichen Gerichten zu entziehen, weil hier Spezialfragen zur Entscheidung ständen. Diesen Bestrebungen kann der Rechtswahrer nicht energisch genug entgegenzutreten, denn sie führen zur Unterhöhlung einer einheitlichen Rechtsprechung und letzten Endes zur Auflösung des Rechtsstaates. Die Gerichte sind die allein berufenen Organe, Rechtsfragen zu entscheiden, mögen diese auch mehr oder weniger stark in Spezialgebiete hineinspielen und zur Feststellung des Tatbestandes Sachverständige erforderlich sein. Beim Erbgesundheitsgericht liegen die Verhältnisse aber wesentlich anders. Hier besteht nicht die Gefahr, daß man eine seinem Wesen nach den ordentlichen Gerichten zustehende Materie diesen entzieht, im Gegenteil, man hat eine der medizinischen Wissenschaft angehörige Materie den Gerichten überwiesen, so daß in diesem Fall der Rechtswahrer der Bedachte und nicht der Verlierer ist. Andere Staaten, in denen Sterilisationsgesetze bestehen, sind nicht so verfahren, sondern haben in der Erkenntnis, daß die Frage der Notwendigkeit der Unfruchtbarmachung eine medizinische sei, die Entscheidung einem ärztlichen Kollegium ohne Juristen

übertragen (so Schweden, Finnland, Estland und 21 Staaten von Nordamerika). Wenn nun Rittschke in diesem Zusammenhang davon spricht, daß z. B. die Frage, ob es sich um eine Schizophrenie oder nur um eine schizophrene Anomalie handele, ob angeborener Schwachsinn oder landläufige Dummheit vorliege, viel weniger eine ärztliche Frage als eine rechtliche sei, so ist diese Auffassung unrichtig. Diese Fragen gehören ausschließlich dem psychiatrischen Gebiet an und können nicht mit juristischen Erwägungen und Schlussfolgerungen entschieden werden.

Zu Recht weist Rittschke auf die Schwierigkeit der Erkennbarkeit der Erbkrankheiten hin, unrichtig ist aber seine Auffassung, diese Schwierigkeit würde durch die Mitwirkung eines Anwaltes eher überwunden und die Fehlerquellen psychiatrischer Gutachten würden durch seine Mithilfe leichter entdeckt. Insofern es sich um die reine Diagnosestellung handelt, kann der Jurist wenig nützen. Falls die Erbgesundheitsgerichte ärztliche Gutachten erlatten lassen, finden diese bei den sachverständigen ärztlichen Beisitzern eine eingehende kritische Würdigung und werden nicht einfach hingenommen. Inwieweit die Kritik eines Nichtfachmannes — des Anwaltes — noch fördernd wirken könne, ist nicht einzusehen. Die ärztlichen Beisitzer sind in ihrem ärztlichen Urteil sicherlich nicht uneinsehbar. Ihr Urteil wird aber kaum durch die kritische Würdigung von Seiten eines Juristen in die richtige Bahn gelenkt. Dieses geschieht viel eher dadurch, daß die beiden sachverständigen Ärzte sich gegenseitig kritisieren und beide wiederum die Kritik des Erbgesundheitsobergerichts zu erwarten haben.

Es mag bis zu einem gewissen Grade richtig sein, daß der Anwalt als besonderer Vertrauter des Betroffenen und seiner Familie diese von der Notwendigkeit und Nützlichkeit des Eingriffes zu überzeugen und ihnen durch genaue Erklärungen den Schrecken vor dem Eingriff zu nehmen vermag. Es ist jedoch darauf hinzuweisen, daß dieses neben der eigentlichen Feststellung, ob eine Erbkrankheit vorliegt, die Hauptaufgabe des Gerichts selbst mit ist. Die Erbgesundheitsgerichte stehen dem Betroffenen ganz anders gegenüber, wie der Straf- und Zivilrichter. Sie haben ihn als Kranken zu behandeln, über seinen Krankheitszustand aufzuklären und ihm die große Gefahr der Vererbung der Krankheit, das daraus für Familie und Volk entstehende Unglück klarzumachen und ihn zu überzeugen, daß der Eingriff letzten Endes in seinem und seiner Familie Interesse liegt. Jeder Erbkranker muß das Gefühl haben, daß er im Erbgesundheitsgericht einen wohlwollenden Berater gefunden hat, dem er sich rückhaltlos anvertrauen kann. Bei der richtigen Einstellung des Erbgesundheitsgerichts ist Möglichkeit einer Belehrung und Aufklärung des Erbkranken durch den Anwalt verhältnismäßig gering; jedenfalls nicht so groß, daß damit die Beordnung des Armenanwaltes begründet werden könnte.

Was dann endlich die Förderung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung betrifft, die Rittschke von der Beordnung der Anwälte erwartet, so mag die Möglichkeit einer solchen Förderung im begrenzten Umfange eingeräumt werden. Immerhin dürfte dieses kein Grund sein, um in allen Fällen einen Armenanwalt beizuordnen.

Auf der anderen Seite soll nicht verkannt werden, daß es eine ganze Anzahl Fälle gibt, in denen der Anwalt fruchtbare Arbeit leisten kann. Das sind vornehmlich diejenigen Fälle, in denen die Feststellung des Tatbestandes mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden ist; wo es gilt, Zeugenaussagen, Urkunden und Akten kritisch zu würdigen. Wenn es z. B. gilt, festzustellen, ob schwerer Alkoholismus vorliegt, wobei die ganze Lebensführung des Betroffenen auf Grund von Zeugenaussagen, Akten und Unterlagen der verschiedensten Behörden zu ermitteln ist, kann der Anwalt bei der kritischen Würdigung, ob eine Tatsache als erwiesen anzusehen ist, fruchtbar Mitarbeit leisten. Er kann neues Material herbeischaffen, überhaupt alles tun, was in anderen Ge-

richtsverfahren seines Amtes ist, um einen Tatbestand zu klären. Das gleiche gilt z. B., wo die Frage, ob angeborener Schwachsinn oder landläufige Dummheit vorliegt, zu entscheiden ist und die Entscheidung in der Hauptsache von der sog. Lebensbewahrung abhängt; die Lebensbewahrung aber wiederum nur auf Grund umfangreicher Ermittlungen und kritischer Würdigung derselben festgestellt werden kann; ferner in den Fällen, wo eine erbliche Belastung eine ausschlaggebende Rolle spielt und die tatsächlichen Feststellungen schwierig sind; endlich in den wenigen Fällen, wo Rechtsfragen zur Entscheidung stehen.

Abschließend ist daher zu sagen, daß in den Fällen für die Beordnung eines Anwaltes kein Bedürfnis besteht, wo rein medizinische Fragen zu entscheiden sind und die Feststellung des Tatbestandes keine Schwierigkeiten bietet; daß dagegen in allen Fällen, wo schwierige Tatbestände festzustellen oder Rechtsfragen zu klären sind, die Beordnung eines Armenanwaltes geboten erscheint. Letzteres wird in zunehmenderem Maße der Fall sein, weil die einfachen Fälle entschieden sind und die Fälle, die den Erbgesundheitsgerichten heute zur Entscheidung vorgelegt werden, nicht nur in medizinischer, sondern auch in tatsächlicher Hinsicht schwieriger sind.

B.

Von Rechtsanwalt Dr. Eberhard Mitschke, Berlin

Die vorstehenden Ausführungen von Holtkamp sind insonderheit deshalb besonders verdienstlich, weil hier seitens der Erbgesundheitsrichter meines Wissens erstmalig versucht wird, die Grenzen für die Zweckmäßigkeit einer Mitwirkung von Rechtsanwälten im Erbgesundheitsverfahren abzustecken. Soweit zwischen meinen Ausführungen und der Entgegnung Einigkeit besteht, soll im folgenden nicht näher darauf eingegangen werden. Soweit die Entgegnung von meiner Darstellung abweicht, handelt es sich einmal um Fälle, bei denen es wesentlich auf den konkreten Tatbestand ankommt; hier wird, ohne daß man von verschiedenen Ansichten sprechen kann, immer eine unterschiedliche Behandlung möglich sein. Eine Erwiderung ist aber deswegen notwendig, weil Uneinigkeit darüber besteht, ob der Richter auf Grund des ärztlichen Gutachtens, das zur Bejahung einer Erbkrankheit kommt, die Unfruchtbarmachung als eine selbstverständliche Folge anordnen muß oder nicht. Die von Holtkamp vertretene Auffassung, daß immer dann, wenn eine Erbkrankheit gegeben ist, die Unfruchtbarmachung durchzuführen sei, ist kurz nach dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Verhütung erbkranken Nachwuchses vertreten worden, kann aber heute mit Recht als überholt bezeichnet werden. Es besteht heute im wesentlichen, obwohl ein Reichserbgesundheitsgericht noch nicht geschaffen ist, Einigkeit darüber, daß sich die „große Wahrscheinlichkeit erbkranken Nachwuchses“ auch über die im § 1 aufgezählten Krankheiten hinaus insbesondere hinsichtlich des Vorliegens bzw. Nichtvorliegens weiterer Tatsachen bezieht. Erinnerung sei beispielsweise an die Frage, ob mit großer Wahrscheinlichkeit mit Rücksicht auf das Alter, den körperlichen Zustand, die Lebensführung usw. überhaupt noch Nachkommen von dem vom Verfahren Betroffenen zu erwarten ist. Vgl. z. B. die vielen für über 45 Jahre alten Frauen ergangenen Entscheidungen, die trotz Vorliegens einer Erbkrankheit den Antrag auf Unfruchtbarmachung abgelehnt haben¹⁾.

Darüber hinaus besteht zwischen Holtkamp und mir Uneinigkeit darüber, welche Aufgaben der Rechtswahrer bei der Tatbestandserforschung besitzt. Zunächst zeigt sich in den Ausführungen von Holtkamp ein Widerspruch. Während er einleitend bemerkt, daß es sich z. B. bei der Frage, ob angeborener Schwachsinn oder landläufige Dummheit vorliege, in der Hauptsache um eine medizinische Frage handele, so stellt er am Ende fest, daß der Anwalt bei der Abgrenzung dieser beiden Begriffe eine fruchtbare Mitarbeit leisten könne. In Wahrheit wird diese und damit gleichzeitig

eine ganze Reihe anderer Fragen gelöst, wenn man über das eigentliche ärztliche Schlußzeugnis hinaus einmal nachprüft, auf welchen Tatsachen das ärztliche Gutachten aufbaut. Jeder, der praktisch bei der Durchführung von Erbgesundheitsverfahren mitwirkt, weiß, daß nur allzuhäufig der jedem Rechtswahrer von Grund auf geläufige Unterschied zwischen behaupteten und bewiesenen Tatsachen mißachtet wird. Wer die insbesondere in der ZW. laufend veröffentlichten Entscheidungen der Erbgesundheitsobergerichte liest und Gelegenheit hat, medizinische Gutachten im Erbgesundheitsverfahren auf ihre Stichhaltigkeit zu prüfen, weiß, daß immer wieder Angaben wie: der Vater „soll“ die und die Eigenschaften gehabt haben und ähnliche unkontrollierbare Wiedergaben (z. B. 50 Jahre alte Krankheitsgeschichten, Wiedergabe eines Leumunds, Angaben von Arbeitgeberern wie: faul und ungelegig u. dgl.), einfach als tatsächlich bewiesen dem ärztlichen Gutachten zugrunde gelegt werden. Gerade der Rechtswahrer ist auf Grund seiner Vorbildung und ständiger Schulung zur Mitwirkung für die Klärung eines bewiesenen Tatbestandes berufen, und damit für die Förderung des Verfahrens eine wertvolle Beihilfe zur Vermeidung von Fehlentscheidungen zu leisten.

Am entscheidendsten erscheint mir die Tatsache, daß es sich bei jeder Entscheidung in Erbgesundheitsfällen um gerichtliche Entscheidungen und Rechtsentscheidungen handelt; Ziel aller am Recht Arbeitenden ist, doch gerichtliche Entscheidungen herbeizuführen, die unantastbar sind, weil sie auf einem nach menschlichem Ermessen absolut gesicherten Tatbestand aufbauen. Dieser Tatbestand ist nicht die Diagnose des Arztes, denn diese ist ein medizinisches Werturteil, sondern die Tatsachen, die zur Diagnose geführt haben. Es scheint mir auch nicht zutreffend, wenn Holtkamp schreibt, daß die Erbgesundheitsgerichte den Betroffenen ganz anders gegenüber ständen, wie die Straf- und Zivilgerichte und jeder Betroffene das Gefühl haben müsse, daß er im Erbgesundheitsgericht einen wohlwollenden Berater gefunden hat. Das mag von Seiten der Gerichte der Fall sein, aber es muß doch einmal offen ausgesprochen werden, daß nach allgemeinem Volksempfinden trotz der starken Aufklärung über die Notwendigkeit der Unfruchtbarmachung in der Unfruchtbarmachung selbst oft noch etwas Entehrendes gesehen wird. Dies hat ja schon die Notwendigkeit eines Ehrenschutzes Erbkranker ergeben²⁾. Jeder Erbkranker sieht in dem ihn untersuchenden Arzt als auch im Gericht nicht seinen wohlwollenden Berater, sondern häufig seinen Feind. Er ist dort nicht frei und aufgeschlossen, wie es in seinem Interesse notwendig wäre. Hier setzt das große Aufgabengebiet der Anwaltschaft ein. Der Anwalt ist in diesem Falle der Vertraute des Betroffenen, und die Praxis kann genügend Entscheidungen vorweisen, wo durch die Mitarbeit des Anwaltes im Wiedernahmeverfahren eine ganz andere Entscheidung getroffen worden ist, als wie sie ursprünglich vorlag, und zwar wesentlich deshalb, weil dem Arzt durch die Mitwirkung des Anwaltes für seine Diagnose ein erweiterter Tatbestand zur Verfügung gestellt werden konnte. Aus diesem Grunde läßt es sich auch von vornherein niemals mit Sicherheit sagen — ganz abgesehen von ganz klaren anstandsbedürftigen Fällen —, wann die Beordnung eines Anwaltes insbesondere zur Tatbestandsklärung zweckdienlich ist oder nicht. Das hat bereits mehrfach und auch mich dazu geführt, ganz allgemein für das Erbgesundheitsobergericht immer die Beordnung eines Anwaltes vorzuschlagen.

Der Gesichtspunkt anderer Verfahren — die Beordnung erfolgt nur, wenn das Verfahren Aussicht auf Erfolg hat — ist hier fehl am Platz. Darüber besteht Einigkeit. Auch in den Fällen, in denen die Unfruchtbarmachung angeordnet wird, kann der Anwalt viel mehr als das Gericht dem Unfruchtbarzumachenden und seine Familie — denn diese wird ja mitbetroffen — von der sittlichen Notwendigkeit und guten Folgen für seine Sippe selbst überzeugen und damit einer Abneigung gegen das Gesetz im Volke vorbeugen.

¹⁾ Vgl. dazu den Aufsatz von Predeek, Bochum: Hat das Erbgesundheitsgericht bei bestehender Erbkrankheit die Fortpflanzungsgefahr zu prüfen?: „Recht und Recht“ 1938, 411.

²⁾ Vgl. die in „Recht und Recht“ 1938 Nr. 12 S. 425 wiedergegebene Entscheidung des SchöffG. Weimar.

Schrifttum

Recht und Rechtspflege im Lande Österreich. Dar-
gestellt von österreichischen Richtern. Herausgegeben vom
Staat des Obersten Gerichtshofes Dr. Gustav Raken-
hofer. Wien-Berlin 1938. Verlag Franz Vahlen. VII,
158 S. Preis geb. 5 RM.

Die Wiedervereinigung Österreichs mit dem Reich hat auf
politischem Gebiet die völlige Angleichung an die Verhältnisse
des Altreichs gebracht, auf dem Gebiete des Rechtes konnte die
Übereinstimmung bisher nur zum Teil durchgeführt werden.
Auf zahlreichen Rechtsgebieten gilt noch immer österreichisches
Landesrecht. Dadurch ergeben sich im Rechtsleben wiederholt
Unterschiede, und zwar häufig auch dort, wo der unmittelbare
Wortlaut der betreffenden Gesetzesstelle den Unterschied nicht
auffällig zeigt. Die Unterschiede erwachsen häufig aus der Stellung
der einzelnen Vorschrift im Rechtsgefüge und aus der
Verschiedenheit allgemeiner Anordnungen.

Dr. Rakenhofer, der schon in früheren Jahren den
Rechtswahrern des Reiches wiederholt kurze, aber aufschluß-
reiche Darstellungen der Rechtslage in Österreich bot, unter-
nahm es nun dankenswerterweise mit einer Reihe namhafter
österreichischer Richter, das zur Zeit der Abfassung im Lande
Österreich geltende Recht, soweit es von den Gerichten anzu-
wenden ist, in seinen Grundzügen darzustellen.

Die zunehmende Wirtschaftsverflechtung des Reiches mit
seinem Land Österreich bringt eine ständig wachsende Verflech-
tung des Rechtslebens. Die Rechtswahrer des Reiches sind da-
her wiederholt gezwungen, sich ein Bild der österreichischen
Rechtslage zu verschaffen. Das vorliegende Werk will durchaus
kein erschöpfendes Nachschlagewerk sein, aber es gibt in ge-
drängter, übersichtlicher Form eine kurze Gesamtdarstellung
des österreichischen Rechts und seiner Einrichtungen und er-
möglichst dem Praktiker, aber auch dem jungen Rechtswahrer,
sich einen guten Überblick zu verschaffen. Das Werk soll auch
keine langatmige Darstellung der Entwicklung und des Werdens
des österreichischen Rechts sein, sondern vor allem zeigen, was
Österreich bei seiner Heimkehr ins Reich auf dem Gebiete des
Rechts an eigentümlichen Schöpfungen mitbringt und was
daran erhaltenswert scheint. Österreich braucht sich seines Rech-
tes nicht zu schämen. Schon über die früheren Staatsgrenzen
hinweg fand wiederholt juristisches Gedankengut, das sich in
Österreich bewährte, Aufnahme ins Reichsrecht. In letzter Zeit
zeigen vor allem die Arbeiten am neuen deutschen Strafrecht,
daß das österreichische Recht in vielen Punkten vollnäher ist
als das Reichsrecht der Systemzeit. Jedenfalls macht schon
dieser Gesichtspunkt die Kenntnis des österreichischen Rechts
für jeden deutschen Rechtswahrer wertvoll. Diese Kenntnis zu
vermitteln, kann das vorliegende Werk wirklich ein Führer sein.
Seine Handhabung wird durch ein ausführlich und sorgfältig
gearbeitetes Stichwortverzeichnis wesentlich erleichtert.

Die Rechtsentwicklung wird durch eine Reihe von Um-
ständen so rasch vorwärtsgetrieben, daß einige Ausführungen
schon während des Druckes überholt wurden, so z. B. die freie
Eintragung in die Rechtsanwaltsliste (§. 4), der ganze Ab-
schnitt über das Eherecht (§. 11 ff.), die Arbeitsverfassung auf
dem Boden des Gewerkschaftsbundes, der durch die Deutsche
Arbeitsfront überflüssig wurde (§. 66 ff.); eine Entwicklung, die
der Sachbearbeiter noch in einer Anmerkung auf S. 71 fest-
halten konnte, das Aktienrecht, das nunmehr auch für die
alten Gesellschaften auf reichsrechtliche Grundlage gestellt wurde
(§. 82 f.), die Unterstellung der Militärpersonen unter die all-
gemeine Strafgerichtsbarkeit (§. 91) und das schon aufgehobene
Militärgerichtshofgesetz und das Gesetz zur Abwehr politischer
Gewalttaten (§. 92; bei der Nennung dieses Gesetzes, das Ende
1935 abließ (DVB. Nr. 2/1935), steht irrtümlich „Gewalttätig-
keiten“ statt „Gewalttaten“). Die Feststellung der durch die
Rechtsentwicklung überholten Vorschriften ist aber durchaus
nicht wertlos. Gerade die Ausführungen über das Eherecht
zeigen in eindrucksvoller Weise den großen Fortschritt, den das
Gesetz zur Vereinheitlichung des Rechtes der Eheschließung und
der Ehescheidung im Lande Österreich und im übrigen Reichs-
gebiet v. 6. Juli 1938 (RGBl. I, 807) vor allem für Österreich
bedeutet.

Der österreichische Rechtswahrer hätte noch gerne die eine
oder andere Rechtseinrichtung seiner Heimat behandelt gesehen,
das verbot aber der durch die Natur des Werkes beschränkte
Umfang. In seiner jetzigen Gestalt kann es nur nachdrücklich
allen empfohlen werden, die in kurzer Zeit Einblick in das

Rechtsleben des wieder ins Reich zurückgekehrten Landes Öster-
reich gewinnen wollen.

Staatsanwalt Dr. Hans Hoher, Berlin.

Dr. Alexander Bergmann, Oberlandesgerichtspräsident
in Köln: Internationales Ehe- und Kind-
schaftsrecht. Bd. 1: Ehe- und Kindschaftsrecht
der europäischen Staaten. 2. Aufl. Berlin 1938.
Verlag für Landesamtswesen GmbH. 836 S. Preis geb.
32 RM.

In den Jahren 1926 bis 1928 ist die erste Auflage des
großen Werkes von Bergmann über das internationale
Ehe- und Kindschaftsrecht erschienen und es hat nur eine er-
staunlich kurze Zeit gebraucht, bis dieses Werk allgemein als
führend anerkannt war. Kaum eine höhergerichtliche Entschei-
dung, die sich mit einer Frage des ausländischen Ehe- oder
Kindesrechts befaßt, nimmt nicht in irgendeiner Form auf das
Werk von Bergmann Bezug. Das ist auch ohne weiteres
verständlich. Einmal ist der „Bergmann“ stets zuverlässig; der
Verfasser selbst war mehrere Jahre lang der zuständige Sach-
bearbeiter für Fragen des internationalen Familienrechts im
früheren Preussischen Justizministerium, ihm stand das gesamte
amtliche Material für seine Arbeit zur Verfügung. Zum an-
deren — und das weiß insbesondere zu schätzen, wer sich selbst
täglich mit Fragen des internationalen Ehe- und Kindschafts-
rechts zu befassen hat — erspart die Benutzung des Berg-
mann sehr viel Zeit und Mühe, die sonst auf das Suchen
der fremden Rechtsquellen (und auch ihre Übersetzung)
verwandt werden müßte. In diesem Zusammenhang muß als
besonders erfreuliche Tatsache hervorgehoben werden, daß
Bergmann die ausländischen Gesetzesbestimmungen im
Wortlaut mitteilt und sich nicht darauf beschränkt, den Inhalt
der Bestimmungen anzugeben. Das ist für den Benutzer, ins-
besondere den Richter, sehr wichtig; denn jede Inhaltsange-
be enthält gleichzeitig notwendig auch eine Auslegung des fremden
Rechts. So gern man sich eine solche auch von einem Sach-
kenner, wie Bergmann es ist, vortragen läßt, so sehr muß
aber doch der Richter Wert darauf legen, die Quelle selbst
kennenzulernen.

Es liegt in der Natur der Sache, daß ein Werk, welches
sich zur Aufgabe gesetzt hat, das europäische und außereuropä-
ische Ehe- und Kindschaftsrecht im Wortlaut darzubieten, sehr
bald nicht mehr mit der Rechtslage in dem einen oder anderen
Staat übereinstimmt; denn Fragen des Familienrechts sind
in vielen Ländern Gegenstand von Erörterungen und Reform-
bestrebungen, die in jedem Jahr in dem einen oder anderen
Lande zu mehr oder weniger wichtigen und einschneidenden Ge-
setzesänderungen führen. Diesem Umstand kann durch eine häu-
figere Neuherausgabe des Werkes nicht Rechnung getragen
werden; die wirtschaftliche Belastung des Käufers wäre zu groß.
Es war deshalb ein glücklicher Gedanke, daß sich Verfasser
und Verleger des Werkes entschlossen, „Jahresberichte über
internationales Ehe- und Kindschaftsrecht“ herauszugeben, die
das Werk stets auf dem Laufenden erhalten.

Solche „Jahresberichte“ können naturgemäß nur für eine
gewisse Zeitspanne eine Neuauflage ersetzen.

Und es ist dankenswert zu begrüßen, daß nunmehr —
10 Jahre nach dem Erscheinen des letzten Bandes der ersten
Auflage — von der zweiten Auflage der erste Band vorliegt.
Hier sei bemerkt, daß die neue Auflage nur zwei Bände um-
fassen wird, während die erste Auflage in drei Bänden er-
schienen war. Der erste Band der früheren Auflage ist fort-
gefallen, weil dessen wesentlicher Inhalt in das Buch des Ver-
fassers über „Der Ausländer im deutschen Recht“ übergegangen
ist, und die kirchenrechtlichen Bestimmungen bei den in Betracht
kommenden Staaten berücksichtigt sind.

Der vorliegende erste Band enthält das europäische Ehe-
und Kindschaftsrecht. Der Umfang ist gegenüber der ersten
Auflage ganz erheblich erweitert. Umfaßte der zweite Band der
1. Auflage noch 724 Seiten, so ist der erste Band der neuen
Auflage trotz erheblich größeren Formats des Buches auf
836 Seiten gewachsen.

Ich habe den neuen Band nun schon seit einigen Monaten
täglich benutzt. Diese tägliche Benutzung hat die an den neuen
„Bergmann“ geknüpften Erwartungen nur bestätigt: Er ist uns
unentbehrlich.

Maffeller, DGB. im Reichsjustizministerium.

Dr. Paul Schulin, ORA. und Mitglied des Justizprüfungsamts in Kassel: Der Aufbau von Tatbestand, Gutachten und Entscheidungsgründen. Berlin 1938. Carl Heymanns Verlag. 348 S. Preis kart. 5,60 *RM.*

Nach den einleitenden Worten des Verfassers ist die Schrift der Niederschlag einer fast zehnjährigen Arbeit an und mit Referendaren durchweg in kleinster Gemeinschaft, wie das das „kleine Amtsgericht“ mit sich bringt. Auch hat der Verfasser im Gemeinschaftslager „Hanns Kerrl“ unterrichtet.

Grundsätzlich ist gegenüber Neuerscheinungen auf dem Gebiete der Prüfungsvorbereitung für das Assessorexamen eine gewisse Skepsis am Platze. Gegenüber den unübertrefflichen Anleitungsbüchern von Daubenspeck-Sattelmacher oder Ahler haben sie nur dann eine Daseinsberechtigung, wenn sie etwas Neues bringen und damit die Vorbereitung für Prüfung und Praxis wirklich fördern.

Eine in dieser Hinsicht bestehende Lücke füllt, wie auch Palandt im Geleitwort hervorhebt, das Buch von Schulin aus. Er zeigt die erprobten Regeln an Hand pädagogisch geschickt ausgewählter Fälle.

Das Werk gliedert sich in drei Teile. Der erste Teil behandelt die Fragen über den Tatbestand, Gutachten und Entscheidungsgründe im ersten Rechtszug des bürgerlichen Rechtsstreits. Der zweite Teil bringt eine Reihe von Klausurfällen (Zuschlagsbeschluss und Wohnungsverdrängung; aus dem Mietrecht; der Fristenverlängerung; der Zwangsversteigerung; eine Schiebung; der Anzugskauf). Der dritte Teil erörtert endlich Tatbestand, Gutachten und Entscheidungsgründe in Berufungssachen.

Daß auch eine volksverbundene Rechtsprechung den mit einer Technik vertrauten Rechtswahrer zur Voraussetzung hat, ist Schulin unbestritten zuzugeben. Seine beifällswerten Worte sollten gerade von dem jungen Rechtswahrer beherzigt und befolgt werden, der oft das Ende der „juristischen Technik“ herbeiwünschte. „Jedes Urteil muß volksverbunden in seinem Ergebnis und in seiner Begründung sein, weil es von volksverbundenen Richtern gesprochen wird; aber der Weg zum Urteil, wenn es auf dem einfachsten, zuverlässigsten und für die Parteien billigsten Weg gefunden werden soll, erfordert eben eine juristische Technik, wie jeder Bau eine Bautechnik erfordert, mag er groß oder klein sein. Diese juristische Technik wird niemals Ausdruck der Seele des Volkes sein können, so wenig wie das die Bautechnik sein kann; sie aber deshalb über Bord zu werfen und drauflos zu urteilen, wäre ebenso verkehrt, wie ohne Bautechnik zu bauen. Beides ginge auf Kosten der Gesamtheit und der unmittlbar Beteiligten“ (S. 2).

Diese Aufbautechnik vermittelt Schulin unter Hervorhebung der anerkannten und bewährten Aufbauregeln und unter Klarstellung typischer Fehlerquellen durch Lösung von Fällen. Statt abstrakt theoretischer Ausführungen hat der Leser ein konkretes Bild vor sich. Hierdurch wird das Verstehen wesentlich erleichtert. Dem Leser wird an Hand eines bestimmten Beispiels grundsätzlich stets klarer und verständlicher, weshalb der Aufbau gerade nach dieser oder jener Regel erfolgen muß. — Diese Darstellungsart hat auch noch den Vorzug, daß sie Verfasser und Leser in ein enges persönliches Verhältnis setzt, weil letzterer zur Mitarbeit gezwungen ist. Das Buch von Schulin, wenn auch aufgewachsen im Licht der grundlegenden Werte von Daubenspeck-Sattelmacher und Ahler, stellt eine begründenswerte Bereicherung der sogenannten Anleitungsbücher dar. Wirklichen Gewinn wird jedoch nur der Referendar haben, der das Buch mehrmals durcharbeitet. Solche Bücher müssen verarbeitet und nicht nur gelesen werden.

Einige kritische Bemerkungen seien abschließend gestattet. In den Entscheidungsgründen S. 182 ff. wirkt es störend, wenn fast nach jedem Satz sofort die Frage aufgeworfen wird, ob er in der mitgeteilten Form zutrifft oder zu Bedenken Anlaß gibt. Der Überblick geht hier leicht verloren. Die auszugsweise Mitteilung des Inhalts „Sinngehalt“ von Gottfried Keller und der Rat „wie es weiter geht, lese man bei Keller nach“, scheint mir nicht am Platze (S. 163). Gewiß soll der Rechtswahrer auch der deutschen Literatur Interesse entgegenbringen, jedoch sind poetische Ergüsse in Werken der vorliegenden Art nicht immer gerechtfertigt. Ich glaube nicht, daß man dadurch den Leser für die Lektüre des Buches leichter gewinnt.

Wenn der Verfasser sich die Aufgabe stellte, das „Sandwergliche zu Lehren“, das der Richter braucht, um zu einer gesunden, sorgfältig und gewissenhaft erarbeiteten Entscheidung zu kommen, so muß dieses Ziel als erreicht angesehen werden. Ein an Erfahrungen reicher Richter gibt jungen wie alten Berufsgenossen ein gutes Rüstzeug mit auf den Weg.

RA. Dr. Wilhelm Weimar, Köln.

Dr. jur. Robert Adam, Arbeitsamtsdirektor, und Ludwig Lermer, Dipl.-Rfm.: Die Stellung der Sozialversicherungsträger bei Gehaltspfändungen und -abtretungen. Berlin-Lichterfelde 1938. Verlag Bangevort. 67 S. Preis kart. 2,50 *RM.*

Die kleine Schrift gibt erheblich mehr, als der Titel vermuten läßt. Sie enthält eine vollständige Darstellung der mit der Lohnpfändung und -abtretung zusammenhängenden Fragen, und es ist den Verfassern gelungen, den spröden Stoff durch übersichtliche Gliederung und klare, mit Hilfe zahlreicher Beispiele verdeutlichte Schreibweise zu meistern. Die Schrift wird deshalb nicht nur den zuständigen Sachbearbeitern bei den Sozialversicherungsträgern willkommen sein, denen sie in erster Linie dienen will, sondern sie kann sich auch für Gerichte und Rechtsanwälte als zuverlässiger Ratgeber erweisen. Besonders zweckmäßig sind die beigefügten Tabellen, mit deren Hilfe die pfändbaren Beträge für jeden Einzelfall leicht errechnet werden können.

RA. Dr. W. Doppermann, Dresden.

Dr. jur. Werner Mansfeld, MinDir. im RArbM.: Arbeitsrecht. Sammlung der gesetzlichen Vorschriften zur Regelung der Arbeitsverhältnisse. Textausgabe mit Verweisungen, Übersichten und kurzen Anmerkungen nebst ausführlichem Sachregister. 22. völlig neu bearb. (61.—62. Tausend) Aufl. Berlin 1938. Verlag Franz Vahlen. 800 S. Preis (Loseblattausgabe) 8,50 *RM.*

Mansfelds Textsammlung „Arbeitsrecht“ hat mit der vorliegenden 22. Auflage das 60. Tausend überschritten, ein überzeugendes Beweis für die Beliebtheit und Brauchbarkeit dieses Buches. Die gediegene Ausstattung, der erschöpfende und zuverlässig bearbeitete Inhalt und der mäßige Preis werden ihm weiterhin einen schnellen Absatz und Anerkennung sichern. Mansfeld führt im Vorwort der neuen, mit dem 1. Mai 1938 abschließenden und alle bis dahin erfolgten Gesetzesänderungen berücksichtigenden Auflage aus, es sei kein Lehrbuch und kein Kommentar, auch kein Zwischending zwischen Textausgabe und Kommentar. „Es ist nur darauf Wert gelegt, das geltende Recht in zuverlässiger Form möglichst übersichtlich zu bringen und durch ein ausführliches Schlagwortverzeichnis die nötigen Hinweise zu geben. Das Buch soll ein Hilfsmittel für den Rechtswahrer bei seiner täglichen Arbeit sein, sonst nichts.“ Das Ziel ist — wie bisher — auch mit der neuen Auflage erreicht. Wer mit dem Arbeitsrecht zu tun hat, wird stets auf Mansfelds Textsammlung zurückgreifen und rasch das Gewünschte finden. D. S.

Fürsorge des Staates — Fürsorge der Partei: Eine Zusammenstellung aller reichsrechtlichen Fürsorgebestimmungen mit eingehender Erläuterung. Nachtrag nach dem Stande v. 1. Juni 1938. Von ORegR. Dr. Linde. Braunschweig 1938. Verlag der Kaiserhausbuchdruckerei. Hauptwerk (332 S.) geb. 11,50 *RM.* Nachtrag (XII, 137 S.) 4 *RM.*, für Bezahler des Hauptwerkes 3 *RM.*

Das in seiner Ausführlichkeit und Gediegenheit auf dem Gebiete des Fürsorgerechts in dieser Art einzig dastehende Buch (besprochen JW. 1937, 3212) ist durch einen Mitte Juni erschienenen Nachtrag von 137 Seiten ergänzt worden, der die umfangreichen gesetzlichen Änderungen bis zum 1. Juni berücksichtigt. Es ist eine beachtenswerte Leistung von Verf. und Verlag, daß der Nachtrag so wenige Tage nach seinem Abschluß bereits erscheinen konnte. Teilweise handelt es sich um neu aufzunehmende Blätter, teilweise um Ersatzblätter, im übrigen um Deckblätter. Die letzteren sind nur einseitig bedruckt, so daß man sie also zerschneiden und an Ort und Stelle einlegen kann. Das alte Werk wird allerdings dadurch etwas an seiner Übersichtlichkeit verlieren, und es ist zu hoffen, daß weitere Nachträge nicht herausgebracht werden, sondern das nächste Mal dann eine Neuauflage erscheinen kann. L.

Schnellkartei der Reichssteuergesetze. Teil I. 60. bis 61. Lieferung. Köln 1938. Verlag Dr. Otto Schmidt. Preis je Ersatzdruckseite 1 1/4 Rpf., je Ergänzungsdruckseite 1 3/4 Rpf.

Die neue Doppellieferung enthält eine Anzahl inzwischen ergangener Verordnungen und Bekanntmachungen sowie ein umfangreiches Stichwortverzeichnis. Außerdem sind die für Österreich eingeführten reichsrechtlichen Steuerbestimmungen auf besonderen (orangegefarbenen) Blättern aufgenommen, die vor dem jeweiligen Gesetz abzubestellen sind. Die Lieferung ist rund 300 Seiten stark.

Dr. Scherer, RegR., und Dr. Bartsch, Krim.-Komm.: Das Polizeiverwaltungsgesetz. Wesen und Rechtsgrundlagen der Polizei im Dritten Reich. 3. vermehrte und völlig umgeänderte Auflage. Berlin 1938. Freiheits-Verlag GmbH. 191 S. Preis kart. 3 R.M.

Das von den Verf. als Leitfaden für Studium und Praxis bestimmte Werk enthält eine sorgfältige und inhaltsreiche Darstellung des geltenden Polizeirechts, insbes. des PrPolVerwG. Mit dieser Darstellung sind gleichzeitig die Entwicklungslinien des werdenden Polizeirechts und die grundsätzlichen Wandlungen der Denkweise auf dem Gebiete des Polizeirechts aufgezeigt. Mit großem Geschick haben die Verf., Männer der Praxis, eine Darstellung gegeben, die dem Praktiker in allen Fragen mindestens wertvolle Hinweise und Richtlinien gibt. Aber auch dem Lernenden kann die Benutzung des Buches ebenso empfohlen werden, weil die Darstellungsart leicht faßlich und allenthalben durch gute Beispiele verständlich gemacht ist. Besonderen Wert haben die Verf. mit Recht darauf gelegt, die neue Auffassung vom Wesen und Recht der Polizei wiederzugeben. In diesem Zusammenhange hätte S. 40 ff. allerdings auf die grundlegende Entsch. des Sam- burg-OBG. über die allgemeinen Befugnisse der Polizei: JW. 1937, 3335⁵⁷ eingegangen werden müssen.

Die systematische Darstellung behandelt im einzelnen insbes. den Begriff der Polizei, die Organisation der Polizei, die sachliche und örtliche Zuständigkeit, den Aufgabekreis auf Grund § 14 PrPolVerwG. und das gesamte dazu gehörige Polizeirecht (Polizei-pflicht, Polizeiverordnung, Polizeiverfügung, Strafverfügung, Zwangsmittel usw.), und schließlich einzelne Tätigkeitsformen der Polizei und die Schadenersatzansprüche aus polizeilichen Anordnungen. In einem Anhang (S. 138 ff.) ist das PrPolVerwG. nebst Ausführungsbestimmungen und ergänzenden Verordnungen in einem Wortlaut zum Abdruck gebracht. Ein kurzes Sachregister erleichtert die praktische Benutzbarkeit des Buches, das auch über den Kreis der Polizeibeamten hinaus Verbreitung verdient.

RM. Dr. von Bohlen, Berlin.

Dr. Max Radler, MinDir., Dr. Hermann Wittland, MinR., Runo Ruppert, MinR., sämtlich im RM.: Deutsches Beamtenrecht (Deutsches Beamtenrecht Band 2.) Berlin 1938. Verlag Georg Stilke, jetzt: Verlag Walter de Gruyter & Co. XXIV, 1720 S. Preis geb. 42,80 R.M.

Das vorliegende Werk ist die bisher letzte der zahlreichen wissenschaftlichen Bearbeitungen, die das DBG. in der verhältnismäßig kurzen Zeit seit seinem Erlaß (26. Jan. 1937 [RWV. I, 39]) bereits gefunden hat. Es handelt sich bei ihm, wie sich aus der mitgeteilten Seitenzahl ergibt, um ein besonders umfangreiches Werk, das in zwei selbständig gebundene Teile (Teil I: §§ 1—49 DBG., Teil II: §§ 50—184 DBG.) gegliedert ist.

Das Werk ist eine Gemeinschaftsarbeit der drei Verf., die sämtlich im RM. tätig und als verdienstvolle Sachkenner und Autoren des Beamtenrechts rühmlichst bekannt sind. Mit dem hier angezeigten Werk haben sie eine in gleicher Weise umfassende wie gründliche und innerlich ausgereifte Arbeit vorgelegt, die einen besonders wertvollen Beitrag zum neuen deutschen Beamtenrecht darstellt.

Neben der eindringlichen Gründlichkeit, die den gesamten Inhalt des Werkes auszeichnet, ist nicht zuletzt auch die Zweckmäßigkeit der Gliederung des umfangreichen Stoffes hervorzuheben. Die Verf. haben den einzelnen Abschnitten durchweg gut gegliederte, einführende „Vorbemerkungen“ vorangestellt und deren Inhalt — ebenso wie den eingehenden Erläuterungsstoff zu den einzelnen Gesetzesvorschriften — auch für den nichtsystematischen Benutzer des Werkes durch eine jeweils eingangs gebotene, klare „Übersicht über die Vorbemerkungen“ — beziehungsweise „Übersicht über die Anmerkungen“ — bequem zugänglich gemacht. Diese zweckmäßige Aufgliederung der sonst fast erdrückenden Fülle des Stoffes und die Vorsorge für eine leichte Erreichbarkeit auch der konkreten Einzelfragen wird gerade dem Praktiker, der nicht täglich mit Beamtenrecht befaßt ist, wertvolle Dienste leisten.

Vor allem lassen aber die inhaltlichen Vorzüge die Neuerscheinung als ein führendes Standardwerk des Beamtenrechts erscheinen. Das Werk bietet in glücklicher Verbindung zu gleicher Zeit eine umfassende Übersicht und eine erstaunlich eindringliche Kasuistik des gesamten deutschen Beamtenrechts. Besonders ist die Vorbildliche begriffliche Klarheit zu loben, die überall die Verf. als geschulte Juristen spürbar werden läßt; es sei nur auf die musterghültige begriffliche Präzision der Darlegungen über die „Laufbahnen“ und „Laufbahngruppen“ (S. 56—58) sowie über die „Versetzung“ und „Beförderung“ (S. 675 ff.) und vor allem auf die ebenso klaren wie sachlich ergiebigen und daher praktisch bedeutungsvollen Ausführungen zum Beamtenversorgungsrecht ver-

wiesen. — Aus dem „beruflichen Standort“ der drei Verf. erklärt es sich, daß das Werk sein besonderes Augenmerk auf die Justizbeamten und die Justizverwaltung richtet; bei der geradezu universalen Fülle und Weite des großangelegten Werkes kommen darunter aber die Beamten der übrigen Verwaltungszweige usw. in keiner Weise zu kurz.

Außer dem Gesetzes- und Verordnungsmaterial, das die Verf. erschöpfend verarbeitet und weitgehend im Wortlaut mitgeteilt haben, bietet das Werk auch eine umsichtige Verwertung von Rechtsprechung und Schrifttum, wobei besonders der aktuelle Stand dieser Bearbeitung anzuerkennen ist. Allerdings könnten die Verbindungen zum wissenschaftlichen Schrifttum bisweilen wohl noch etwas vervollständigt werden; der hierfür erforderliche Raum ließe sich unschwer durch Kürzung mancher im ersten Teil hinsichtlich der Pflichten der Beamten gebotenen Ausführungen mehr erbauenden als belehrenden Inhalts gewinnen.

Zusammenfassend muß festgestellt werden, daß die Verf. in dem hier besprochenen Werk eine wissenschaftlich und praktisch gleich bedeutungsvolle Leistung vollbracht haben, die aus dem Schrifttum zum deutschen Beamtenrecht nicht mehr hinweggedacht werden kann. Es dürfte in Zukunft kaum möglich sein, die Prüfung irgendeiner beamtenrechtlichen Frage als gründlich durchgeführt und abgeschlossen zu betrachten, ehe man nicht zum „Radler-Wittland-Ruppert“ gegriffen hat.

RM. Reuß, Berlin.

Reinert, Reichsbeamten- und Besoldungsrecht, 12. Aufl., bearbeitet von Schäfer-Völkert-Wollentin. Berlin 1938. Verlag Beamtenpresse GmbH. 637 S. Preis geb. 6 R.M.

Die Tatsache, daß die vor vier Jahren erschienene 11. Auflage des in Beamtenkreisen allgemein bekannten „Reinert“ schon seit einiger Zeit vergriffen war, wurde besonders schmerzlich empfunden, als die Grundgesetze auf dem Gebiete des Beamtenrechts, das neue DBG. und die RStVO. v. 16. Jan. 1937 erschienen waren. Die Bearbeiter der vorliegenden 12. Auflage, die durch die in nunmehr sechs Auflagen vorliegende Bearbeitung des DBG. hinreichend bekannt sind, haben mit der Neuauflage des Werkes daher einem dringenden Bedürfnis abgeholfen, da der Mangel eines umfassenden Sammelwertes aller auf dem Gebiete des Beamtenrechts schlechthin erlassenen Gesetze, Verordnungen, Ausführungsbestimmungen und Erlasse und gemeinverständlicher für die Praxis geeigneter Hinweise zu diesen besonders lebhaft fühlbar machte. Dies um so mehr, als die Neugestaltung aller Gebiete des Beamtenrechts wenigstens in ihren Grundzügen nunmehr als abgeschlossen gelten kann.

Den Verf. ist es in besonderem Maße gelungen, die Zielrichtung des „Reinert“ in glücklicher Weise fortzuentwickeln und damit dem Beamten schlechthin ein wichtiges Unterrichts- und Hilfsmittel in der Praxis zu schaffen. Der besondere Vorzug liegt einmal darin, daß, abgesehen von den beamtenrechtlichen Grundgesetzen (DBG., RStVO.) alle wichtigen beamtenrechtlichen Vorschriften des Reiches, wie Besoldungsgesetz, Ges. über Reisekostenvergütung der Beamten, Ges. über Umzugskostenvergütung, alle Bestimmungen auf dem Gebiete der sozialen Fürsorge (Notstandsbeihilfen, Bewilligung von Unterstützungen usw.) behandelt sind. Dies gilt nicht zuletzt auch für die einzelnen insbes. bei den beamtenrechtlichen Grundgesetzen beigelegten Hinweise und Erläuterungen. Der weitere Vorzug liegt in der überaus übersichtlichen, einfachen, dabei doch erschöpfenden Darstellung des riesigen Stoffgebietes. Die getroffene Auswahl der in Betracht kommenden Vorschriften usw. hat mit besonderem Verständnis für die Bedürfnisse der Praxis alles Unwesentliche aus diesem Sammelwert herausgelassen, ohne der Gefahr zu erliegen, in der einen oder anderen Richtung dadurch unvollständig zu sein.

Den Hauptteilen A bis E, die das DBG. und die RStVO. (Hauptteil A und B) sowie sämtliche Bestimmungen über die Besoldung (Hauptteil C), alle Vorschriften über Reise- und Umzugskosten (Hauptteil D) sowie die grundsätzliche Regelung auf dem Gebiete der sozialen Fürsorge (Hauptteil E) enthalten, folgen im Hauptteil F als Anhang eine große Reihe von Gesetzen, Verordnungen und Erlasse, die teils eine Ergänzung zu den in den einzelnen Hauptteilen behandelten Stoffgebieten darstellen, teils wenigstens in mittelbarem Zusammenhang mit dem Inhalt der ersten fünf Hauptteile stehen. Besondere Sorgfalt haben die Verf. dem Hauptteil G zugewandt, der ein überaus gründlich durchgearbeitetes Sachverzeichnis enthält, das es jedem Berufskameraden ermöglicht, das von ihm gewünschte Gebiet leicht aufzufinden. Die Darstellung wird im einzelnen durch Beispiele und Muster zweckentsprechend und verständnisfördernd ergänzt. Wenn auch zu manchen Nebengesetzen, Verordnungen und Erlässen im

einzelnen noch Erläuterungen wünschenswert gewesen wären, so vermag doch dies dem Gesamtwert des Werkes keinen Abbruch zu tun. Es dürfte den Verf. in jeder Hinsicht gelungen sein, dem Beamtentum in seiner Allgemeinheit ein wertvolles Hilfsmittel zur Unterrichtung über alle beamtenrechtlichen Fragen gegeben zu haben. Darüber hinaus ermöglicht das Werk auch weiten Volkstreffen, sich über Wesen und Inhalt des nationalsozialistischen Beamtenrechts zu unterrichten. Dem Werk ist daher weiteste Verbreitung zu wünschen.

AGR. Dr. Koenig, Berlin.

Der Rechtspfleger, Leitfaden zur Einführung und Fortbildung. Herausgegeben von DGPräs. Dr. Alexander Bergmann, Köln, Teil III: Staats- und Verwaltungsgrecht unter besonderer Berücksichtigung der Justizverwaltung. Berlin 1937/38. Alfred Metzner Verlag. Preis kart. Heft 1: 109 S. = 2,40 RM., Heft 2: 76 S. = 2 RM., Heft 3: 103 S. = 2,40 RM.

Diese Hefte bilden zusammen Teil III eines Leitfadens, der als Vorbereitungs- und Wiederholungsmaterial für den angehenden Rechtspfleger und zur Fortbildung des Rechtspflegers dienen soll. Das Bedürfnis nach solchen Schulungsheften ist eine Erfahrungstatsache. Es ist notwendig, nicht nur dem angehenden Rechtspfleger, sondern jedem Anwärter für die mittlere Justizbeamtenlaufbahn schon gleich zu Beginn seiner Tätigkeit einen Überblick über seinen künftigen Gesamtaufgabenkreis zu geben, um ihn von vornherein zu ermöglichen, sich auf seine praktische Tätigkeit theoretisch vorzubereiten.

In dem ersten Heft wird die Organisation des Reichs und die Stellung der Staatsdiener unter besonderer Berücksichtigung der Rechtspfleger dargestellt. Hervorgehoben zu werden verdient die Abhandlung „Verfassung und Verwaltung“, die auf 60 Seiten einen guten Überblick über die Grundlagen der Verf. gibt und die maßgeblichen Leitgedanken mit Hinweisen auf die Literatur herausstellt. Im Rahmen des gesamten Leitfadens ist dieser Abschnitt besonders wichtig, weil aus ihm der Forderungssinn aller Rechtsätze und der aufgabenhafte Charakter der Rechtsbegriffe, nämlich die Verwirklichung des nationalsozialistischen Ideengutes entnommen werden kann.

Heft 2 behandelt die vermögensrechtliche Stellung der Beamten, Angestellten und Arbeiter der Justizverwaltung (Besoldungs- und Reisefosten, Unzugskosten, Notstandsbeihilfen usw.). Diese Ausführungen werden sicherlich schon im höchstpersönlichen Interesse gern einmal gelesen werden.

Im dritten Heft werden die Justizverwaltungsaufgaben dargestellt, die zu einem wesentlichen Teil nach dem Übergang der Rechtspflege von den Ländern auf das Reich durch reichsrechtliche Bestimmungen neu geordnet worden sind. Die Einzeldarstellungen betreffen das Haushalts- und Rechnungswesen, das Kostenwesen, die Justizassenordnung, die Einrichtung der Geschäftsstelle, das Hinterlegungsverfahren und den Gerichtsvollzieher. Es ist den Verf. gut gelungen, diesen spröden Stoff in übersichtlicher Weise zu gestalten.

Die Hefte können allen im Justizdienst mit Verwaltungsaufgaben betrauten Beamten und Angestellten durchaus empfohlen werden.

RA. Dr. Heyen, Kiel.

Justizinsp. Reinhold Berner, Rechtspfleger: Hinterlegung. (Rechtspflege und Verwaltung Heft 28.) Berlin 1938. Deutscher Rechtsverlag GmbH. 72 S. Preis kart. 1,80 RM.

Der vorliegende Grundriß stellt das formelle Hinterlegungsrecht klar und zuverlässig dar. Ausblicke auf das materielle Hinterlegungsrecht fehlen nicht. Eingestreuete Beispiele erläutern auch ihrerseits das Vorgetragene. Muster und ein eingehendes Sachregister sind beigegeben. Das Heft kann daher als nützliches Hilfsmittel für Ausbildungszwecke wie auch für den praktischen Gebrauch durchaus empfohlen werden. — Die Darstellung der Hinterlegungskosten sei durch folgenden Kostentabelle ergänzt: Die Hinterlegungsordnung v. 10. März 1937 hat nicht nur das bis dahin geltende Landesrecht ersetzt, sondern durch Aufbau wie Fassung ihres § 1 nunmehr klargestellt, daß es sich bei den Hinterlegungssachen nicht um Geschäfte handelt, die den Amtsgerichten im Rahmen der streitigen oder freiwilligen Gerichtsbarkeit obliegen, sondern um besondere Aufgaben, die nach ihrer Natur dem Gebiet der Justizverwaltung angehören (amtliche Begründung: DJ. 1937, 423 ff.). Dies hat m. E. für den Rechtsanwalt unmittelbare kostenrechtliche Folge. Seine Gebühr für Hinterlegungstätigkeit richtet sich nach der VGebD. Diese kann auch dann, wenn es sich um Hinterlegung zwecks prozessualer

Sicherheitsleistung handelt, nicht als durch die Prozeßgebühr mit abgegolten angesehen werden, wie es die sich als herrschende beziehende Meinung mit Recht oder Unrecht bisher ansah. Was diese zur Begründung ihres Standpunktes vorbrachte, nämlich daß es sich bei der Hinterlegung in diesem Falle um ein nur durch landesrechtliche Vorschriften ergänztes Verfahren der VPD handle, ist jedenfalls jetzt überholt und durch die neue gesetzliche Regelung widerlegt. Gerichtliches Verfahren, auf das sich die VPD bezieht, und Justizverwaltungsache, wie es die Hinterlegung jetzt klar ist, sind wesensgemäß zweierlei. Deshalb kann der Abgeltungsbereich der im Prozeß entstandenen Prozeßgebühr nicht auf die anwaltliche Tätigkeit bei der Hinterlegung übertreten werden. Schließlich setzte die hier bekämpfte Meinung prozessuale Sicherheitsleistung und Hinterlegung gleich, also einen Zweck und eines der Mittel für diesen — schon begrifflich ein Unding. Da die Hinterlegung in jedem Falle ein selbständiges Verwaltungsverfahren bildet, ist es ganz gleichgültig, zu welchem Zwecke sie erfolgt. Daher erwächst dem Rechtsanwalt für seine sie betreffende Tätigkeit ebenfalls stets eine Gebühr, und zwar nach VGebD.

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

Die Gläubigeranfechtung außerhalb des Konkursverfahrens. Erläuterungen des Anfechtungsgebietes mit systematischer Einführung. Von Dr. jur., Dr. rer. pol. h. c. Ernst Jaeger, Prof. der Rechte in Leipzig. Zweite, völlig neubearbeitete Aufl. Berlin 1938. Verlag Walter de Gruyter & Co. VIII, 387 S. Preis 23 RM.

Die erste Auflage des Werkes war 1905 erschienen. Seit drei Jahrzehnten ist sie vergriffen. Der Wunsch nach einer Neuauflage wurde schon bald reger und diese immer mehr ein dringendes Bedürfnis, da keines der inzwischen erschienenen und zum Teil mehrfach aufgelegten kleineren Erläuterungsbücher das Werk auch nur einigermaßen ersetzen konnte. Wenn Rechtspflege und Rechtslehre auf dem ganz besonders schwierigen, dabei praktisch so bedeutungsvollen Gebiete der Einzelanfechtung sich ohne eine Neubearbeitung des systematischen Erläuterungswerkes von Jaeger behelfen konnten, so einmal deshalb, weil der Verf. die sachlich mit den Anfechtungsvorschriften der RD. übereinstimmenden Teile des Anfs. bis zum Jahre 1931 in seinem Komm. zur RD. (6./7. Aufl.) stetig weitergeführt hat. Vor allem aber haben sich die von Jaeger in der ersten Auflage seines Werkes aus dem Geist des Gesetzes entwickelten Grundgedanken, auf die es bei der Kürze der Vorschriften und bei der Schwierigkeit der Materie hier mehr denn sonst ankommt, als so gesund und tragfähig erwiesen, daß sie fast ausnahmslos in der Praxis zur Anerkennung gelangt und insbesondere für die höchstrichterliche Rechtsprechung richtunggebend gewesen sind. So ist ihm das RG. namentlich in seinem Kampf gegen die Dinglichkeitslehre und die Folgerungen aus der „Ausschlussfrist“ (§ 1 Anm. 16 ff.), in dem Nachweis der Anfechtungseinrede auf schuldrechtlicher Grundlage und ihres Durchgreifens gegenüber anfechtbar begründeten Drittrechten (§ 1 Anm. 81, § 5 Anm. 1) und in der Notwendigkeit rechtsförmlicher Geltendmachung der Anfechtbarkeit (§ 1 Anm. 77 ff.) gefolgt. Damit sind jedoch nur einige besonders bedeutungsvolle Beispiele aufgezählt. Und der Einfluß des Werkes hat sich keineswegs nur auf die grundsätzlichen Fragen beschränkt. Man braucht nur das Schrifttum und die Rechtsprechung beim Erscheinen der ersten Auflage mit dem jetzigen Stande zu vergleichen, um einen Begriff von der tiefgreifenden Wirkung des Werkes auch in den meisten Einzelfragen auf Lehre und Praxis zu bekommen, wovon fast jede Anmerkung der Neuauflage Zeugnis ablegt.

Trotz dieser beispiellosen Bewahrung des Werkes in Praxis und Lehre stellt die Neuauflage, und zwar auch dort, wo sie an den alten Auffassungen festhält, eine völlige Neubearbeitung dar. Der Verf. hat dabei nicht nur die inzwischen ergangenen Entscheidungen und das seither erschienene Schrifttum eingeordnet und kritisch vertwert, sondern wie bei seiner Erläuterung der RD. seine vornehmste Aufgabe darin gesehen, der Rechtsanwendung und damit zugleich der Rechtsfortbildung durch Aufwerfen und Lösen einer erstantlichen Fülle von neuen Rechtsfragen vorzuarbeiten. Daß überall die, wenn auch nur mittelbaren, aber deshalb nicht weniger wesentlichen Änderungen des Anfechtungsrechts durch die Neugestaltung anderer Gesetze und des Rechtsverkehrs berücksichtigt worden sind, versteht sich von selbst. Betrieben werden soll insofern nur auf die gründliche Überarbeitung der zivilprozessualen Ausführungen und hier vor allem auf die gerabzu klassischen Erläuterungen der §§ 850 c und 850 d VPD, in deren Eigenfunktion wie in ihrem Verhältnis zur Gläubigeranfechtung (§ 1 Anm. 42 bis 47), auf die Berücksichtigung des Erbhofrechts (§ 1 Anm. 60, § 7 Anm. 4), der Erwerbhandlungen (§ 1 Anm. 63, 73, § 3 Anm. 13, 47, § 7 Anm. 4, § 11 Anm. 10), des neuen Patentrechts

(§ 1 Anm. 59) und des Vergleichsrechts (§ 1 Anm. 4, 49, 78, 86, § 2 Anm. 30, § 13 Anm. 29), wobei freilich in den tiefstehenden Ausführungen über die Rückgewähransprüche mehrerer Anfechtungsgläubiger aus demselben Anfechtungsgrund (§ 7 Anm. 36 ff.) deren verfahrensrechtliche Behandlung bei Vergleichsverfahren des Anfechtungsgegners (s. dazu *Bl e h*, *Vergl.D.*, § 2 Nr. 11 a) unerörtert geblieben ist. Hervorzuheben ist noch die Bedeutung der Neuauflage für die Rechtsreform. Erspriechlich und von Bestand sein kann eine solche nur, wenn die im geltenden Recht liegenden Wirkungs- und Gestaltungsmöglichkeiten allseitig entfaltet werden, wie es der Verf. in seiner Neuauflage getan hat, die auch das für uns so bedeutame österreichische Anfechtungsrecht dogmatisch, geschichtlich wie rechtsvergleichend berücksichtigt und selbst zu Reformvorschlägen (wie dem Rückruf nach dem *IPD*-Entwurf 1931) wertend Stellung nimmt. Die Reform unserer *RD.* nötigt auch zu einer Überprüfung der Anfechtungsvorschriften. Dabei ist *Ja e g e r* unbedingt darin zuzustimmen, daß Einzelanfechtung und Konkursanfechtung, eben weil sie auf einheitlichen Grundlagen aufgebaut sind, im Einklang bleiben müssen und beide nur einheitlich umgestaltet werden dürfen (§ 7 Anm. 50). Deshalb kann m. E. auch ein Ersatz der Gläubigeranfechtung durch ein einfacheres Institut, etwa die Rücklagsperre (§§ 87, 104 *Vergl.D.*; s. auch § 12 *IPD*), nur bei der besonderen Konkursanfechtung, und auch da nur für die Deckungen von Konkursansprüchen (§ 30 Nr. 1 Fall 2, Nr. 2 *RD.*) in Frage kommen.

So ist die Neuauflage ein Werk von einer Reife, Tiefe und Fülle der Gedanken, dabei von einer Übersichtlichkeit, Klarheit und Schönheit der Darstellung geworden, wie es nur größte Kunst der Gesetzesauslegung, schärfste geistige Zucht und persönlichste Hingabe an den Gegenstand schaffen konnten. Der sachlichen Gestaltung, deren Verständnis durch die systematische Einleitung über die Gläubigeranfechtung innerhalb und außerhalb des Konkurses (§. 7 ff.) wesentlich erleichtert wird, entspricht die äußere Ausstattung des Wertes. Der Erläuterung jedes Paragraphen ist ein alphabetisches Stichwörterverzeichnis vorangestellt. Bei Anmerkungen, die auf eine neue Seite übergreifen, ist die Nummer der Anmerkung unter der neuen Seite übergreifen, ist die Nummer der Anmerkung unter der Paragrafennummer in Klammern wiederholt. Der Gesetzestext ist noch besonders auf einem losen Kartenblatt abgedruckt. Unterfrüht wird die Orientierung durch das von Anwaltsassessor *Demmler*, *Plauen*, bearbeitete sorgfältige und ausführliche Schlagwortverzeichnis (S. 374 ff.).

Es ist nicht der Sinn dieser Besprechung, anfechtungsrechtliche Einzelfragen zu behandeln. Jedoch erscheint es unumgänglich, auf *Ja e g e r*s grundlegende Ausführungen zu § 2 Anm. 33 ff. näher einzugehen, daß der Anfechtungsgegner im Bestreiten der vom Gläubiger gegen den Schuldner behaupteten Forderung auch dann nicht beschränkt ist, wenn für diese ein der Rechtskraft zugänglicher Schuldtitel vorliegt. Es handelt sich hierbei um eine der praktischsten Fragen des Anfechtungsrechts, bei der zudem das *RG* *Ja e g e r* ausnahmsweise nicht gefolgt ist. Ausgehend von einem fremden Gedanken, nämlich einem Irrtum *S e l l w i g s*, der den Titel als materielle Voraussetzung des Anfechtungsanspruchs statt als Zulässigkeitsvoraussetzung der gerichtlichen Geltendmachung des Anspruchs ansehen wollte (Rechtskraft S. 89 f.), hat *K u t n e r* die Anfechtbarkeit als bloße „Nebenwirkung“ des sich gegen den Schuldner richtenden Titels bezeichnet und daraus den Satz entwickelt, die im § 2 *AnfG.* geforderte Vollstreckbarkeit schneide dem Anfechtungsbeklagten ein erfolgreiches Bestreiten der im Titel angegebenen Forderung des Anfechtungsklägers ab — ein Satz, der sich bei unbefangener Betrachtung unmöglich aus dem § 2 *AnfG.* herauslesen läßt, der aber bezeichnenderweise von sämtlichen jüdischen Autoren mit einer Ausnahme übernommen wurde. Mit Recht weist *Ja e g e r* erneut darauf hin, daß jene Lehre den Sinn des Titelerfordernisses verkennt, das wie die ganze Vorschrift den Schutz des Anfechtungsgegners bezweckt (§ 2 Anm. 17, 38). Auf diesem Schutzzweck der Vorschrift beruht es auch, daß die Haftung des Anfechtungsgegners ähnlich einer gesetzlichen Ausfallbürgschaft gestaltet ist (§ 2 Anm. 37). Es ist unerfindlich, wie diese so nahe liegende, den Sinn der Sache treffende Parallele gelegnet werden konnte. Die Gegenmeinung sieht sich, wenn sie nicht zu ganz ungerechten Ergebnissen kommen will, gezwungen, die Verteidigung des Anfechtungsgegners nur gegenüber rechtskräftigen Titeln zu beschränken. Diese Einschränkung hat aber im Gesetz keine Stütze, da der § 2 ja alle Arten von Vollstreckungstiteln trifft und zwischen ihnen keine Unterschiebe macht, und da auch der § 10 *AnfG.*, wie *Ja e g e r* § 2 Anm. 40 überzeugend darzut, seine volle Bedeutung behält, wenn man dem Anfechtungsgegner gestattet, die seine Rückgewährpflicht bedingende Forderung des Anfechtenden wider den Schuldner uneingeschränkt zu bestreiten. Folgerichtig dürfte nach der Gegenmeinung dem Anfechtungsgegner nicht einmal gestattet sein, solche Tatsachen geltend zu machen, „die erst nach der Beurteilung des Schuldners liegen und geeignet sind, die

im Urteil anerkannte Forderung zum Erlöschen zu bringen“ (so mit Bezug auch auf noch nicht rechtskräftige Urteile: *RGZ.* 96, 338), denn auch durch ein solches Vorbringen des Anfechtungsgegners würde die Vollstreckbarkeit des Titels, als deren Nebenwirkung doch die Anfechtbarkeit gelten soll, nicht betroffen. Mit Recht weist demgegenüber *Ja e g e r* (§ 2 Anm. 39) nach, daß der Anfechtungsgegner nicht einmal durch eine rechtskräftige Verurteilung des Schuldners in seiner Verteidigung beschränkt wird. Denn der einzige positive Rechtsatz, aus dem eine solche Schranke gefolgert werden könnte, wäre der § 767 *Abf. 2* *IPD*. Der aber betrifft ein Merkmal der inneren Rechtskraft, die nur im Verhältnis von Gläubiger und Schuldner besteht (§ 325 *IPD*), nicht der Vollstreckbarkeit, aus der jene angebliche Beschränkung des Anfechtungsgegners als Nebenwirkung abgeleitet wird. Wenn neuerdings *RGZ.* 155, 42 dem Anfechtungsgegner mit Recht den Einwand verweigert hat, daß der nach § 2 erforderliche Titel gegen eine aufgelöste und völlig vermögenslose GmbH. als Schuldnerin erwirkt wurde, so hat dies entgegen der Annahme des Senats mit unserer Streitfrage gar nichts zu tun. Zutreffend hat schon *S ü ß* (*Abf. 3* 1937, 568) darauf hingewiesen, daß für die Zwecke der Gläubigeranfechtung auch die jedes Aktivermögens ermangelnde aufgelöste Gesellschaft als fortbestehend behandelt werden muß. Das folgt freilich gegen *S ü ß* nicht aus der konstruktiven Erwägung, daß unter gewissen Umständen auch Passiven als Vermögen betrachtet werden müßten, sondern schon aus § 1 *AnfG.*: Wenn danach eine Vermögensentäußerung des Schuldners dem Anfechtungsgegner gegenüber als unwirksam behandelt werden soll, dann muß dies zugunsten des Anfechtungsgläubigers auch in dessen Verhältnis zum Schuldner gelten. Es ist dies der gleiche Gedanke, aus dem heraus *Ja e g e r* § 2 Anm. 49 einen inländischen Vermögensgerichtsstand des Schuldners auch für den Fall bejaht, daß dieser abgesehen von dem anfechtbar veräußerten überhaupt kein greifbares Vermögen mehr im Inland hat. Die zurückzugewährenden Vermögensstücke sind dem Zwecke der Gläubigeranfechtung entsprechend, (§ 7) so zu behandeln, als ob sie dem Schuldner noch gehörten.

Prof. *Bl e h*, Gießen.

Dr. *Erich Frank*, Steuerberater, Dipl.-Rfm., Referent der Industrie- und Handelskammer zu Berlin: Grundsätze und Grenzen der steuerlichen Schätzung. (Schriftenreihe „Betriebswirtschaft und Steuer“, Bd. 5.) Berlin 1938. Deutscher Betriebswirte-Verlag KommGes. Böhmé & Co. XI, 254 S. Preis brosch. 5,50 *RM*.

Bei der großen Rolle, die die Schätzung in der Praxis der Besteuerung spielt, war längst das Bedürfnis nach einer zusammenfassenden und einigermaßen ausführlichen Behandlung der Materie vorhanden. Daß wir hier eine Behandlung dieser Art vor uns haben, zeigt der Umfang des Buches und zeigen seine Abschnittsüberschriften:

Zur Begriffsabgrenzung — Rechtsgrundlagen — Schätzungs-voraussetzungen — Schätzungsgrundlagen — Ziel und Höhe der Schätzung — um die Form der Schätzung; so lauten die Titel der ersten sechs Abschnitte des Buches, denen als siebenter und größter, der auch einen praktisch besonders wichtigen Anwendungsfall der Schätzung behandelt, der Abschnitt über die Schätzung des Wertes unnotierter Anteilspapiere (S. 116—133) folgt. Unter dem Gesichtspunkt der Schätzung werden dann noch die Fragen der Angemessenheit von Geschäftsführervergütungen behandelt (S. 174 bis 203), eine kurze Betrachtung über Schätzung und Individualbesteuerung bildet den Schluß. Diese inhaltliche Umgrenzung des Stoffs läßt nur eine größere Lücke: die Schätzungen bei der Grundstücks- und Gebäudewertung, die vom Verf. bewußtermaßen nicht besonders berücksichtigt worden sind, obwohl schon das Lavieren zwischen den verschiedenen Bewertungsmethoden für bebauten Grundstücke, das ihr Bewertungsrecht kennzeichnet, zeigt, wie viele Schätzungselemente bei der Durchführung des *ABewG.* mitwirken, während allerdings die Bodenschätzung i. S. des ihr gewidmeten Gesetzes ein Verfahren darstellt, das die eigentliche Schätzung gerade ausschalten und durch genaue Bewertung ersetzen soll.

Eine erfolgreiche Behandlung der vom Verf. in das Buch einbezogenen Gegenstände machte im besonderen Maße eine Vereinigung von betriebswirtschaftlicher mit steuerlicher Betrachtungsweise notwendig, und das Urteil über das Buch ist weitgehend schon abgegeben, wenn wir feststellen können, daß diese Vereinigung beim Verf. in nicht gewöhnlichem Maß gegeben war. Da er außerdem große Gründlichkeit in der ganzen Art seines Vorgehens mit sich bringt und seine Darstellung mit reichem Material nicht

nur aus der Rechtsprechung unterbaut, sondern auch aus unmittelbarer praktischer Anschauung, wie sie nur eine Stelle von der Art der von ihm beileideten vermittelt, waren die besten Vorbedingungen für eine wirklich wertvolle Bereicherung unserer Literatur auf diesem Gebiet gegeben, die wir dann auch erhalten haben.

Als wesentlich für das, was man Schätzung nennt, sieht der Verf. folgende Merkmale an:

1. Es besteht eine Ungewißheit in bezug auf Tatsachen, Tatbestände oder einen wirtschaftlichen Wert.

2. Die Unsicherheiten können nicht durch Auffinden tatsächlich vorhandener Merkmale beseitigt, sondern nur durch Rückschlüsse aus Anzeichen überbrückt werden. Zahlenmäßigen Unterlagen kommt also mehr symptomatische als absolute Bedeutung zu. Die aus ihnen erkennbare Tendenz ist bedeutsam, soweit sie mit den unsicheren Tatbeständen, Tatsachen und wirtschaftlichen Werten zusammenhängen.

3. Die Schätzung muß Selbstzweck sein und darf nicht Mittel zum Zweck sein. Das Schätzungsobjekt muß also direkt Mittelpunkt der Betrachtung sein, nicht dagegen wie z. B. bei Schätzung der Abschreibungen unlösbarer Teil einer Bewertung sein."

Das ist zwar keine gelehrte Definition, aber eine praktisch ganz richtige Umgrenzung, wogegen allerdings die Erklärung der Schätzung als Ertragbesteuerung (S. 9) nicht als richtig anerkannt werden kann; denn bei dem Ausdruck Ertragbesteuerung denkt man an Fälle wie den, daß etwa neben der Zucksteuer eine Steuer auf Süßstoff oder neben der Branntweinmonopolabgabe eine Steuer auf Branntweinerzeugnisse erhoben wird.

Aber Umschreibungen dieser Art sind nicht das wesentliche an dem Buch. Die Hauptsache ist die praktische Durchführung, die Betrachtung aller praktischen Schätzungsmethoden.

Wie sie durchgeführt wird, darüber ein paar Worte am Beispiel der Schätzung des Werts unnotierter „Anteils p a p i e r e“ (so möchte der Verf. Wertpapiere, die einen Gesellschaftsanteil verkörpern und für die das Zivilrecht keinen Sammelnamen hat, nennen; das ist einigermaßen einleuchtend, im Steuerrecht wird man aber für den größten Teil der Fälle mit dem Ausdruck Gesellschaftsanteile auch auskommen, ja er ist insofern treffender, als über die Anteile an GmbH. bekanntlich meist keine Wertpapiere ausgegeben werden). Auf diesem Gebiet hat sich rein im Verwaltungswege aus Anlaß der Einheitsbewertung vom 1. Jan. 1935 ein Verfahren ausgebildet, dessen Kern ist: Sofern keine genügenden Anhaltspunkte aus den Preisen bei tatsächlich erfolgten Verkäufen zu gewinnen sind, wird der Wert des Unternehmens geschätzt, und zwar als Mittel zwischen dem Substanzwert und dem Ertragswert genommen; der Wert des Anteils ergibt sich dann aus der Kapitalbeteiligung. Der Verf. stellt mit Recht fest (S. 124) — allerdings ohne es genügend scharf zu betonen —, daß auf diese Weise die in den Anteilspapieren selbständig ruhenden Wertmomente überhaupt nicht berücksichtigt werden. Das ist bei der Politik der stillen Reserven vieler Gesellschaften, die noch immer da und dort zu einer systematischen Thesaurierungspolitik gesteigert wird und weiter angeht, der durch die Anleihe- und Geldgesetzgebung bewirkten Ertragsbeschränkungen von großer Bedeutung. Zwischen Gesamtwert des Gesellschaftsvermögens und Summe der Werte der Anteile dürfte heute oft ein größerer Unterschied bestehen als je. Auch abgesehen davon enthält die Schätzung nach diesem Verfahren sowohl bzgl. des Ertragswertes als des Substanzwertes eine Menge schwieriger Fragen, und bei ihrer Aufzeigung und Behandlung bietet das Buch an Gründlichkeit und Bewahrung sicheren wirtschaftlichen Blicks alles, was man erwarten kann.

Im ganzen kann dies auch von den anderen Kapiteln gesagt werden. Die Durchleuchtung der Bedeutung der Richtsätze (S. 88 ff.) soll als besonders verdientlich hervorgehoben werden. Die betriebswirtschaftliche Schulung und Denkweise tritt zwar hier wie in einigen anderen Kapiteln vor der steuerlichen etwas in den Vordergrund, aber man kann im allgemeinen nirgends sagen, daß die letztere zu kurz käme mit einer Ausnahme: Der Steuerberater wird ziemlich vermiffen einen Abschnitt, der in erschöpfender Weise zusammenstellt, was mit Rechtsmitteln gegen die Höhe der Schätzung auf den verschiedenen Gebieten geltend gemacht werden kann. In dieser Beziehung haben wir nur einen ungenügenden Anhalt innerhalb des Abschnitts „Ziel und Höhe der Schätzung“ (S. 111); immerhin bietet das Buch für diese praktisch wichtigste Frage fastlich genügend Anhaltspunkte, wenn sie auch leider auf die verschiedenen Kapitel verstreut sind. Alles in allem kann daher das Werk all jenen aufs beste empfohlen werden, die vom Standpunkt der Rechtsberatung in Steuersachen mit der Materie zu tun haben.

Prof. Dr. Bü h l e r, Münster.

Max Renzi, MinR. im PrFinM.: Billigkeitsrichtlinien für die Grundsteuer nebst Nachtrag zum Grundsteuerkommentar. Berlin 1938. Carl Heymanns Verlag. XVI, 97 S. Preis brosch. 2,80 RM.

Die Bedeutung der Billigkeitsmaßnahmen ist für die Steuerpflichtigen und deren Berater auf dem Gebiet der Grundsteuer besonders groß. Die Billigkeitsrichtlinien vom 19. April 1938 stehen zur Zeit im Vordergrund des Interesses, weil im Hinblick auf die eingehenden und nachzuprüfenden Grundsteuerbescheide unter Vergleich mit den früheren Steuerzahlen sehr viele Zweifelsfragen auftauchen.

Renzi hat die Billigkeitsrichtlinien eingehend erörtert und oft mit klarstellenden Beispielen versehen. Von besonderem Interesse sind seine allgemeinen Ausführungen zu den Billigkeitsmaßnahmen S. 7 ff. Er vertritt z. B. den Standpunkt, daß bei unverschuldetem Leerstehen eines Grundstücks und hierdurch erfolgter Ertragsminderung ein Grundsteuererlaß im Billigkeitswege auch dann Erfolg hat, wenn der Eigentümer ein vermögander Mann ist. Der Begründung des Verf. (S. 9) ist durchaus beizutreten.

Für die Praxis von Bedeutung sind fernerhin die Darlegungen über den Zeitpunkt der Stellung von Billigkeitsanträgen, der je nach der Begründung des Billigkeitsantrages verschieden gelagert sein kann. Von besonders praktischer Bedeutung sind die Ausführungen zu den Übergangsmaßnahmen (Belastungserhöhungen aus Anlaß der Umstellung der Grundsteuer). Die Belastungserhöhungen haben hier eine besondere Stala aufgestellt, deren Überschreitung Voraussetzung für Billigkeitsmaßnahmen ist. Auch hier bringt Renzi eingehende Anmerkungen (vgl. z. B. S. 16, 21, 26).

Der Abschnitt III der Richtlinien über Grundsteuererlaß aus Billigkeitsgründen bei Ertragsminderung ist ebenfalls für den steuerberatenden Rechtsanwalt von erheblichem Wert, zumal bei den drei Arten der Ertragsminderungen (Leerstehen, Billigervermietung, Mietausfall) eingehende Berechnungsvorschriften aufgestellt sind. Hinsichtlich der Mietausfälle bestimmen die Richtlinien, daß Gerichts-, Vollstreckungs- und Anwaltskosten bei der Berechnung des Mietausfalls nicht angesetzt werden dürfen. Ein solcher Ausschluß der Absetzung erscheint nicht gerechtfertigt, da grundsätzlich davon auszugehen ist, daß der Hauseigentümer von der Beitreibung von Mieten dann Abstand nehmen wird, wenn die Beitreibung keinen Erfolg verspricht. Die Mietzinsverfolgungskosten erhöhen tatsächlich den Mietausfall. Es ist nicht einzusehen warum diese nicht berücksichtigt werden sollen. Soweit erhebliche Mietzinsbeitreibungskosten entstanden sind, dürfte trotz der Richtlinien ein Hinweis hierauf in Billigkeitsanträgen angebracht sein, da tatsächlich solche Kosten als Mietausfälle bzw. Ertragsminderungen des Grundstücks anzusprechen sind.

Die Richtlinien für Billigkeitsmaßnahmen betreffen sich ferner mit dem steuerbegünstigten Neuhausbesitz. Auch diese Bestimmungen sind eingehend erörtert. Von besonderem Interesse ist das Beispiel für Billigkeitsmaßnahmen beim steuerbegünstigten Neuhausbesitz (S. 60). Auch die Erlaßmöglichkeiten bei Baugrundstücken sind aus den Richtlinien hervorzuheben.

Für Billigkeitsanträge ist ferner auch Ziff. 37 der Richtlinien (verschiedene Erlaßgründe) von Bedeutung. Auch hier bringt Renzi ein interessantes Beispiel (S. 71). Im übrigen enthält der Nachtrag noch einige Ausführungen zum Grundsteuerkommentar und zwei Runderlasse. Das Studium der Billigkeitsrichtlinien und ihren sachkundigen Erörterungen muß jedem empfohlen werden, der auf dem Gebiet der Grundsteuer einen praktischen Fall zu lösen hat. Hierzu sind die von Renzi erläuterten Richtlinien besonders geeignet.

Rechtsanwalt Dr. Dr. M e g o w,
Fachanwalt für Steuerrecht, Berlin.

Das neue Reichsrecht, Ausgabe Österreich. Herausgegeben von StSekr. Hans Fundtner und RA. Dr. Reinhard Neubert unter Mitwirkung von MinR. Dr. Medicus und Sekretarschef der österr. Statthalterei Dr. Mannlicher. Loseblattsammlung. Berlin und Wien 1938. Industrie-Verlag Spaeth & Linde. 4.—7. Lieferung. Ergänzungsblätter je 4 Rpf. und Postgebühren.

Zu den JW. 1938, 1582 besprochenen ersten drei Lieferungen des „Neuen deutschen Reichsrechts“, Ausgabe Österreich, sind inzwischen entsprechend der Einführung des Reichsrechts in Österreich vier weitere umfangreiche Lieferungen erschienen, durch die die Sammlung auf den Stand etwa Anfang Juli gebracht worden ist.

Rechtsprechung

Nachdruck der Entscheidungen nur auszugsweise und mit genauer Quellenangabe gestattet
 (** Abdruck in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts. — † Anmerkung)

Strafrecht

1. RG. — § 20 a, 263 StGB.

1. Wenn auch nach der Rspr. (RGSt. 68, 157 = JW. 1934, 1662²⁸ m. Anm.) bei Untersuchung der Frage, ob die öffentliche Sicherheit die Unterbringung erfordere, nicht außer Betracht bleiben darf, ob die Gefährlichkeit des Verurteilten im Zeitpunkt seiner Entlassung aus der Strafhaft noch besteht oder voraussichtlich noch bestehen wird, so ist damit keineswegs ausgesprochen worden, daß die Möglichkeit einer Besserung schlechthin der Verhängung der Sicherungsmaßnahme entgegenstehe.

2. Das RG. hat bereits in seiner Rspr. zum sog. Bettelbetrug (RGSt. 4, 352; 6, 360), ferner ganz allgemein für jede Art des Betruges (RGSt. 70, 255 = JW. 1936, 2807²⁹) angenommen, daß Betrug nicht ausgeschlossen ist, wenn der Betäuſchte eine Verfügung trifft, deren schädigende Wirkung auf sein Vermögen ihm bewußt ist.

I. Die Rev. der StA.:

Die Rev. wendet sich ausschließlich dagegen, daß gegen den Angekl. nicht auf Sicherungsverwahrung erkannt worden ist. Die Rüge ist begründet.

Das LG. ist der Anschauung, daß der Angekl. ein Gewohnheitsverbrecher i. S. des § 20 a StGB. sei und daß bei seinem Vorleben und der Wirkungslosigkeit der bisherigen Strafen „Wiederholungsgefahr“ bestehe. Es glaubt aber, daß diese Gefahr „vielleicht“ beseitigt werde, wenn gegen den Angekl. eine „exemplarische Strafe“ verhängt werde, und erwartet, daß die Strafzeit auf ihn ihren Eindruck nicht verfehlen werde. Danach hat das LG. von der Verhängung der Sicherungsmaßnahme abgesehen, weil es mit einem verhältnismäßig geringen Grad von Wahrscheinlichkeit eine Besserung für möglich hält. Diese Betrachtungsweise ist rechtsirrig.

Die Gefahr, die von einem Gewohnheitsverbrecher ausgeht und wegen der die Sicherungsverwahrung anzuordnen ist, ist auf den ihm innewohnenden, eingewurzelten Hang zurückzuführen. Es ist ein Kennzeichen dieses Hanges, daß er den Verbrecher zu immer neuen Straftaten antreibt. Trotzdem dürfte es in keinem Falle schlechthin außerhalb des Bereichs des Möglichen liegen, daß jener Hang durch innere Einkehr, durch Gewöhnung an geordnete Arbeit usw. verloren gehe. Wollte man daher bereits den geringsten Grad einer solchen Möglichkeit für ausschlaggebend erachten, so würde die öffentliche Sicherheit wohl bei keinem Gewohnheitsverbrecher seine Sicherungsverwahrung „erfordern“, keinesfalls dann, wenn er in längere Strafhaft genommen würde und die mutmaßliche Fortentwicklung seiner Persönlichkeit auf Jahre hinaus beurteilt werden soll. Wenn demgemäß nach der Rspr. (RGSt. 68, 157 = JW. 1934, 1662²⁸ m. Anm.) bei Untersuchung der Frage, ob die öffentliche Sicherheit der Unterbringung erfordere, nicht außer Betracht bleiben darf, ob die Gefährlichkeit des Verurteilten im Zeitpunkt seiner Entlassung aus der Strafhaft noch besteht oder voraussichtlich noch bestehen wird, so ist damit keineswegs ausgesprochen worden, daß die Möglichkeit einer Besserung schlechthin der Verhängung der Sicherungsmaßnahme entgegenstehe. Dies ist erst dann der Fall, wenn eine Beseitigung des Hanges mit dem Grade von Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist, der bei einer solchen Beurteilung zukünftiger Erscheinungen überhaupt erreicht werden kann. Eine Feststellung in diesem Sinne hat das LG. nicht getroffen.

Die Rüge ergreift trotz ihrer Beschränkung den Strafausspruch im ganzen. Wegen des Rechtsfehlers ist deshalb der ganze Strafausspruch aufzuheben.

II. Die Rev. des Angekl.:

Sachlich-rechtlich vertritt die Rev. die Auffassung, daß Be-

trag ausgeschlossen sei, wenn der Betäuſchte eine Verfügung treffe, von der er wisse, daß sie seinem Vermögen schädlich sei. Das Gegenteil hat das RG. bereits bei seiner Rspr. zum sog. Bettelbetrug angenommen (RGSt. 4, 352; 6, 360, ferner ganz allgemein für jede Art des Betrugs: RGSt. 70, 255 = JW. 1936, 2807²⁹). Voraussetzung ist in dieser Hinsicht nur, daß die Vermögensbeschädigung auf die Irrtumserregung zurückzuführen ist, d. h. unter Zugrundelegung des in der Rspr. des RG. ausgebildeten Begriffs des ursächlichen Zusammenhangs, daß die Vermögensbeschädigung nicht eingetreten wäre, wenn die Täuschung nicht vorgenommen worden wäre. Ein solcher Zusammenhang ergibt sich für die hier zu untersuchenden Fälle aus den Urteilsfeststellungen zweifelsfrei.

In dem einen Falle des versuchten Betrugs ist zwar nicht festgestellt worden, daß der Angekl. dem Mädchen, das er zu seinem Opfer ausgesucht hatte, die Heirat versprochen hätte; er hat aber auch in diesem Falle eine Täuschungshandlung begangen, indem er dem Mädchen vormachte, daß er sich allgemein mit der Absicht, zu heiraten, trage, während er nach den Feststellungen des Urteils überhaupt keine ernsthaften Heiratsabsichten hatte.

(RG., 1. StrSen. v. 17. Juni 1938, 1 D 362/38.)

*

2. RG. § 42 n StGB. Ist auf Entmannung und Sicherungsverwahrung erkannt und stellt sich letztere als eine Hilfsmaßnahme dar, von der zunächst zur Gewährleistung des vollen Schutzes der Allgemeinheit nicht abgesehen werden kann, deren weitere Durchführung sich aber möglicherweise nach Durchführung der Entmannung erübrigt, so stellt die gleichzeitige Anordnung beider Maßnahmen keine den Angekl. beschwerende Härte dar.

In sachlich-rechtlicher Hinsicht gibt das Urteil zu rechtlichen Bedenken keinen Anlaß. Dies gilt entgegen der Auffassung der Rev. auch insoweit, als das LG. gleichzeitig die Entmannung und die Sicherungsverwahrung des Angekl. angeordnet hat. Zunächst kann es keinem Zweifel unterliegen, daß sowohl die Entmannung des bereits zweimal wegen Verbrechens gegen § 176 Abs. 1 Ziff. 3 StGB. und zweimal wegen Notzucht vorbestraften Angekl., als auch die Sicherungsverwahrung, jede für sich betrachtet, nach den Urteilsfeststellungen gerechtfertigt erscheint. Aber auch die Anwendung beider Maßregeln nebeneinander ist im Urteil ausreichend und ohne Verstoß gegen die in der reichsgerichtlichen Rspr. entwickelten Rechtsgrundsätze (vgl. RGSt. 69, 150 = JW. 1935, 1854¹²) begründet. Das LG. hält die Anordnung der Entmannung allein nicht für ausreichend, weil sich das Maß und namentlich der Zeitpunkt ihrer vollen Auswirkung auf den außergewöhnlich starken Geschlechtstrieb des Angekl. nicht mit Sicherheit vorher bestimmen lasse. Diese wesentlich tatrichterliche Erwägung behält auch bei Berücksichtigung der Dauer der verhängten Freiheitsstrafe und des Alters des Angekl. ihre Berechtigung. Weiter erwägt das LG. rechtlich einwandfrei, daß sich die Entmannung aus zur Zeit nicht zu ermessenden Gründen als unausführbar erweisen könnte. Wenn es schließlich den auf anderen Gebieten liegenden erheblichen Straftaten, deren letzte — versuchte Abtreibung — noch im Jahre 1932 zu einer Verurteilung geführt hat, mit einem Einfluß auf seine Entscheidung eingeräumt hat, so ist auch dagegen aus Rechtsgründen nichts einzuwenden.

Andererseits ist auch ein Rechtsverstoß nicht darin zu finden, daß das LG. nicht von der Anordnung der Entmannung im Hinblick auf die angeordnete Sicherungsverwahrung abgesehen hat. Grundsätzlich sind beide Maßregeln nebeneinander statthaft (§ 42 n StGB.). Beide verfolgen das gleiche Ziel der Sicherung der Volksgemeinschaft und der Besserung des Angekl.,

jede aber auf besondere Weise. Die Sicherungsverwahrung kann sich als eine Hilfsmaßnahme darstellen und ist als solche im vorl. Falle offenbar vom BG. betrachtet worden, von der zunächst zur Gewährleistung des vollen Schutzes der Allgemeinheit nicht abgesehen werden kann, deren Durchführung oder weitere Durchführung sich aber möglicherweise erübrigt, wenn die Entmannung sich als durchführbar erweist, ihre volle Wirkung gezeitigt hat und im übrigen keine Bedenken gegen die Beendigung der Sicherungsverwahrung vorliegen. Insofern kann nicht gesagt werden, daß die gleichzeitige Anordnung der Entmannung und der Sicherungsverwahrung gegenüber der Anordnung der Sicherungsverwahrung allein eine den Angekl. beschwerende Härte darstellte.

(RG., 4. StrSen. v. 14. Juni 1938, 4 D 400/38.)

*

3. RG. — § 51 StGB.; § 52 Abs. 2 StPD.

1. Haben Zeugen, die gemäß der zwingenden Vorschrift des § 52 Abs. 2 StPD. ein Zeugnisverweigerungsrecht hatten, infolge unterlassener Belehrungen Aussagen gemacht, so dürfen diese bei der Urteilsfindung überhaupt nicht verwertet werden (RG. v. 17. Juli 1936, 1 D 490/36; JW. 1936, 3009⁹²).

2. Bewußtseinsstörung kann infolge Alkoholkonsums auch dann vorliegen, wenn keine „sinnlose“ Trunkenheit besteht. Das RG. hat daher schon oft darauf hingewiesen, daß eine Prüfung lediglich über das Vorliegen „sinnloser“ Trunkenheit nicht ausreicht (RGUrt. v. 2. März 1937, 1 D 42/37; JW. 1937, 1328⁹²; RG. v. 17. Sept. 1936, 2 D 512/36; JW. 1936, 2994¹⁰).

Das BG. hat den Angekl. wegen Verbrechens gegen den § 176 Abs. 1 Nr. 3 StGB. in zwei Fällen verurteilt.

I. Die von der Rev. erhobene Verfahrensrüge greift durch.

In der Hauptverhandlung sind als Zeugen u. a. vernommen worden die beiden Mädchen, an denen sich der Angekl. nach der Beweisannahme des BG. vergangen hat, Hildegard und Adelheid K., sowie deren Bruder Lothar K. Sie sind Kinder eines Bruders des Angekl., Friedrich K.; sie hatten also gemäß § 52 Abs. 1 Nr. 3 StPD. das Recht, ihr Zeugnis zu verweigern. Entgegen der zwingenden Vorschrift des § 52 Abs. 2 StPD. wurden sie nicht vor ihrer Vernehmung über ihr Recht zur Verweigerung der Zeugnisse belehrt. Das ergibt sich aus der Sitzungsniederschrift, die insofern gemäß den §§ 274, 273 StPD. maßgebend ist; das bestätigen übrigens auch die dienstlichen Äußerungen des Vorsitzenden und des UrV.

Der von der Rev. gerügte Verfahrensverstöß liegt hier nach vor.

Die Folge davon war (vgl. RGUrt. v. 17. Juli 1936, 1 D 490/36; JW. 1936, 3009⁹²), daß die Befundungen, die die drei Zeugen in der Hauptverhandlung gemacht hatten, überhaupt nicht bei der Urteilsfindung verwertet werden durften; der Angekl. hatte ein Recht darauf, daß sie unbeachtet blieben. Dem entgegen hat das BG. seine Überzeugung davon, ob und in welcher Weise sich der Angekl. an den beiden Mädchen vergangen hat, entscheidend mit darauf gestützt, was die drei genannten Kinder, insbes. die beiden Mädchen, als Zeugen in der Hauptverhandlung bekundet hatten.

Die tatsächlichen Feststellungen des BG. und damit die Urteilsfindung beruhen hiernach auf dem von der Rev. zu Recht gerügten Verfahrensverstöß. Das Urteil muß also aufgehoben werden. Für die neue Verhandlung ist darauf hinzuweisen, daß die Angaben, die die drei Kinder in der ersten Hauptverhandlung gemacht haben, auch künftig nicht etwa in der Form verwertet werden dürfen, daß durch Vernehmung anderer Personen ermittelt würde, was die Kinder damals gesagt haben; auch einer solchen Verwertung sieht der erörterte Verfahrensverstöß endgültig entgegen (vgl. § 252 StPD.).

II. Eine sachlich-rechtliche Nachprüfung des Urteils ist zwar nicht möglich, weil keine Sachbeschwerden erhoben worden sind. Die Urteilsausführungen geben jedoch Anlaß, für die neue Verhandlung noch auf folgendes hinzuweisen:

Im § 51 StGB. handelt es sich nicht nur um die Fähigkeit, das Unerlaubte der Tat einzusehen, sondern weiterhin auch um die Fähigkeit, nach dieser Einsicht zu handeln. Das Urteil behandelt — wie übrigens auch das Gutachten, soweit es im

Urteil mitgeteilt wird — nur die Einsichtsfähigkeit, aber nicht die Willensfähigkeit des Angekl. Nach den Urteilsausführungen über die Persönlichkeit des Angekl. wäre es indes möglich, daß der Schwerpunkt der Beurteilung im Rahmen des § 51 StGB. die Willensfähigkeit des Angekl. beträfe, die bisher überhaupt nicht geprüft worden zu sein scheint.

Der § 51 StGB. führt drei Grundlagen der Beurteilung an: Bewußtseinsstörung, krankhafte Störung der Geistestätigkeit und Geisteschwäche. Geisteskrankheit ist danach keine Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 51 StGB. Bewußtseinsstörung kann infolge Alkoholkonsums auch dann vorliegen, wenn keine „sinnlose“ Trunkenheit besteht. Es ist daher vom RG. schon oft darauf hingewiesen worden, daß es nicht ausreicht, wenn nur geprüft worden ist, ob eine „sinnlose“ Trunkenheit bestanden habe (vgl. u. a. RGUrt. vom 2. März 1937, 1 D 42/37, im Rechtsjah: JW. 1937, 1328⁹², v. 17. Sept. 1936, 2 D 512/36, ebenso JW. 1936, 2994¹⁰).

Je nach dem Ausfall der künftigen Feststellungen wird auch geprüft werden müssen, ob Sicherungs- oder Besserungsmaßnahmen (§§ 42 a ff. StGB.) geboten sind.

(RG., 1. StrSen. v. 17. Juni 1938, 1 D 405/38.)

*

4. RG. — §§ 253, 259, 268, 272, 363, 47 StGB.

1. Zwischen §§ 339 und 263 StGB. besteht bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 339 Abs. 3, wenn der erpresserische Zwang ausschließlich durch Mißbrauch der Amtsgewalt begangen ist, nicht Tateinheit, sondern Gesezeinheit.

2. Für Fälle der Fälschung von Papieren, in denen der Täter nicht nur den Willen hat, die allgemeinen Vorbedingungen für sein Fortkommen günstiger zu gestalten (vgl. RG. 5 D 679/36 v. 28. Jan. 1937; JW. 1937, 1338⁹²), in denen er vielmehr darauf ausgeht, sich durch die Fälschung einen ganz besonderen Vorteil zu verschaffen oder zu sichern, entspricht es der ständigen Rpr. des RG., Urkundenfälschung nach § 267 anzunehmen (RGSt. 52, 186; 60, 375; 62, 351).

3. Es ist nicht erforderlich, daß jeder Mittäter selbst Tatbestandsmerkmal verwirklicht hat, oder daß er seinen Tatbeitrag gerade im Augenblick der tatbestandsmäßigen Vollendung der Tat geleistet hat (RGSt. 66, 236; 68, 411 = JW. 1935, 427¹² m. Anm.).

4. Es ist weder für § 268 noch für § 272 StGB. zu fordern, daß der Vermögensvorteil erst durch den Gebrauch der gefälschten Urkunde erzielt werden soll.

5. Als Umstände, die das „Annehmenmüssen“ i. S. des § 259 StGB. begründen, können nur solche in Betracht gezogen werden, die dem Täter bekannt geworden und zur Zeit der Tat gegenwärtig waren (RGSt. 55, 204).

6. So wie die Abtreibung dadurch, daß sie gewerbsmäßig begangen wird, nicht die Eigenschaft einer selbständigen Handlung verliert (Beschl. des Großen Senats für Strafsachen, GSt 2/37 v. 21. April 1938; JW. 1938, 1513¹) stellt auch bei der Hehlerei die gewerbsmäßige Begehung die Selbständigkeit der einzelnen Straftat nicht in Frage.

I. a) Der Angekl. M. hat eine amtliche Beschlagnahme des Hypothekenbriefs ausgesprochen. Damit hat er eine Befugnis mißbraucht, mit der er an sich durch sein damaliges Amt als Kriminalassistent der Kriminalinspektion B. ausgestattet war (vgl. RGEntsch. 3 D 256/21 v. 13. Juni 1921; Recht 1921 Nr. 2284). Durch die angebliche amtliche Maßnahme nötigte er den Bäckermeister D., ihm den Hypothekenbrief zu belassen (vgl. RGSt. 48, 346, 349). Er tat dies, um sich in den Besitz des Briefes zu setzen und dadurch für sich einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu erzielen. Mit der Eröffnung der Beschlagnahme täuschte er zugleich die rechtmäßige Inbesitznahme des Briefes für seine Behörde vor. Diese Täuschung ist mit urfächlich geworden dafür, daß D. alsdann den Betrag von 100 RM. als „Hinterlegungsgebühr“ auf Anfordern an den Angekl. zahlte. Die Erklärung des Angekl., er müsse den Hypothekenbrief beschlagnahmen, trug also zur Verwirklichung sowohl des Vergehens nach §§ 339 Abs. 3, 253 StGB., als auch des Tatbestandes des Betrugs nach § 263 StGB. bei. Der rechtswidrige Vermögensvorteil bestand für das Vergehen nach §§ 339 Abs. 3, 253 StGB. ebenso wie für den Betrag darin, daß ihm

der Hypothekenbrief überlassen wurde. Die Straftat des Betrugs legte er sodann weiter dadurch fort, daß er dem D. durch Täuschung zur Zahlung der 100 RM „Hinterlegungsgebühr“ veranlaßte. Hiernach hat die Strk. mit Recht wegen dieser beiden Straftaten verurteilt und angenommen, daß sie in Tateinheit miteinander stehen. Die Meinung der Rev., daß Tateinheit rechtlich nicht möglich sei, trifft für den hier ermittelten Sachverhalt nicht zu. Ihr Hinweis auf RGSt. 53, 281 ist abwegig. Dort ist die Frage des Betrugs überhaupt nicht erörtert. Zwischen § 339 und § 253 StGB., deren Verhältnis zueinander in jener Entscheidung allein untersucht worden ist, besteht in einem Falle der hier in Rede stehenden Art, in dem die Voraussetzungen des § 339 Abs. 3 StGB. vorliegen, und der expressioische Zwang ausschließlich durch Mißbrauch der Amtsgewalt begangen worden ist, nicht Tateinheit, sondern Gesetzesinheit. In diesem Sinne ist von der Strk. richtig davon abgesehen worden, neben dem Vergehen nach § 339 StGB. noch eine Verurteilung des Angekl. wegen Erpressung auszusprechen.

b) Zu Unrecht wendet sich die Rev. dagegen, daß die Strk. im Falle B. die Anwendbarkeit des § 363 StGB. verneint und Urkundenfälschung nach § 267 StGB. angenommen hat. Wenn in RGSt. 26, 83 angesichts der besonderen Sachlage des dort abgeurteilten Falles davon ausgegangen worden ist, daß der Täter ein von dem Amtsvorsteher ihm ausgestelltes Führungsattest lediglich zur Erfüllung polizeilicher Kontrollvorschriften verfälscht habe, so rechtfertigt dies nicht, den vorliegenden abweichenden Sachverhalt rechtlich ebenso zu beurteilen. Die Strk. stellt nämlich ausdrücklich fest, daß die Fälschung hier nicht allgemein dem besseren Fortkommen des B. dienen sollte, sondern zu dem besonderen Zweck bestimmt war, seine Entfernung aus der bereits gewonnenen Stellung eines stellvertretenden Sturmführers im Fliegersturm zu verhindern, und daß die Tat von vornherein diesem bestimmten Einzelzweck diene. Sie zielte damit auf eine Beeinträchtigung des Rechts der SA. ab, ihre Führerstellen mit dem Vorleben nach einwandfreien Personen zu besetzen, und diente zugleich dazu, dem B. eine ihm nicht zukommende Rechtsstellung bei der SA. zu erhalten. Für Fälle dieser Art, in denen der Täter nicht nur den Willen hat, die allgemeinen Vorbedingungen für sein Fortkommen günstiger zu gestalten (vgl. dazu RGEntsch. 5 D 679/36 v. 28. Jan. 1937: JW. 1937, 1338⁴⁹), in denen er vielmehr darauf ausgeht, sich durch die Fälschung einen ganz bestimmten Vorteil zu verschaffen oder zu sichern, entspricht es der ständigen Rspr. des RG., Urkundenfälschung nach § 267 StGB. anzunehmen (vgl. u. a. RGSt. 12, 385, 388; 31, 296, 297; 38, 145—147, 148; 52, 186, 188; 60, 375; 62, 351). Diese Rechtsauffassung hat die Strk. zutreffend zur Grundlage ihrer Entscheidung genommen.

c) Auch die Annahme der Strk., daß der Diebstahl des Formulars und die Urkundenfälschung im Falle B. in Tateinheit begangen sind, ist rechtlich nicht zu beanstanden. Die Handlungen des Angekl., die der Verwirklichung des Tatbestandes des § 242 StGB. dienen, haben entgegen der Meinung der Rev. nicht zugleich zur Erfüllung des Tatbestandes der Urkundenfälschung beigetragen. Dies geschah vielmehr erst durch den nachträglichen Abdruck des Dienststempels auf dem Formular, den der Angekl. besorgte. Gegenüber dem Einwand der Rev., daß bei der Annahme einer selbständigen Tat des Diebstahls die Rolle des Angekl. bei der eigentlichen Urkundenfälschung nicht mehr zu verstehen sei, ist auf diesen Umstand sowie weiter darauf hinzuweisen, daß der Mittäter zwar in irgendeiner Weise zur Ausführung der Tat mitgewirkt haben muß, daß er aber seine persönliche Tätigkeit dabei auf Handlungen beschränkt haben kann, die sich äußerlich als bloße Beihilfehandlungen darstellen. Daß jeder Mittäter selbst Tatbestandsmerkmale verwirklicht hat oder daß er seinen Tatbeitrag gerade im Augenblick der tatbestandsmäßigen Vollendung der Tat geleistet hat, ist nicht erforderlich (RGSt. 66, 236, 240; 68, 411 = JW. 1935, 427¹² m. Anm.). Daß der Angekl. die Fälschung auch als eigene Tat gewollt hat, ist von der Strk. ausdrücklich und rechtlich bedenkenfrei festgestellt worden.

d) Auch im Falle Bo. möchte die Rev. auf die dort festgestellte Fälschung den § 363 StGB. angewendet wissen. Sie begründet dies damit, die Melderegisterkarte, die gefälscht wor-

den ist, bilde die Unterlage für die Ausstellung polizeilicher Führungszeugnisse und trete daher im inneren Betrieb der Polizeibehörde an die Stelle des Führungszeugnisses. Mithin sei sie diesem gleichzusetzen und in strafrechtlicher Hinsicht genau so zu behandeln.

Die Rüge geht fehl. Die Bestimmung des § 363 StGB. beschränkt ihre Geltung auf solche Papiere und Zeugnisse, die zum Ausweis der einzelnen Person dieser ausgestellt zu werden pflegen. Dazu zählen die Urkunden nicht, die, wie insbes. behördliche Akten und Karteien, in der Verwahrung Dritter oder sogar von Behörden gehalten werden und dort weiteren Zwecken dienen, mögen sie auch im Einzelfalle die Ausstellung von Ausweispapieren der in § 363 StGB. bezeichneten Art überhaupt erst ermöglichen (vgl. RMG. 15, 224, 228). Übrigens beurteilt sich auch die Fälschung des polizeilichen Führungszeugnisses, wie gerade der vorl. Fall zeigt, durchaus nicht immer nach § 363 StGB., so daß das von der Rev. geäußerte Bedenken nicht zutrifft, es ergebe sich bei der Auffassung des angefochtenen Urteils eine durch nichts gerechtfertigte unterschiedliche Behandlung der Fälschung der Melderegisterkarte im Vergleich zu der Fälschung des Führungszeugnisses.

e) Zutreffend hat die Strk. auch den Angekl. M. der schweren Urkundenfälschung nach § 268 Abs. 1 Ziff. 2 StGB. für schuldig erachtet, weil er für die Fälschung ein Entgelt erhalten oder in Aussicht gestellt bekommen hatte. Die Absicht, von einem anderen für die Fälschung belohnt zu werden, ist bereits in RGSt. 18, 145 für den Fall des § 272 StGB. als auf die Erlangung eines Vermögensvorteils gerichtet angesehen worden. Aber auch im Falle des § 268 StGB. ist nicht zu fordern, daß der Vermögensvorteil erst durch den Gebrauch der gefälschten Urkunde erzielt werden soll. Vielmehr ist die Urkundenfälschung auch dann in der Absicht, sich einen Vermögensvorteil zu verschaffen, begangen worden, wenn der Mittäter seinen Tatbeitrag geleistet hat, um eine Belohnung dafür zu erhalten. Denn auch in diesem Falle stellt er sich den Vermögensvorteil als ursächliche Folge seiner Tat vor und läßt sich dadurch zum Handeln bestimmen. Dies erfüllt den Begriff der Absicht i. S. des § 268 StGB. (vgl. RGSt. 50, 55).

II. Soweit die Rev. der Angekl. Georg B. und Julius F. in Zweifel ziehen, daß der Kaffee von dem Mitverurteilten K. in den von der Strk. festgestellten Fällen mittels einer strafbaren Handlung erworben worden war, geht sie offensichtlich fehl. Die Verurteilung der beiden Angekl. wegen Hehlerei konnte aber um deswillen nicht bestehen bleiben, weil das Tatbestandsmerkmal des Wissens oder Annehmennmüßens, daß der von ihnen erworbene Kaffee von dem Vorbesitzer K. mittels einer strafbaren Handlung erlangt war, nicht hinreichend nachgewiesen ist. Zwar spricht die Strk. als ihre Überzeugung aus, daß die beiden Angekl. aus allen im einzelnen von ihr ausgeführten Umständen annehmen mußten, daß der ihnen angebotene Kaffee mittels einer strafbaren Handlung erlangt war. Als Umstände, die das „Annehmenmüssen“ i. S. des § 259 StGB. begründen, können nur solche in Betracht gezogen werden, die dem Täter bekannt geworden und zur Zeit der Tat gegenwärtig waren (RGSt. 55, 204, 207). Auch müssen diese Umstände nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme geeignet gewesen sein, dem Täter die Überzeugung von dem strafbaren Erwerb der Sachen aufzudrängen. Die Ausführungen, mit denen diese Voraussetzungen in dem angefochtenen Urteil mit Bezug auf die dort aufgeführten Umstände bejaht werden, sind zum Teil rechtlich zu beanstanden.

Sofern die neue Hauptverhandlung den Tatbestand der Hehlerei auch nach der inneren Tatseite ergibt, wird zu prüfen sein, ob nicht gewerbsmäßige Hehlerei (§ 260 StGB.) vorliegt. Nach der Entsch. des Großen Senats für Strafsachen GSSt 2/37 vom 21. April 1938 = JW. 1938, 1513¹, verliert eine Abtreibung dadurch, daß sie gewerbsmäßig begangen wird, nicht die Eigenschaft einer selbständigen Handlung. Die Grundsätze dieser Entscheidung treffen rechtlich notwendig auch auf die gewerbsmäßige Hehlerei zu. Für sie muß somit die gleiche Beurteilung Platz greifen, d. h. auch bei ihr stellt die gewerbsmäßige Begehung die Selbständigkeit der einzelnen Straftat grundsätzlich nicht in Frage. Es könnten also vorliegend, sofern kein Fortsetzungs-

zusammenhang anzunehmen wäre, gegebenenfalls so viele selbständige Fälle der gewerbsmäßigen Fehlerei festzustellen sein, als Einzelhandlungen der einfachen Fehlerei in der von der Str.R. in dem angefochtenen Urteil bejahten Fortsetzungstat enthalten sind.

(RG., 2. Str.Sen. v. 30. Mai 1938, 2 D 813/37.)

*

5. RG. — §§ 271, 2 StGB. Die von einer sachlich unzuständigen Stelle hergestellten beglaubigten Abschriften eines Urteils sind keine öffentlichen Urkunden i. S. des StGB. — Die Bewirkung der Abgabe falscher Erklärungen in solchen Urkunden ist demnach nicht nach § 271 StGB., jedoch nach § 271 in Verb. m. § 2 StGB. strafbar.

Der in Preußen ansässige Angekl. hat im Mai 1937 von der Ausfertigung des seine erste Ehe betreffenden Scheidungsurteils v. 23. Okt. 1920 zwei dieses Urteil so wesentlich abändernde auszugsweise Abschriften hergestellt, daß ihnen die Scheidung der zweiten — noch bestehenden — Ehe des Angekl. zu entnehmen war. Er erreichte es dann, daß der ihm vertrauende Bürgermeister K. der Wohnortsgemeinde des Angekl., ohne selbst nachzuprüfen, unterchriftlich unter Beifügung seines Amtssiegels auf den Abschriften bescheinigte, diese stimmten mit dem Urteil überein. Eine der beiden Abschriften hat der Angekl. seinem Vorgesetzten im Reichsarbeitsdienst zum Nachweis dafür ausgehändigt, daß er nicht verheiratet sei.

Das LG. hat den Angekl. wegen Vergehens gegen § 2 StGB. i. Verb. m. § 271 StGB. verurteilt. Die Rev. der StA. rügt Verletzung der §§ 271, 272 und weiter der §§ 267, 268 Nr. 2 StGB. durch Nichtanwendung. Der Angekl. macht geltend, sein Verhalten sei nicht strafbar. Beide Rechtsmittel konnten keinen Erfolg haben.

Den Urteilsgründen ist als Auffassung des LG. zu entnehmen, daß der Angekl. in den Bescheinigungen des K. öffentliche Beglaubigungen seiner Abschriften erblickt hat, und daß er diesen Erfolg erstrebte.

Dem LG. ist darin beizupflichten, daß die Bescheinigungen keine öffentlichen Urkunden im Sinne des StGB. darstellen, weil dem Bürgermeister die sachliche Zuständigkeit fehlte, solche Abschriftenbeglaubigungen vorzunehmen. Die unter Berufung auf RGSt. 60, 209 gegebene Begründung, die Abschriftenbeglaubigung gehöre zu den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, reicht zwar allein nicht aus, da die Entscheidung nur besagt, den Gemeindebehörden in Preußen stehe ein derartiges Beglaubigungsrecht nicht allgemein zu, dazu seien vielmehr die Organe der freiwilligen Gerichtsbarkeit berufen. Es kam somit weiter darauf an, ob dem Bürgermeister durch Gesetz oder sonstige Rechtsnorm für einen Fall der hier gegebenen Art eine solche Befugnis zu öffentlicher Beglaubigung beigelegt sein könnte (RGSt. 63, 148, 150). Das konnte die Str.R. aber im Hinblick auf den ermittelten Sachverhalt ohne weiteres als ausgeschlossen erachten. Weder das frühere Ehescheidungsverfahren des Angekl. noch sein mit den beglaubigten Abschriften verfolgter Zweck standen in irgendeiner Beziehung zu dem Geschäftskreis des bürgermeisterlichen Amtes. K. hat, wie der Sachzusammenhang erkennen läßt, nur gegenüber dem ihm bekannten Angekl. aus Entgegenkommen der weit verbreiteten Übung gemäß gehandelt, als zur Führung eines Amtssiegels berechtigter Beamter Abschriften von Urkunden zu beglaubigen, obwohl diese Maßnahme außerhalb des ihm zugewiesenen Geschäftskreises lag. Denn sie konnte bei ihrer sonstigen völligen Beziehungslosigkeit in den Pflichtenkreis seines öffentlichen Amtes nur fallen, wenn ihm die Aufgabe allgemeiner Abschriftenbeglaubigung wie dem Richter oder Notar sachlich zustand. Das ist aber für preussische Bürgermeister von Landgemeinden nach den geltenden gesetzlichen Bestimmungen zu verneinen.

Die besonderen strafrechtlichen Bestimmungen für öffentliche Urkunden dienen dem Schutz des Vertrauens, das ihnen entgegengebracht wird. Durch die Zuständigkeits- und Formvorschriften soll gewährleistet werden, daß öffentliche Urkunden nur von besonders geschulten und vertrauenswürdigen Personen inhaltlich wahr und formgerecht hergestellt werden. Einer Lockerung dieser Sicherungen durch abweichende Übung bei den Behörden ist an sich die Anerkennung zu versagen. Zuweisen in

besonders gelagerten Ausnahmefällen von diesem Grundsatz etwa abgesehen werden könnte, bedarf hier keiner Erörterung. Denn zumindest wäre immer ein berechtigtes allgemeines und dringendes Bedürfnis zu fordern. Es ist ohne weiteres auszuschließen, daß ein solches in dem Umfange besteht, im Gegensatz zu den gesetzlichen Bestimmungen alle Amtsträger, die ein Siegel führen, als sachlich zuständig zu erachten, ganz allgemein wie Gerichte oder Notare Abschriften zu beglaubigen. Nur wenn das anzuerkennen wäre, könnte eine sachliche Zuständigkeit des K. für die Beglaubigung der seinem Amtskreis gegenüber völlig beziehungslosen Abschriften des Angekl. in Betracht kommen.

Ein vollendetes Vergehen gegen § 271 StGB. hat somit der Angekl. nach dem festgestellten Sachverhalt nicht begangen. Seine Handlungsweise ist zwar nach der im Urteil dargelegten inneren Einstellung des Angekl. untauglicher Versuch der Straftat. Versuch eines Vergehens gegen § 271 StGB. ist aber nicht strafbar (§ 43 Abs. 2 StGB.). Nur wenn der Täter nach § 271 mit der in § 272 StGB. bezeichneten Absicht gehandelt hat, tritt Strafbarkeit auch des Versuchs ein. Das LG. hat das Vorliegen dieses strafferhöhenden Umstandes rechtlich einwandfrei verneint. Es sieht die Angabe des Angekl. als nicht widerlegt an, daß er die Tat lediglich begangen hat, um seinem Vorgesetzten gegenüber nicht als Lügner zu erscheinen, und daß er durch sie weder die Verschaffung noch die Erhaltung irgendeines Vermögensvorteils beabsichtigt hat.

Auch der weitere Einwand der staatsanwaltschaftlichen Rev. greift nicht durch, die Str.R. hätte prüfen müssen, ob der Angekl. sich als mittelbarer Täter nach den §§ 267, 268 Nr. 2 StGB. schuldig gemacht habe. Die letzte Bestimmung kommt nach dem zuvor Erörterten nicht in Betracht. Auch die Anwendbarkeit des § 267 StGB. hat die Str.R. rechtsirrtumsfrei verneint. Weder die Abschriften des Angekl. noch die Beglaubigungsvermerke des K. waren falsch im Sinne dieser Vorschrift.

Der Str.R. ist sonach zuzustimmen, daß die festgestellte Tat des Angekl. im Gesetz nicht als strafbar erklärt ist. Entgegen der Ansicht der Rev. des Angekl. ist es aber zu billigen, daß die Str.R. den § 271 StGB. gemäß § 2 StGB. entsprechend angewendet hat. Gegenstand der mittelbaren Beurkundung war hier die unrichtige Abschrift des Urteilsaktes eines gerichtlichen Urteils. Der Beglaubigungsvermerk sollte der von dem Angekl. beabsichtigten unwahren Beweisführung gegenüber seinem Dienstvorgesetzten dienen, daß die zweite Ehe geschieden sei. Sowohl der Angekl. wie der Bürgermeister K. sind, wie das Urteil ergibt, davon ausgegangen, daß der Vermerk eine öffentliche Urkunde darstellte. Als solche ist die beglaubigte Abschrift von dem Angekl. benutzt und auch im Verkehr angesehen worden.

Es ist dem LG. zuzugeben, daß es dem gesunden Volksempfinden zuwiderlaufen würde, wenn der Angekl. wegen eines solchen Verhaltens strafflos bliebe, und daß die Handlungsweise des Angekl. auch nach der für die Regelung in § 271 StGB. maßgebenden Grundgedanken Bestrafung verdient.

Die Strafvorschriften gegen die Urkundenbelikte sollen der Sicherheit und Zuverlässigkeit des Rechtsverkehrs dienen. Im Rahmen dieses Zweckes war für die Strafbestimmung des § 271 der weitere Gedanke maßgebend, die Beweiskraft der öffentlichen Urkunden durch Verhüten mittelbarer Falschbeurkundungen zu sichern. Die Gesamtregelung des Abschnitts Urkundenfälschung im StGB. zeigt den Willen des Gesetzgebers, das Verbrechen der Urkundenfälschung nach Möglichkeit in allen in die Erscheinung tretenden Formen wirksam zu bekämpfen. Demgemäß hat auch die Rspr. vor allem durch die weite Auslegung des Begriffs Urkunde sich bemüht, alle unter die vom Gesetzgeber verfolgten Zweckgedanken zu bringenden Fälschungshandlungen strafrechtlich zu erfassen. Bei dieser allgemeinen Richtung der Gesetzgebung und der Rspr. ist davon auszugehen, daß es sich um eine unbeabsichtigte Lücke in der gesetzlichen Regelung handelt, wenn sie den hier behandelten Fall nicht mitumgriffen hat. Bei der Unkenntnis weiter Kreise der Bevölkerung über die schwierigen Einzelbestimmungen hinsichtlich des Entstehens formgültiger öffentlicher Urkunden ist das Herbeiführen einer Falschbeurkundung solcher Art wie hier für den allgemeinen Rechtsverkehr ebenso gefährlich wie ein Vergehen gegen § 271 StGB.

(RG., 2. Str.Sen. v. 19. Mai 1938, 2 D 158/38.)

Zivilrecht

Bürgerliches Gesetzbuch

6. RG. — §§ 133, 2084, 2101 Abs. 2, 1940 BGB. Eine letztwillige Verfügung des Inhalts, daß der gesamte Nachlaß den Tierschutzvereinen der Städte Deutschlands mit einer Einwohnerzahl von 20 000 Menschen an aufwärts pro rata der Einwohnerzahl zufällt, kann gemäß §§ 133, 2084 BGB. dahin ausgelegt werden, daß der zur Zeit des Erbfalls noch nicht existierende „Reichstierschutzbund e. V.“ als Nacherbe i. S. der §§ 2101 Abs. 2, 2106 Abs. 2 BGB. eingesetzt anzusehen ist und daß Vorebbe diejenige Organisation ist, die zur Zeit des Erbfalls die Aufgaben des später gegründeten Reichstierschutzbundes erfüllt hat. Der Erbe ist alsdann mit der Auflage beauftragt, den Nachlaß den bezeichneten Tierschutzvereinen zuzuwenden.

Der Oberarzt Dr. W. und seine Ehefrau Maria W. errichteten am 16. Mai 1905 ein gemeinschaftliches Testament, in dem sie sich gegenseitig zu Alleinerben einsetzten. Nach dem Tode des Überlebenden sollte der gesamte Nachlaß den Tierschutzvereinen der Städte Deutschlands mit einer Einwohnerzahl von 20 000 Menschen an aufwärts pro rata der Einwohnerzahl zufallen. Der Ehemann W. verstarb am 26. März 1912, die Ehefrau W. am 31. März 1936. Frau T., eine als alleinige gesetzliche Erbin in Frage kommende Nichte der Erblasserin, beantragte, einen sie als Alleinerbin ausweisenden Erbschein zu erteilen. Sie ist der Ansicht, daß die Erbeinsetzung der Tierschutzvereine so unbestimmt sei, daß sie für rechtsunwirksam gehalten werden müsse, und daß infolgedessen gesetzliche Erbfolge eingetreten sei. Das LG. wies den Antrag zurück, weil die Ermittlung der Tierschutzvereine zwar schwierig, aber nicht unmöglich sei. Auf Beschw. der Frau T. hob das BG. die Vorentscheidung auf und wies das LG. an, den Erbschein zu erteilen. Gegen die Entsch. legte u. a. der „Reichstierschutzbund e. V.“ weitere Beschw. ein, der das RG. stattgab.

Das BG. kommt zu dem Ergebnis, daß die Einsetzung der Tierschutzvereine zu Erben mangels Bestimmtheit und Unbestimmtheit unwirksam sei und daher der gesetzlichen Erbin der beantragte Erbschein zu erteilen sei. Das BG. hat Ermittlungen angestellt, deren Ergebnisse ihm jedoch nicht ausgereicht haben, um die testamentarischen Erben mit genügender Bestimmtheit feststellen zu können. Das BG. geht davon aus, daß eine Erbeinsetzung der Tierschutzvereine der Städte Deutschlands mit einer Einwohnerzahl von 20 000 aufwärts pro rata der Einwohnerzahl an sich nach § 2071 BGB. möglich sei. Es müsse aber alsdann der Rahmen so gesteckt sein, daß die Berechtigten eindeutig zu bestimmen seien. Es kämen Tierschutzvereine in denjenigen Städten in Frage, die am Todestag der Frau W. die Einwohnerzahl von 20 000 erreicht hätten. Es könnten zwar, wie die Auskünfte der Städte Stargard, Greifswald und Stettin ergäben, die Einwohnerzahlen jeder Stadt für den 31. März 1936, den Todestag der Frau W., ermittelt werden, da jede Stadt durch Fortschreibung ihre Bevölkerungszahl für den letzten Tag jeden Monats feststelle. Wenn aber auch diese Unterlagen beschafft seien, stehe immer noch nicht fest, welche Personenvereinigungen unter den Begriff „Tierschutzverein“ fielen, insbes. deswegen, weil nach der Mitteilung des Reichstierschutzbundes vom 21. Dez. 1937 eine Reihe von Vereinen sich mit Tierschutz- und Tierzuchtfragen gleichzeitig beschäftigten. Es bestche aber bei einer Reihe von Vereinen noch Unklarheit, ob sie zum Reichstierschutzbund gehörten oder sich einem anderen Reichsfachverband anschließen mühten. Diese Unklarheit sei noch nicht für alle Fälle beseitigt. Wollte man aber nur die dem Reichstierschutzbund zu unterstellenden Vereine als Erben anerkennen, so wäre damit die Bestimmung der Erben in die Hände des Reichstierschutzbundes gelegt. Das sei unzulässig, da sich alle Zweifel über die Person des Erben aus dem Testament selbst klären lassen mühten. Weiter bestände auch noch das Bedenken, ob alle Personenvereinigungen, die sich dem Tierschutz zur Aufgabe stellten und nach dem BGB. als Vereine zu betrachten seien, sich reflexlos ermitteln ließen. Es sei aber nicht zu verkennen, daß der aus dem Testament hervorgehende Wille darauf gerichtet sei, den Nachlaß nicht den gesetzlichen Erben, sondern den Zwecken des Tierschutzes zukommen zu lassen. Auch die Erklärung des Reichstierschutzbundes als Erben an Stelle der einzelnen Tierschutzvereine sei nicht zulässig, weil dann durch das Gericht eine andere als die vom Erblasser bestimmte Person Erbe würde.

Die Ausführungen des BG. lassen in der Auslegung des hier fraglichen Testaments eine Verletzung der §§ 133, 2084 BGB. erkennen. Auch sind nicht alle in Frage kommenden Gesichtspunkte vom BG. gewürdigt worden. Der Beschluß des BG. ist daher aufzuheben. Es ist, wie sich aus dem Nachstehenden ergibt, unter Berücksichtigung der §§ 133, 2084 BGB. eine Auslegung des Testaments

möglich, die dem Willen der Erblasser entsprechen dürfte und die ihrem Willen zum Erfolge verhilft.

An sich ist es zutreffend, daß der in einer letztwilligen Verfügung benannte Zuwendungsempfänger so bestimmt bezeichnet sein muß, daß der Inhalt der Urkunde keinen Zweifel läßt (RG.: JW. 1915, 786). Das ist aber dahin zu verstehen, daß nach einer die §§ 133, 2084 BGB. berücksichtigenden Auslegung die Person des Zuwendungsempfängers ohne Zweifel feststellbar sein muß. Es ist unter Berücksichtigung der in den §§ 133, 2084 BGB. ausgesprochenen Grundsätze zu ermitteln, was vom Erblasser als gewollt anzusehen ist, wenn er vorausschauend das spätere Ereignis bedacht haben würde (RGZ. 99, 85; 110, 306; 134, 280; JFG. 13, 133 = JW. 1935, 3633¹⁵; RGZ. 31, A 61). Eine derartige Willenserklärung kann aber nur dann vorgenommen werden, wenn das Testament, gegebenenfalls unter Zuhilfenahme von Umständen außerhalb des Testaments oder der allgemeinen Lebenserfahrung, für die festzustellende Willensrichtung eine genügende Grundlage bietet (RGZ. 134, 280 = JW. 1932, 1355¹⁶). Es kommt jedoch nicht darauf an, ob der Erblasser sich der Möglichkeit einer anderweiten Auslegung seiner Anordnung bewußt gewesen ist und diese demnach tatsächlich in seinen Willen aufgenommen hat, sondern darauf, was er gewollt hätte, wenn er sich der Schwierigkeiten, die der Verwirklichung seines eigenen Willens entgegenstehen, im vollen Umfange bewußt gewesen wäre (JFG. 13, 135). Es kommt bei einer solchen Auslegung ausschlaggebend auf die Zwecke an, die der Erblasser mit seiner Anordnung verfolgt hat (RG.: JW. 1911, 115/116; RGWarn. 1911 Nr. 89). Sollte alsdann die Auslegung zur Feststellung eines Erben führen, den der Erblasser zwar nicht ausdrücklich benannt hat, so liegt hierin keine Verletzung des § 2065 Abs. 2 BGB., wie das LG. annimmt, sondern lediglich die auf gesetzlicher Grundlage beruhende Ermittlung des i. S. des Erblassers richtigen Zuwendungsempfängers.

Die sieben dargelegten Grundsätze und Gesichtspunkte sind vom BG. nicht genügend beachtet worden. Schon das Testament selbst gibt die Möglichkeit zu einer dem Willen der Erblasser zum Erfolge verhelfenden Auslegung. Die Erblasser haben sich nicht etwa dahin ausgedrückt, daß die Tierschutzvereine Erben werden sollten, sondern daß das Vermögen den Tierschutzvereinen „zufallen“ soll. Damit ergibt sich, daß es den Erblassern nicht auf die erbrechtliche Form (Erbchaft, Vermächtnis, Auflage) ankam, in der die Tierschutzvereine die Zuwendung erhalten sollten, sondern daß ihnen die Hauptsache war, daß sie den Nachlaß erhielten und nicht die gesetzlichen Erben, wobei auch noch zu beachten ist, daß die Erblasser in dem Testament in keiner Weise ihrer gesetzlichen Erben gedacht haben, sondern durch Zuwendung eines Vermächtnisses lediglich offenbar entfernter Verwandter der Frau W. gedacht haben. Berücksichtigt man alles dieses, so erscheint es im Einklang mit der oben angeführten Rspr., die eine zu einem praktischen Ergebnis führende Auslegung zuläßt, unbedenklich, dem Testament diejenige Auslegung zu geben, die am besten und sichersten den Erfolg des letzten Willens der Erblasser verbürgt.

Auszuschließen ist zunächst eine Auslegung, die etwa eine Erbeinsetzung der sämtlichen Tierschutzvereine annimmt. Eine solche Auslegung führt schon deshalb nicht zu dem von den Erblassern gewollten Ergebnis, weil als Erben dann nur die zur Zeit des Todes der Frau W. rechtsfähigen Tierschutzvereine Erben geworden wären, während die nicht rechtsfähigen Vereine, die als solche nicht Erben werden können (JFG. 13, 133), ausgeschlossen wären. Zweifelloso aber war der Wille der Erblasser, die auf rechtlichem Gebiete Laien waren, darauf gerichtet, daß auch die nicht rechtsfähigen Vereine bedacht werden sollten. Jedenfalls ist dies nach der Lebenserfahrung und auf Grund einer ungünstigsten Auslegung anzunehmen. Abzulehnen ist aber weiter auch eine Auslegung, die die zur Zeit des Todes der Frau W. rechtsfähigen Vereine zu Erben erklären und die übrigen Vereine, was an sich möglich ist (JFG. 13, 138), zu Vermächtnisnehmern erklären würde. Es würde dann rechtlich eine unterschiedliche Behandlung eintreten und denjenigen Vereinen, die Erben würden, allein die Schuldenhaftung zufallen. Es ist ohne weiteres anzunehmen, daß dies nicht i. S. der Erblasser gelegen hat und sie die Tierschutzvereine gleichmäßig bedenken wollten. Eine solche abzulehnende Auslegung würde auch zur Folge haben, daß einer größeren Anzahl von Erben eine vielleicht noch größere Anzahl von Vermächtnisnehmern gegenüberstehen würde. Das würde eine unabsehbare praktische Schwierigkeit in der Abwicklung ergeben, zumal rechtlich jeder Erbe zugunsten jeden Vermächtnisnehmers beschwert sein würde. Auch dies würde sicherlich nicht im Willen der Erblasser gelegen haben. Außerdem würde es, soweit es sich um die als Erben in Frage kommenden rechtsfähigen Vereine handelt, praktisch außergewöhnliche Schwierigkeiten machen, die für einen etwa notwendigen Erbschein erforderlichen Bruchteile der einzelnen Erben auszurechnen (vgl. wegen der Notwendigkeit

der Angabe der Bruchteile im Erbsein RGKomm. § 2353 Ann. 5; Planck, § 2357 zu 3a; RB.: DLB. 18, 368; RBZ. 52, 72). In einem praktisch brauchbaren Ergebnis, das auf jeden Fall dem Willen der Erblasser nach Möglichkeit zum Erfolg verhilft, führt allein die Auslegung, daß diejenige Organisation Erbe geworden ist, der zentral der Reichstierschutz im gesamten Deutschland (dem politisch geeinten Deutschland zur Zeit des Erbfalls) unterstellt ist und die die Mittel hat, den Nachlaß entsprechend der Bestimmung der Erblasser an die in Frage kommenden Tierschutzvereine unter Erfassung dieser Vereine zu verteilen. Diese Organisation ist der Beschw. zu 2, der jetzt maßgebende Reichstierschutzbund. Zwar hat der Reichstierschutzbund erst am 14. Juni 1937 durch Eintragung in das Vereinsregister Rechtsfähigkeit erlangt und war erst von diesem Zeitpunkt an erbfähig (§ 1923 BGB.). Es erscheint aber i. S. der zulässigen und gebotenen Auslegung unbedenklich, den Reichstierschutzbund als Nacherben i. S. der §§ 2101 Abs. 2, 2106 Abs. 2 BGB. zu betrachten und als Vorerben den Berliner Tierschutzverein (jetzt Deutscher Tierschutzverband), dem laut ministerieller Bfg. vom 5. Dez. 1933 bis zur Entstehung des jetzigen Reichstierschutzbundes unter der Bezeichnung „Reichstierschutzbund“ als Spitzenvertretung die zentralen Aufgaben des deutschen Tierschutzes übertragen waren.

Der danach ermittelte Erbe ist als mit der Auflage beschwert anzusehen, den Nachlaß, soweit nicht andere Nachlaßverbindlichkeiten noch in Frage kommen, unter Zugrundelegung des Zeitpunktes des Erbfalls vom 31. März 1936 auf die damals schon bestehenden Tierschutzvereine in den Städten (sonstige Gemeinden kommen nach dem Testament nicht in Frage), mit einer Einwohnerzahl von 20 000 an aufwärts pro rata der Einwohnerzahl zu verteilen. Hierbei kommen nur Vereine in Frage, die sich lediglich mit dem Tierschutz, nicht auch nebenbei mit der Tierzucht befassen, da keine Umstände dafür hervorgetreten sind, daß die Erblasser auch letztere Vereine bedenken wollten, der Inhalt der Testamentsakten vielmehr dafür spricht, daß den Erblassern lediglich der eigentliche Tierschutz am Herzen gelegen hat. Es kommen also nur dem Reichstierschutzbund unterstellte Vereine in Frage. Die Schwierigkeiten, die das BG. für die Erfassung dieser Vereine annimmt, sind offensichtlich nicht vorhanden, da der Reichstierschutzbund berichtet, daß seinerzeit noch Unklarheit bestand, diese also zu beheben ist. Dies erscheint um so mehr möglich, als es nach der Satzung Aufgabe des Reichstierschutzbundes ist, alle entsprechenden Vereine zu erfassen und sich zu unterstellen. Die Zuwendungen haben sich auch auf nicht rechtsfähige Vereine zu erstrecken, da dies offenbar im Willen der Erblasser liegt. Die nicht rechtsfähigen Vereine würden die ihnen zukommenden Beträge alsdann als zweckgebundenes Gesellschaftsvermögen i. S. der §§ 718 ff. BGB. erhalten (RG. 13, 138). Sollten in einer Stadt zur Zeit des Erbfalls zwei oder mehr zu berücksichtigende Vereine bestanden haben, müßte der auf die Stadt entfallende Betrag gleichmäßig auf diese Vereine verteilt werden, da dies der Billigkeit und dem mutmaßlichen Willen der Erblasser entspricht. Sollte ein Verein, der zur Zeit des Erbfalls bestanden hat, inzwischen seine Existenz verloren haben und sich damit die Unmöglichkeit ergeben, diesem Verein etwas zuzuwenden, so erscheint es unbedenklich, den Betrag, der auf einen solchen Verein entfallen würde, auf die übrigen Vereine zu verteilen. Bei Festsetzung der Summen braucht nicht zu ängstlich verfahren zu werden; kleine Abminderungen der Einwohnerzahlen der Städte werden sich im Interesse der Erzielung eines praktischen Rechnungsergebnisses nicht vermeiden lassen. Der Sinn des Testaments ist ja, wie die Beschw. zutreffend bemerken, daß der deutsche Tierschutz auf möglichst breiter Grundlage bedacht wird. Die Erfassung der Städte mit über 20 000 Einwohnern zur Zeit des Erbfalls wird, wie auch das BG. nicht verkennet, keine Schwierigkeiten machen.

Es ist in erster Linie Aufgabe des Testamentsvollstreckers, die Ausführung der Auflage von dem Erben zu verlangen und die Ausführung zu überwachen (§§ 2203, 2208 Abs. 2 BGB.).

(RG., 1. ZivSen., Beschl. v. 16. Juni 1938, 1 Wx 205/38.)

[S.]

7. RG. — §§ 254, 278, 847 BGB. Die Frage, ob auch ein schuldhaftes Verhalten der Angestellten des Bekl. bei der Verursachung des Schadens mitgewirkt hat, kann dann nicht dahingestellt bleiben, wenn ein mitwirkendes Verschulden des Kl. angenommen wird.

Das BG. hat die Beschränkung der Ersatzverpflichtung der Bekl. auf $\frac{2}{3}$ lediglich mit einer Abwägung des Verschuldens der Bekl. und des von ihm angenommenen Mitverschuldens des Kl. begründet. § 254 BGB. schreibt jedoch vor, daß von den Umständen, von denen bei mitwirkendem Verschulden

die Verpflichtung zum Ersatz sowie der Umfang des zu leistenden Schadens abhängt, in erster Linie maßgebend ist, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teil verursacht worden ist. Das BU. beruht demnach auf einer Verletzung des § 254 BGB., die zur Aufhebung nötigt (vgl. hierzu auch RG.: JW. 1937, 2763²). § 254 BGB. ist aber noch in weiterer Hinsicht verletzt. Das BG. hat verschiedene Umstände dargelegt, in denen es ein für den Unfall ursächliches schuldhaftes Verhalten der Bekl. erblickt. Es kommt aber noch ein weiterer Umstand hier in Betracht, nämlich, ob auch ein schuldhaftes Verhalten der Leute der Bekl. bei der Verursachung des Schadens mitgewirkt hat. Das BG. meint, diese Frage könne dahingestellt bleiben. Das würde der Fall sein, wenn ein mitwirkendes Verschulden des Kl. nicht angenommen wird. Wird dies jedoch angenommen, dann kann die aufgeworfene Frage nicht unbeantwortet bleiben. Denn wenn ein weiterer von der Bekl. zu vertretender ursächlicher Umstand hinzukommt, dann verschiebt sich die Grundlage für die Beantwortung der Frage, ob i. S. des § 254 BGB. der Schaden vorwiegend von der Bekl. oder dem Kl. verursacht ist und in welchem Maße die Verursachung durch die Bekl. etwa die Verursachung durch den Kl. überwiegt.

Falls das BG. wiederum dazu kommt, ein mitwirkendes Verschulden des Kl. anzunehmen, sei auch auf folgendes hingewiesen: Das BG. bejaht ebenso wie das BG. ein vertragliches Verschulden der Bekl. Die getroffenen Feststellungen ergeben auch eine unerlaubte Handlung der Bekl., wie das BG. ja ebenfalls annimmt. Das ist insofern erheblich, als aus der Vertragsverletzung der Anspruch auf Schmerzensgeld nicht hergeleitet werden kann. Wie oben ausgeführt, wird das BG. im Rahmen des § 254 BGB. zu der Frage Stellung nehmen müssen, ob auch die Leute der Bekl. durch Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt den Unfall des Kl. mit herbeigeführt haben. Wird das bejaht, so ist es bei der Abwägung nach § 254 BGB. zu Lasten der Bekl. (§ 278 BGB.) zu berücksichtigen, soweit die Bekl. wegen Vertragsverletzung in Anspruch genommen werden kann. Bei der Abwägung des beiderseitigen Verschuldens für den Anspruch aus § 847 BGB. kann das Verschulden der Leute der Bekl. zu Lasten der Bekl. aber nur dann gewürdigt werden, wenn in soweit auch die Voraussetzungen einer Haftung der Bekl. aus unerlaubter Handlung — sei es nach § 823 oder nach § 831 BGB. — gegeben sind. Würde hinsichtlich eines Verschuldens der Leute nur eine vertragliche Haftung, dagegen keine Haftung aus unerlaubter Handlung der Bekl. anzunehmen sein, dann würde ein etwaiges mitwirkendes Verschulden des Kl. von größerem Einfluß auf den Schmerzensgeldanspruch als auf die anderen Schadensersatzansprüche des Kl. sein.

(RG., II. ZivSen., U. v. 27. April 1938, II 10/38.) [Ba.]

*

8. RG. — §§ 872, 986, 1123 BGB.; § 4 Abs. 3 Gef. über die vorläufige Erhebung einer Steuer vom Grundvermögen vom 14. Febr. 1923 (RGBl. I, 181). Der Käufer eines Grundstücks, der vom Kaufvertrage zurückgetreten ist, das Grundstück aber weiter im Besitz hat und es zur wirtschaftlichen Ausnutzung vermietet, muß dulden, daß die Mietzinsen wegen rückständiger Grundvermögensteuer gepfändet werden. Das gilt selbst dann, wenn der Käufer ein rechtskräftiges Urteil auf Rückzahlung des Kaufpreises gegen Rückgabe des Grundstücks erstritten hat.

Der Kl. besitzt ein Grundstück in S., das er von dem früheren Mollereibesitzer R. gekauft hat. Der Kauf ist rückgängig gemacht worden. In den Akten 30 913/29 des BG. Prenzlau ist R., nachdem der Kl. von dem Kaufvertrage zurückgetreten war, rechtskräftig verurteilt worden, an den Kl. 13 665 RM nebst Zinsen gegen die Rückgabe des gekauften Grundstücks zu zahlen. R. hat die Rückzahlung nicht geleistet, der Kl. hat daher das Grundstück seither weiter in Besitz behalten. Er hat das Grundstück an den Sattlermeister M. in S. vermietet. Die Gemeinde S., die Bekl. zu 2, hat wegen rückständiger Gemeindesteuern nebst Unfallbeiträgen in Höhe von 219,35 RM im eigenen Namen und wegen rückständiger Grundvermögensteuern in Höhe von 118 RM im Auftrage des Bekl. zu 1, bes. preuß. Fiskus, unter dem 9. Juni 1937 ein Zahlungsverbot nebst Überweisungsbeschuß an den Mieter M. erlassen, die ordnungsmäßig zugestellt wurden. In dem Zahlungsverbot sind als Schuldner „das R.‘sche Grundstück bzw. Herr Otto B.“ (das ist der Kl.) angegeben.

Der Kl. meint, er habe das Grundstück lediglich auf Grund eines Zurückbehaltungsrechtes im Besitze. Er sei mithin für die Steuern nicht haftbar, denn er sei weder Eigentümer noch Nießbraucher, noch Nutznießer des Grundstücks. Er begehrt Aufhebung des Zahlungsverbots und Unzulässigklärung der Zwangsvollstreckung wegen der darin genannten Beträge.

Das OLG. hat das Zahlungsverbot vom 9. Juni 1937 aufgehoben und die Zwangsvollstreckung wegen der darin genannten Beträge in die Mietforderung des Kl. für unzulässig erklärt.

Die Berufung wurde zurückgewiesen mit der Maßgabe, daß das Zahlungsverbot vom 9. Juni 1937 nur in Höhe von 5,80 RM aufrechterhalten wurde.

Der Kl. könnte als persönlicher Steuerschuldner für die dinglich auf dem Grundstück haftende Grundvermögensteuer nach dem Ges. v. 14. Febr. 1923 über die vorläufige Erhebung einer Steuer vom Grundvermögen (§ 4 Abs. 3) nur dann in Anspruch genommen werden, wenn er Eigentümer, Nießbraucher oder Nutznießer wäre. Unstreitig ist er weder Eigentümer noch Nießbraucher. Er ist auch nicht Nutznießer. Nutznießer ist ein dem BGB. entnommener Ausdruck, der sich dort findet, um die dem Ehemann und Vater an dem Vermögen der Frau und der Kinder zustehenden einzelnen Nutzungsrechte umfassend zu bezeichnen. Es handelt sich um ein Recht an einer Vermögensgemeinschaft, nicht an einzelnen Sachen. Der Kl. ist also weder dem Namen noch der Sache nach Nutznießer i. S. des BGB. Eine andere Auslegung dieses Begriffes für das Steuerrecht ist nicht angängig, ebenso wie eine erweiternde Auslegung, die dazu führen könnte, daß jeder als Nutznießer angesehen werden müßte, der auf Grund irgendeines Rechtsverhältnisses eine Sache nutzt, z. B. der Mieter oder Pächter. Der Kl. ist mithin nicht persönlich für die Steuerforderung des Besl. zu 1 haftbar.

Der Kl. muß sich aber in beschränktem Umfang eine Beschlagnahme der Mietszinsen mit Rücksicht auf den dinglichen Charakter der Grundvermögensteuer gefallen lassen. Zunächst haftet allerdings nur das Grundstück als solches dinglich für die Grundvermögensteuer, und eine Befriedigung kann regelmäßig nur durch Beschlagnahme im Wege der Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung erreicht werden. Eine Beschlagnahme von Miets- oder Pachtzinsen ist regelmäßig nur im Wege der Zwangsverwaltung möglich. Ebenso wie ein Hypothekengläubiger aber eine Beschlagnahme von Miets- und Pachtzinsen mit dinglicher Wirkung auf Grund dinglichen Titels im Wege der Mietspfändung erreichen kann, weil die Hypothek sich nach § 1123 BGB. auf die Miets- und Pachtzinsen erstreckt, ebenso ist das auch möglich bei dinglichen Steuerforderungen, wenn auch nur in beschränktem Umfang. Das Ges. v. 9. März 1934 (RGBl. I, 181) bestimmt, daß die öffentlichen Lasten eines Grundstücks, soweit sie in wiederkehrenden Leistungen bestehen, sich in gewissem Umfang auf die Miet- und Pachtzinsforderungen erstrecken. Werden nämlich solche Forderungen wegen des zuletzt fällig gewordenen Teilbetrages der öffentlichen Last gepfändet, so wird die Pfändung durch eine spätere Pfändung eines Hypothekengläubigers nicht berührt. Wird die Steuer in monatlichen Beiträgen fällig, so gilt dieses Vorrecht auch für den vorletzten Teilbetrag. Aus der amtlichen Begründung dieses Gesetzes (Df. 1934, 338) ergibt sich, daß mit diesem Gesetz die Frage, inwieweit sich die Steuer auf Mietszinsen erstreckt (und inwieweit damit eine dingliche Beschlagnahme durch Pfändung möglich ist) abschließend geregelt werden sollte. Es können also Miet- und Pachtzinsen wegen des letzten oder auch vorletzten Teilbetrages der Grundvermögensteuer im Wege der Mietspfändung mit Wirkung gegen jeden Dritten beschlagnahmt werden, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob im Einzelfall Ansprüche eines Hypothekengläubigers konkurrieren oder nicht. Eine Ausdehnung dieser Beschlagnahmemöglichkeit auf frühere Rückstände — wie bei der Pfändung des Hypothekengläubigers — findet dagegen im Gesetz keine Stütze. Die anscheinend gegenteilige Ansicht bei Ka u z = R i e w a l d, „Verwaltungs-zwangsverfahren“, S. 160 ist mit dem Gesetz nicht vereinbar.

Voraussetzung für die Anwendung des Ges. v. 9. März 1934 im Einzelfall ist eine Pfändung auf Grund dinglichen Titels und ferner, daß die Miets- oder Pachtzinsen dem Eigentümer, Nießbraucher oder Eigenbesitzer zustehen, wie es in dem entsprechenden Fall § 1123 BGB. für den Hypothekengläubiger vorseht. Daß die Pfändung hier nicht nur wegen der persönlichen Steuer-schulden, sondern auch wegen der dinglichen Haftung des Grundstücks erfolgte, ergibt die Erwähnung des „Reichen Grundstücks“ als Steuerschuldner in dem Zahlungsverbot. Der Kl. ist auch Eigenbesitzer des Grundstücks. Die ursprünglich auf Grund des Kaufvertrages erfolgte Überlassung des Besitzes machten den Kl. zum Eigenbesitzer (§ 872 BGB.). Daran hat sich in der Zwischenzeit nichts geändert. Der Rücktritt und die durch das Urteil ausgesprochene Verpflichtung des Kl., 13 665 RM Zug um Zug gegen

Herausgabe des Grundstücks zu zahlen, hatten keine dingliche Wirkung, begründeten vielmehr nur eine entsprechende Verpflichtung des Kl. Indem der Kl. ein Zurückbehaltungsrecht ausübte, gab er zu erkennen, daß er die bisher von ihm innegehabte Stellung als Eigenbesitzer nicht aufgeben, sondern weiter behalten und über das Grundstück und dessen Nutzungen wie bisher als Eigenbesitzer verfügen wollte. Es liegt sachlich nicht anders als dann, wenn der Kl. auf Grund einer Auflassung und Eintragung bereits Eigentümer des Grundstücks geworden wäre. Auch hier würden Eigentum und Besitz durch den Rücktritt noch keine Veränderung erfahren. Nur die Stellung eines Eigenbesitzers gewährt auch dem Kl. die Möglichkeit, mit Wirksamkeit gegen den Eigentümer das Grundstück anderen zur Miete oder Pacht zu überlassen (vgl. § 986 BGB.).

Mithin war im Wege der Pfändung eine dingliche Beschlagnahme der dem Kl. zustehenden Mietsforderungen gemäß dem Ges. v. 9. März 1934 zulässig. Aus der Auskunft des Bürgermeisters in S. vom 2. Mai 1938 ergibt sich trotz der Auflage des Gerichts vom 13. April 1938 nicht, in welchen Teilbeträgen, ob vierteljährlich oder monatlich die Steuer fällig wird. Zugunsten des Kl. war daher davon auszugehen, daß sie monatlich fällig wird. Der monatliche Betrag der Grundvermögensteuer beträgt 2,90 RM. Wegen des letzten und vorletzten Monatsbetrages in Höhe von zusammen 5,80 RM war daher die Pfändung gegenüber dem Kl. zulässig und wirksam.

(LG. Breslau, 1. 3. R., Ur. v. 4. Mai 1938, 1 S 28/38.)

9. RG. — § 839 BGB. Nimmt ein Notar eine freiwillige Versteigerung vor, so handelt er auch bei der Verwertung des Erlöses im Bereiche des Amtes als Notar. Dabei genügt er seiner Amtspflicht, wenn er den Erlös, soweit dieser noch nicht ordnungsmäßig anderweit verwendet ist, dem Eigentümer zur Verfügung stellt. Dessen etwaige schuldrechtliche Verpflichtungen gegenüber Dritten zu erfüllen, fällt — selbst im Falle der Aufforderung hierzu durch den Eigentümer — nicht in den Bereich seiner Amtspflicht.

Die Kl. war Eigentümerin von drei Ackergrundstücken und einem Hausanwesen in L. Der Besl. vertrat sie in Rechtsstreitigkeiten gegen Nachbarn und beurkundete Verträge. Dann folgten vor anderen Notaren Verträge, in denen die Grundstücke an den Bruder der Kl., den Metzgermeister S., verkauft wurden. Am 2. Juni 1925 wurde S. als Eigentümer eingetragen, die Eheleute E. blieben aber auf den Grundstücken. S. gab ihnen Darlehn. Der Nachbar der Kl., Sch., erhob Anfechtungsklage gegen S., der der Kl. Vollmacht gab und durch den Besl. vertreten wurde. In einem Vergleich übernahm S. die Verpflichtungen der Eheleute E. gegenüber Sch. und zahlte ihm 500 RM und Kosten. Auch sonst hatte er Ausgaben, die mit dem Grundbesitz zusammenhingen. Diese verlangte er ersetzt, als die Eheleute die Grundstücke zu Anfang 1927 zurückhaben wollten. Der Besl. lehnte es ab, die Eheleute zu vertreten, und wurde Streitvertreter des S., als die Kl. eine einstweilige Verfügung dahin erwirkte, daß zu ihren Gunsten eine Vormerkung zur Erhaltung ihres Rechts auf Rückauflassung eingetragen wurde. (S. erklärte dem Besl., für Auslagen, Zinsen und noch ausstehende Schuldenszahlungen habe er 4594,07 RM zu fordern. In dem Widerspruchsverfahren brachte der Besl. vor, S. habe sich nie der Verpflichtung zur Rückauflassung entziehen wollen, verlange aber seine Aufwendungen.) (Der Anwalt der Kl., Dr. E., schlug dem Besl. vor, dieser solle als Notar und Treuhänder beider Teile die erforderliche „Transaktion“ durchführen. Der Besl. war einverstanden, beendete aber seine Tätigkeit in dieser Hinsicht nach einiger Zeit, weil es der Kl. nicht gelang, die für erforderlich erachtete Hypothek von etwa 6000 RM zu beschaffen.) (Im Mai und Juni 1927 ersuchte S. den Besl., die Grundstücke zu verkaufen, da er dringend sein Geld brauche.) Nach streitiger Verhandlung wurde die Einstw. vfg. am 21. Juli 1927 aufgehoben. Im Aug. 1927 erneuerte S. den schon früher geäußerten Wunsch, durch Verkauf der Grundstücke zu seinem Gelde zu kommen. Der Besl. erwirkte gegen den Ehemann E. am 27. Okt. 1927 ein Urteil in Höhe von 3000 RM und gegen die Kl. Urteile über 2166,03 RM am 24. Nov. 1927 und über 677,24 RM am 8. Dez. 1927. Am 10. Dez. 1927 hielt der Besl. als Notar einen Termin zur Versteigerung des Grundbesitzes ab. Bei der Versteigerung am 21. Dez. 1927 wurden auf das

Hausgrundstück 10 150 *R.M.* von K. geboten. H. schrieb auf Nach- richt von den ersten Geboten am 16. Dez. 1927 dem Bekl., dieser möge für seine Bemühungen Abzüge machen, ihm (den Brief- schreiber) das ausgelegte Geld, den Rest aber den Eheleuten S. senden. Am 20. Jan. 1928 erteilte die Bürogehilfin des Bekl. in Vollmacht des H. dem Meistbietenden den Zuschlag und die Auflassung. Ein Gesuch der Kl., ihr zu einer Klage auf Herausgabe gegen H. das Armenrecht zu bewilligen, wurde am 24. April 1928 vom LG. mit dem Bemerkten abgelehnt, daß die von H. angekündigte Herausgabe des überschießenden Verstei- gerungserlöses und der nicht verwertbaren Grundstücksteile ab- zuwarten sei. Der Bekl. hatte nämlich am 16. März 1928 dem Gericht erklärt, H. wolle sich aus dem Erlös lediglich wegen seiner Ansprüche gegen die Eheleute S. befriedigen, ein etwa verbleibender Überschuß werde ihnen auf Heller und Pfennig ausbezahlt werden. K. erwarb das Eigentum des Hausgrund- stücks und zahlte den Erlös von 10 150 *R.M.* an den Bekl. Die Kl. macht diesem zum Vorwurf, daß er nichts hiervon an sie abgeführt hat. Erst im Jahre 1929 erzielte H. gegen sie wei- tere Urteile, nämlich am 7. März 1929 auf 374,68 *R.M.*, am 23. April 1929 auf 1824,31 *R.M.* und am 23. Mai 1929 auf 364 *R.M.* nebst 8% Zinsen von 5412,26 *R.M.* seit 1. Okt. 1927. In einer Abrechnung v. 17. April 1928 berechnete der Bekl. dem H., daß er für sechs — aufgeführte — Rechtsangelegenhei- ten 1307,71 *R.M.* Kosten und Vorshüsse zu fordern habe; ferner stellte er 363,31 *R.M.* als für H. vorgenommene Zahlungen in Rechnung und sandte, nachdem er 2900 *R.M.* schon in Gestalt eines Wechsels übermittelt hatte, den Rest des Erlöses mit 5578,98 *R.M.* an H. Die Kl. ist der Ansicht, von dem Erlöse hätte der Bekl. 4121,45 *R.M.* an sie abführen müssen, sie könne in Höhe dieses Betrags sowie wegen weiterer Beträge Zahlung vom Bekl. verlangen, wobei sie sich vornehmlich auf Vertrags- verletzung, unerlaubte Handlungen und Amtsvergehen stützt. Sie beantragte, ihn zur Zahlung von 7329,14 *R.M.* nebst 4% Zin- sen seit 1. Mai 1928 zu verurteilen.

Der Bekl. widersprach und machte auch Verjährung geltend.

Das LG. erkannte, die in den Entscheidungsgründen im einzelnen bezeichneten Klageansprüche seien dem Grunde nach gerechtfertigt; die Kostenentscheidung bleibe vorbehalten. Auf Berufung des Bekl. änderte das OLG. ab und erklärte die Klageforderung in Höhe von 806,57 *R.M.* nebst 4% Zinsen seit Klagezustellung dem Grunde nach für gerechtfertigt.

Im übrigen wurde die Klage abgewiesen.

Zur Verhandlung und Entscheidung über die Höhe der Klageforderung, soweit sie dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt worden ist, wurde der Rechtsstreit an das LG. zurückver- wiesen, das auch über die Kosten der Berzinst. entscheiden sollte.

Dem Antrag der Kl. auf Bewilligung des Armenrechts für die Rev. wurde unter Ablehnung im übrigen insoweit statt- gegeben, als die Kl. eine Schadensersatzforderung daraus her- leite, daß der Bekl. als Notar den ganzen Versteigerungserlös an H. ausbezahlt und die Auszahlung nicht auf den Betrag der Forderungen des H. gegen die Kl. und ihren Mann beschränkt habe. Die Rev., mit der beantragt wird, das angefochtene Urteil insoweit aufzuheben, als die Klage in Höhe von 6333,41 *R.M.* nebst 4% Zinsen von 4121,45 *R.M.* seit 1. Dez. 1936 abgewiesen ist, und den Bekl. zur Zahlung dieses Betrags zu verurteilen, war erfolglos.

Die Rev. ist zulässig, da es sich nur noch um die Frage der Haftung des Bekl. als Notar handelt (§ 547 Nr. 2 ZPO.).

Das OLG. hat ausgeführt:

Den im Frühjahr 1927 geschlossenen Treuhandvertrag habe der Bekl. nicht verlegt. Nach der Beendigung dieses Vertrags habe er den H. weiter vertreten dürfen. Einen Vertrag zugun- sten der Kl. als einer Dritten habe der Bekl. nicht geschlossen; insbes. auch nicht, soweit es sich um die Abführung des über- schießenden Teils des Häuserlöses handele. Nie sei er als auf- tragsloser Geschäftsführer der Kl. tätig geworden. Wegen § 31 Nr. 2 N.D. a. F. habe er nicht verstößt, der Anwaltsvertrag mit H. und die daraus erwachsenden Gebührenansprüche seien mangels eines solchen Verstößes nicht als nichtig anzusehen, einen Ersatzanspruch könne die Kl. insoweit nicht erheben. Die Anwaltsbetätigung für H. sei kein Grund, die Übernahme der

freiwilligen Verfleigerung durch den Bekl. für unzulässig an- zusehen. Bei der Vornahme der Verfleigerung und der Abfüh- rung des Erlöses aber habe der Bekl. keine Pflichten gegenüber der Kl. gehabt. Nur dem H. gegenüber sei er amtlich verpflichtet gewesen. Durch die Kostenberechnung des Bekl. gegenüber H. und die ihr entsprechende Zurückbehaltung eines Teils des Erlöses sei der Bekl. auch nicht zu Lasten der Kl. ungerechtfertigt bereichert. Wegen der Belastung des Vaterlandes mit einer Grundschuld von 500 *R.M.* für H., die auf die fahrlässige An- nahme eines Vergleichs vom Jahre 1929 zurückzuführen sei, müsse der Bekl. aber Schadensersatz leisten; insoweit würden die Ansprüche der Kl. auf Zahlung von 746,57 *R.M.* (Erlös der Grundschuld nebst Zinsen und Kosten in der Zwangsverfleigerung) sowie 25 und 35 *R.M.* (Anwalts- und Reisekostenforderungen), zusammen 806,57 *R.M.*, nebst 4% Zinsen seit Klage- zustellung — jedoch nur dem Grunde nach — als gerechtfertigt angesehen. Im übrigen würden die Ansprüche der Kl. ab- gewiesen.

Die Rev. rügt Verletzung der §§ 839, 276 BGB. und § 286 ZPO., kann aber keinen Erfolg haben.

Der mit ihr geforderte Betrag von 6333,41 *R.M.* setzt sich zusammen aus dem im Tatbestand aufgeführten Betrag von 4121,45 *R.M.*, den die Kl. aus dem Häuserlös für sich be- ansprucht, und Zinsen hiervon für die Zeit v. 2. April 1928 bis 30. Nov. 1936 mit 1566,17 *R.M.* und 645,79 *R.M.*

Die Rev. ist der Ansicht, nicht nur bei der Vornahme, son- dern auch bei der Abwicklung der freiwilligen Verfleigerung habe der Bekl. als Notar gehandelt. Dem ist zuzustimmen. Die im dritten Rechtszuge vom Bekl. hiergegen erhobenen Bedenken gehen fehl. Er hat als Notar selbst die Verfleigerung vorgenom- men und handelte auch bei der Verwertung des Erlöses im Bereiche des Amtes als Notar. Daraus folgt aber nicht, daß er nicht nur, wie unzweifelhaft, dem H., sondern auch der Kl. gegenüber bzgl. der Erlösverteilung Amtspflichten zu wahren gehabt hat, wie die Rev. zumal aus der besonderen Sachlage herleiten möchte. Es ist zwar richtig, daß der Bekl. gewußt hat, daß die Übereignung nur zur Sicherung von Forderungen des H. erfolgt war. Er mag auch gewußt haben, daß H. sich nur wegen seiner Forderungen aus dem Erlös befriedigen dürfe, eine Amtspflicht der Kl. gegenüber erwuchs aus dieser Er- kenntnis jedoch noch nicht. Die Rev. selbst läßt dahingestellt, ob eine solche Amtspflicht bestanden hätte, wenn H. den Bekl. be- auftragt hätte, den ganzen Erlös an ihn abzuführen oder für ihn zu verwenden. Sie betont aber, daß H. im Schreiben vom 16. Dez. 1927 nur um sein voll ausgelegtes Geld mit Zinsen gebeten und ausdrücklich hinzugefügt habe, den Rest den Ehe- leuten S. zu schicken. Darin erblickt die Rev. einen Auftrag, zu dessen Befolgung der verklagte Notar amtlich nicht nur dem H., sondern auch der dadurch begünstigten Kl. gegenüber ver- pflichtet gewesen sei. Infolge dieses Auftrags sei die Kl., so meint die Rev., Dritte i. S. des § 839 BGB. geworden; nach der besonderen Natur des Amtsgeschäfts seien ihre Interessen durch diese berührt worden, durch die Ausfolgung des Erlöses an H. sei in den Rechtskreis der Kl. eingegriffen worden.

Dieser Auffassung kann nicht beigetreten werden. Durch die Bemerkung in jenem Schreiben, daß ein etwaiger Überschuß des Erlöses über sämtliche entstandenen und entstehenden Auf- wendungen H.s an die Eheleute S. gesandt werden solle, wurde an der Rechtslage nichts geändert. Insbesondere lag darin nicht ein Vorgang, der zu einem Vertrag zugunsten der Kl. geführt hat; das hat schon das OLG. einwandfrei dargelegt. Das Schreiben ist auch in diesem Einzelpunkt nichts als eine Mittei- lung des H. an den von ihm mit Vornahme der Verfleigerung beauftragten Notar und nicht geeignet oder bestimmt, eine Ver- tragsbeziehung zwischen H. einerseits und dem Bekl. oder der Kl. andererseits zu begründen. Auch die übrigen von der Rev. hervorgehobenen Schreiben H.s und Erklärungen des Bekl. än- derten diese Rechtslage nicht. H. war Eigentümer des Haus- anwesens und der Kl. nur schuldrechtlich verpflichtet, es nach voller Befriedigung seiner Forderungen herauszugeben. Da die Kl. im Verzuge war, durfte er, wie die Kl. nicht bestreiten kann, das Haus so, wie gesehen, versteigern lassen. Der Erlös trat an die Stelle des Hauses und diente zur Befriedigung wegen der fälligen Forderungen H.s und ferner zur Sicherung wegen

der weiter zu erwartenden oder möglichen Aufwendungen, welche im Zusammenhang mit dem Haus für S. erwachsen würden. S. war der Kl. gegenüber verpflichtet, die Abrechnung richtig und so bald als möglich vorzunehmen. Sache des Vekl. als Notar war es nur, den Erlös, soweit er noch nicht ordnungsmäßig anderweit verwendet war, S. zur Verfügung zu stellen; nur diesem gegenüber war er amtlich gehalten, einwandfrei über den Erlös, der zunächst nur S. zustand, zu verfügen. In den Rechtskreis der Kl. griff der Vekl. nicht ein, wenn er den Überschuß, dessen Höhe sich damals zudem nicht genau berechnen ließ, S. abführte und dabei auch im Einverständnis mit diesem an S. Kostenforderungen bezahlte machte. Das Recht der Kl., sich für Kostenforderungen bezahlt machen zu lassen, ist bestehen geblieben, wirkte aber stets nur dem Vertragsgegner S., nicht dem von diesem mit Notartätigkeit beauftragten Vekl. gegenüber.

(RG., V. Zivilsen., U. v. 30. Mai 1938, V 239/37.)

*

10. RG. — §§ 839, 254, 278 BGB.; § 96 Zivilproz.

1. Die Zurücknahme der Beschw. gegen den Zuschlagsbeschuß ist nicht mehr zulässig, wenn das BeschwG. über sie bereits entschieden hat und diese Entscheidung in vorschriftsmäßiger Weise bekanntgemacht worden ist.

2. Ein Verschulden des Richters, der bei der Entscheidung über eine zweifelhafte und durch höchstgerichtliche Rspr. noch nicht klargestellte Rechtsfrage eine Stellung eingenommen hat, die von der Rspr. später mißbilligt wird, ist dann zu verneinen, wenn dem Richter tragbare Gründe für seine Entscheidung zur Seite stehen und er die Rechtsfrage unter Benützung der ihm zu Gebote stehenden Hilfsmittel gewissenhaft geprüft hat.

3. Der Aufsichtsrichter, der auf eine Dienstaufsichtsbeschwerde den Richter, der eine unrichtige Entscheidung getroffen hat, auf die Unrichtigkeit nicht hinweist, verlegt keine „ihm gegenüber einem Dritten obliegende Amtspflicht“ i. S. von § 839 BGB., da die Dienstaufsicht die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung zum Zweck hat, nicht aber den Schutz der Belange einzelner Personen.

4. Wer mit der Begründung, daß ein Richter aus Fahrlässigkeit einen ihn benachteiligenden unrichtigen Beschuß erlassen habe, Schadenersatz verlangt, muß gegen sich gelten lassen, daß der von ihm beauftragte Rechtsanwalt es schuldhaft unterlassen hat, gegen die Entscheidung ein Rechtsmittel einzulegen.

Der Kl., dessen Grundstücke im Jahre 1931 zur Zwangsversteigerung gekommen ist, nimmt das Deutsche Reich auf Schadenersatz in Anspruch, da das BG. auf die Beschw. zweier Hypothekengläubigerinnen den Zuschlagsbeschuß aufgehoben habe, der Versteigerungsrichter daher den Verteilungstermin nicht hätte abhalten und das BGW. um Eintragung der Ersteherin nicht hätte ersuchen dürfen. Das BGW., das die Klage abgewiesen hat, unterlag der Aufhebung.

1. Zutreffend nimmt das OLG. in Übereinstimmung mit der Entscheidung des ert. Sen. v. 2. Mai 1935, V 283/34 (JW. 1935, 2899²¹) an, daß die Zurücknahme der Beschw. gegen den Zuschlagsbeschuß nicht mehr möglich war, nachdem das BG. über sie bereits entschieden hatte und diese Entscheidung in gesetzlicher Weise bekannt gemacht worden war, so daß die Zurücknahme der weiteren Beschw. durch die Ersteherin des Grundstücks (die Kreisbank S.) die Rechtskraft der vom BG. ausgesprochenen Veräußerung des Zuschlags zur Folge hatte. Demnach war die Abhaltung des Verteilungstermins und das Ersuchen an das BGW. um Eintragung der Kreisbank als Ersteherin objektiv geschwürdig.

2. Dagegen hat das OLG. ein subjektives Verschulden des Versteigerungsrichters aus Erwägungen verneint, die den Ansprüchen der Rev. nicht standhalten. Zwar ist ein Verschulden eines Richters nicht ohne weiteres schon dann anzunehmen, wenn sich sein Vorgehen bei späterer Prüfung als unrichtig erweist. Ein Verschulden ist namentlich zu verneinen, wenn der Richter bei Prüfung einer zweifelhaften und durch höchstgerichtliche Rspr. noch nicht klargestellten Rechtsfrage eine Stellung

eingenommen hat, die von der Rspr. später mißbilligt wird, sofern dem Richter nur tragbare Gründe für seine Entscheidung zur Seite stehen (RGZ. 133, 137 = JW. 1931, 2907⁷). Immer aber muß gefordert werden, daß der Richter die ihm vorl. Rechtsfrage unter Benützung der ihm zu Gebote stehenden Hilfsmittel gewissenhaft prüft. Unterläßt er dies, so kann er auch bei einer zweifelhaften Rechtsfrage, die er unrichtig entschieden hat, den Vorwurf der Fahrlässigkeit nicht von sich abwenden. Nach der bisherigen Feststellung des BG. ist aber davon auszugehen, daß der Versteigerungsrichter, der im Bescheid vom 12. Nov. 1931 den Standpunkt eingenommen hat, durch die Zurücknahme der Beschw. habe der Zuschlagsbeschuß Wirksamkeit erlangt, sich überhaupt keine Gedanken über die Rechtslage gemacht, jedenfalls jede eingehende rechtliche Prüfung unterlassen hat. (Wird ausgeführt.)

3. Soweit die Klage auf ein Verschulden des BGPräs. in S. gestützt ist, an den sich der Kl. durch den von ihm beauftragten RA. B. im Dienstaufsichtswege gewandt hatte, kann sie schon aus Rechtsgründen keinen Erfolg haben. Selbst wenn in der Dienstaufsichtsbeschwerde des RA. B. der von dem Versteigerungsrichter in dem Besch. v. 12. Nov. 1931 eingenommene Rechtsstandpunkt beanstandet worden sein sollte, hätte der BGPräs. dem Richter keine bindende Anweisung im Dienstaufsichtswege erteilen dürfen. Die Prüfung der Rechtslage hätte ihm allenfalls Veranlassung geben können, den Richter auf die seinem Verfahren entgegenstehenden rechtlichen Bedenken aufmerksam zu machen. Insofern handelte es sich aber nicht um eine Amtspflicht, die dem BGPräs. gegenüber dem Kl. oblag. Denn die Dienstaufsicht über die Beamten hat zum Zweck die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung, nicht den Schutz der Belange einzelner Personen.

4. Hilfsweise hat das BG. erwogen, daß auch bei Annahme einer fahrlässigen Amtspflichtverletzung des Versteigerungsrichters der Schadenersatzanspruch des Kl. an den Vorschristen der §§ 839 Abs. 3 und 254 BGB. scheitern müsse. Gegen diese Begründung werden von der Rev. ebenfalls durchgreifende rechtliche Bedenken erhoben.

Zunächst nimmt das BG. an, daß der Kl. seit dem 28. Okt. 1931 durch den RA. B. vertreten gewesen sei, daß dieser in der Lage gewesen wäre, mit den gesetzlichen Rechtsmitteln gegen die Aufstellung des Teilungsplanes und gegen die Eintragung der Kreisbank als Ersteherin vorzugehen, daß die Unterlassung der Einlegung eines Rechtsmittels daher auf einem Verschulden beruhe, das auch gegen den Kl. wirke. Daß der Kl. ein Verschulden des von ihm beauftragten Rechtsanwalts gegen sich gelten lassen müßte, ist zwar richtig (RGZ. 141, 355 = JW. 1933, 2643²²). Die Feststellung des BG., daß der Kl. den genannten Rechtsanwalt mit seiner Vertretung im Zwangsversteigerungsverfahren beauftragt habe, wird jedoch von der Rev. wegen Verletzung des § 286 ZPO. mit Recht angegriffen. Der Kl. hatte dies bestritten und sich zum Gegenbeweis auf das Zeugnis des RA. B. berufen. Wenn das BG. diesen Beweisanspruch deshalb abgelehnt hat, weil es das Gegenteil bereits für bewiesen erachtet, so stellt dies eine unzulässige Voraussetzungsfrage dar. Die Frage, ob der Aussage des Zeugen gegenüber dem vom BG. gewürdigten Urkunden ein geringerer Beweiswert zukommt, kann erst entschieden werden, wenn der Zeuge vernommen ist, zumal vorher nicht abzusehen ist, ob der Zeuge nicht imstande ist, auf Grund seiner Handakten sein Gedächtnis aufzufrischen. Würde aber, wie daher zunächst zu unterstellen ist, der Rechtsanwalt erst am 3. Dez. 1931 wegen des Bescheides des Versteigerungsrichters v. 12. Nov. 1931 in der Zwangsversteigerungssache zu Rat gezogen, so war die Frist zur Einlegung der sofortigen Beschw. gegen diesen Bescheid damals bereits abgelaufen. Da, wie weiter zu unterstellen, der Rechtsanwalt mangels Zahlung eines Vorschusses durch den Kl., die Übernahme einer Vertretung im Zwangsversteigerungsverfahren abgelehnt und nur aus Gefälligkeit die Aufsichtsbeschwerde an den BGPräs. angefertigt hat, so kann ihm nicht als Verschulden angerechnet werden, wenn er eine Belehrung des Kl. über die gegen künftige Maßnahmen des Versteigerungsrichters zu ergreifenden Schritte unterlassen hat. Welchen Inhalt aber die von dem Rechtsanwalt verfaßte Aufsichts-

beschwerde hatte, ist bis jetzt vom BG. noch nicht einwandfrei aufgeklärt. Nachdem diese Beschw. sich nicht mehr in den Akten gefunden hat, wäre der Kl. zu befragen gewesen, ob er den genannten Rechtsanwalt für ihren Inhalt nicht als Zeugen benennen wolle, zumal die Möglichkeit nicht von der Hand zu weisen ist, daß der Entwurf der Eingabe sich noch bei den Handakten des Rechtsanwalts befindet. Die von der Rev. erhobene Rüge der Verletzung des § 139 ZPO. ist daher begründet, und die Feststellung, daß der Rechtsanwalt den Fehler des Versteigerungsrichters nicht erkannt habe, entbehrt der prozeßordnungsmäßigen Grundlage.

(RG., V. ZivSen., U. v. 30. Mai 1938, V 8/38.) [N.]

Mietrecht

11. RG. — §§ 1, 2 AusfW. über Kündigungsschutz vom 4. Dez. 1937. Wohnungen, die nach dem 1. Juli 1918, aber vor dem 1. Dez. 1937 bezugsfertig geworden sind (Altneubauten), unterliegen nur dann dem MietSchG., wenn der Mietzins die in § 2 a. a. O. für Altbauten in dieser Hinsicht bestimmten Grenzen nicht übersteigt. †)

Das BG. ist der Ansicht, daß auf das Mietverhältnis der Parteien die Vorschriften des ersten Abschnitts des MietSchG. keine Anwendung finden. Das BG. ist sich bewußt, daß der Wortlaut der §§ 1, 2 a. a. O. für die umgekehrte Auffassung spricht. In dem Schrifttum wird allgemein die Auffassung vertreten, daß § 2 a. a. O. nur Altbauten von besonders hoher Friedensmiete von dem Mieterschutz ausschließen wollte, daß dagegen nach Wortlaut, Sinn und Zweck der Verordnung Altneubauten stets dem Mieterschutz unterliegen sollten. Dieser Ansicht vermag sich das BG. nicht anzuschließen. Wenn zunächst von einzelnen Schriftstellern darauf hingewiesen wird, daß eine entsprechende Anwendung des § 2 a. a. O. auf Altneubauten schon daran scheitert, daß eine Friedensmiete für derartige Altneubauten nicht bestehe, so ist dieser Gedanke allein nicht entscheidend. Es ist durchaus möglich, eine sogenannte fiktive Friedensmiete für Altneubauten zu ermitteln. Weiterhin würde es mit gesundem Rechtsempfinden unvereinbar sein, wenn für Altneubauten unbeschränkter Mieterschutz gelten sollte. Das Gesetz hat niemals besonders teure Altbauwohnungen hinsichtlich der Miethöhe und der Kündigung unter seinen besonderen Schutz genommen. Dazu bestand auch keinerlei Anlaß, da derartige Wohnungen üblicherweise nur von materiell sehr starken Mietern gemietet werden, die eines besonderen Schutzes durch die Gesetzgebung nicht bedürfen. Es ließe sich schließlich kein Grund finden, weshalb nun der Inhaber einer Altbauwohnung, deren Friedensmiete in der Ortsklasse A 1250 *R.M.* beträgt, nicht die Vorteile des Mieterschutzes haben sollte, während dagegen der Mieter eines Altbauhauses, dessen nach Vergleichsobjekten ermittelter Friedensmietwert etwa 5000 *R.M.* betrüge, durch Mieterschutz vor Kündigungen und Vertragsänderungen seitens des Vermieters geschützt sein sollte. Das BG. legt daher entgegen den Buchstaben und entgegen der dem BG. bekannten herrschenden Ansicht die §§ 1, 2 a. a. O. dahin aus, daß Altneubauten auch nur in demselben Umfang dem Mieterschutz unterliegen sollen wie Altbauten.

(LG. Essen, Ur. v. 13. Mai 1938, 1 S 140/38.)

Anmerkung: Infolge der Ausdehnung des Mieterschutzes durch § 1 AusfW. über Kündigungsschutz v. 4. Dez. 1937 muß nunmehr zwischen Altbauten, Altneubauten und Neubauten unterschieden werden, je nachdem die Gebäude bis zum 30. Juni 1918, 30. Nov. 1937 oder später bezugsfertig geworden sind.

Gleichzeitig mit der Ausdehnung des Mieterschutzes auf die Altneubauten durch § 1 ZPO. ist der Mieterschutz auf die Altbauten gemeinnütziger Wohnungsunternehmen, die bisher mieterschutzfrei waren, durch § 2 Abs. 2 ZPO. ausgedehnt worden. Während die Ausdehnung in § 1 irgendeine Begrenzung hinsichtlich der Höhe des Mietzinses nicht enthält, bestimmt § 2 Abs. 2, daß die Ausdehnung des Mieterschutzes im gleichen Umfang wie bei anderen Altbauten erfolgt, also nur insoweit nicht eine bestimmte Jahresfriedensmiete, nämlich in Berlin 2400 *R.M.*, in Essen 1200 *R.M.*, erreicht wird. Aus dieser Fassung des Wortlauts der ZPO. ist vom Schrifttum einhellig (vgl. auch Bandmann: JW. 1938, 3; Dahmann: DRZ. 1938, 111; DBohnA. 1937, 506; Kiefernauer in Stauber, „DVB.“ Teil II 2 [10. Aufl.], S. 884, Bem. 5) gefolgert worden, daß Altneubauten den Mieterschutz ohne Rücksicht auf die Höhe der Miete genießen.

Dieser Unterschied ist nicht zufällig gemacht, sondern mit gutem Grunde, wie die Sachbearbeiter der beiden zuständigen Ministerien in Erläuterungen der Verordnung auseinandergesetzt haben. *Recht*: DZ. 1937, 1919 begründet den unbegrenzten Mieterschutz für Altneubauten damit, daß zu Mietzwecken errichtete Neubauten mit sogenannten Großwohnungen am ehesten selten sind und sich allenfalls in geringer Zahl in größeren Städten befinden und daß ein allgemeiner, für das ganze Reichsgebiet gültiger Maßstab für eine Begrenzung des Mieterschutzes sich nicht feststellen lasse. Er verweist für den Fall der Entbehrlichkeit des Mieterschutzes für Großwohnungen in Altneubauten auf § 52 MietSchG., der der obersten Landesbehörde die Möglichkeit der Beseitigung dieses Schutzes gebe. Ähnlich beruft sich *Hel.*: „Deutsche Wohnwirtschaft“ 1937, 709 darauf, daß die Zahl der teureren Neubauwohnungen nur einen verschwindend geringen Bruchteil der etwa 4 1/2 Millionen nunmehr dem Mieterschutz unterstellten Neubauwohnungen betrage.

Der Wortlaut des Gesetzes und der Wille des Gesetzgebers berechtigen also nicht zu der vom BG. getroffenen Begrenzung des Mieterschutzes für Altneubauten. Aber auch sachlich scheint mir die vom BG. getroffene Gleichstellung der Altneubauten mit den Altbauten nicht begründet. Denn für eine Neubauwohnung muß erfahrungsgemäß ein höherer Mietzins aufgewendet werden wie für eine Altbauwohnung gleicher Größe und Güte. Notgedrungen mieten weite Volkskreise eine Neubauwohnung, weil sie eine wirtschaftlich gleichwertige, aber billigere Altbauwohnung nicht erhalten, sie werden so gezwungen, den teureren Mietzins aufzuwenden, also z. B. jährlich anstatt 1000 *R.M.* für eine Altbauwohnung 1400 *R.M.* für die gleichwertige Neubauwohnung zu zahlen. Der Mieter einer Altneubauwohnung, die infolge der erhöhten Baukosten (§ 2 Abs. 4 letzter Satz RMietG.) eine (angenommene) Friedensmiete von 1400 *M.* hat, ist aber mindestens ebenso schutzbedürftig wie der Mieter einer gleichwertigen Altbauwohnung mit einer (tatsächlichen) Friedensmiete von 1000 *M.* Es kann also nicht gesagt werden, daß der in diesem Falle dem Neubaumieter gewährte Mieterschutz mit gesundem Rechtsempfinden unvereinbar sei. Es wird bei einer schematischen Regelung, wie sie das RMietG. und MietSchG. treffen mußte, gewiß Ausnahmefälle geben, wie bei der Friedensmiete einer Altneubauwohnung von 5000 *M.*, diese lassen sich aber nie ausschließen. Hinzukommt, daß die Festsetzung der Friedensmiete für Neubauräume zwar nach § 2 Abs. 5 RMietG. zulässig ist, daß aber das Ergebnis einer Schätzung stets gewissen Schwankungen ausgesetzt sein kann und daß dies ganz besonders für die Ermittlung einer angenommenen Friedensmiete für Neubauten gilt. Es fehlt also auch an einem zureichenden Maßstab für die Begrenzung des Mieterschutzes bei Altneubauten.

Der Auffassung des BG., daß Altneubauten nur in dem gleichen Umfang wie Altbauten dem Mieterschutz unterliegen, ist deshalb nicht beizutreten, vielmehr genießen Wohnungen in Altneubauten ohne jede Begrenzung durch die Höhe der Miete Mieterschutz

RGK. Dahmann, Berlin.

Straßenverkehrsrecht

12. RG. — §§ 254, 276, 823 BGB.; §§ 282, 286 ZPO. Beweis des ersten Anscheins. Gefälligkeitsfahrt. Es muß von einem Mitfahrer verlangt werden, daß er angesichts einer in kurzer Zeit vom Fahrer genossenen größeren Alkoholmenge mit der Möglichkeit rechnet, der Fahrer könne in der sicheren Führung seines Wagens beeinträchtigt sein. Sonst setzt sich der Mitfahrer dem Vorwurf eigenen mitwirkenden Verschuldens aus.

Die Kl. sind die Erben des an den Folgen eines am 8. April 1936 erlittenen Kraftwagenunfalls verstorbenen A. (Mitfahrer), die Bekl. Erben des an den Folgen des gleichen Unfalls verstorbenen B. (der seinen Kraftwagen selbst gesteuert hatte). Die Kl. nehmen die Bekl. aus diesem Unfall auf Schadensersatz in Anspruch. Die Bekl. sind die RevAl.

Es ist nicht ersichtlich, daß das BG. die Rechtsgrundsätze über den Beweis des ersten Anscheins nicht beachtet hätte. Der sog. Beweis des ersten Anscheins beschränkt sich auf typische Geschehensabläufe, d. h. auf Fälle, in denen ein gewisser Tatbestand feststeht, der nach den Erfahrungen des Lebens auf eine bestimmte Ursache, insbes. darauf hinweist, daß er nur durch eine Verschämung der Sorgfaltspflicht herbeigeführt sein kann (RGZ. 130, 359). Mit Recht hat das BG. im vorl. Falle angenommen, daß der von ihm festgestellte Sachverhalt nach dem

regelmäßigen Zusammenhang der Dinge die Folgerung rechtfertigt, daß der Unfall auf einem Verschulden des B. beruhe. Wenn ein Kraftwagen etwa 200 m weit dauernd auf der linken, also falschen Straßenseite hart an den Straßenbäumen entlang fährt, einen Kieshaufen und sodann noch einen Schotterhaufen überfährt, dabei eine Geschwindigkeit von etwa 50 Stundenkilometern einhält und schließlich gegen einen Baum prallt, so ist das ein Tatbestand, der nach der allgemeinen Lebenserfahrung deutlich darauf hinweist, daß hier der Fahrer die im Kraftwagenverkehr erforderliche Sorgfalt nicht beachtet und dadurch den Unfall herbeigeführt hat (vgl. auch RG.: JW. 1935, 193). Wenn das BG. weiter ausführt, es sei durchaus möglich, daß ein Fahrer, der infolge Ermüdung am Steuer einnickte, das Steuer weiter festhalte und den Gashebel weiter betätige, so setzt es sich auch hiermit nicht in Widerspruch zur allgemeinen Lebenserfahrung. —

Der Rev. ist zuzugeben, daß das angefochtene Urteil zu rechtlichen Bedenken Anlaß gibt. Das BG. hat bei Prüfung der Frage, ob A. den Unfall durch eigenes Verschulden mit herbeigeführt habe und demgemäß der Schaden gemäß § 254 BGB. unter den Parteien zu verurteilen sei, lediglich darauf abgestellt, daß zur Zeit der Abfahrt vom Gasthause bei B. nach außen keine Wirkungen des Alkoholgenusses erkennbar gewesen seien, und es ist der Ansicht, daß unter diesen Umständen seine Gäste mit einer die Sicherheit seiner Führung beeinträchtigenden Wirkung des ihnen bekannten Alkoholgenusses nicht ohne weiteres hätten rechnen können. Hier stellt das BG. zu geringe Anforderungen an die Sorgfaltspflicht desjenigen, der sich einem Kraftwagenführer zur Mitfahrt anvertraut. Nach den Feststellungen des BG. hatte B. am Unfalltag in der Mittagszeit in einem Zeitraum von vier Stunden, die unmittelbar vor dem Unfall lagen, vier Schnäpse und drei Flaschen Bier getrunken, ohne etwas zu essen. Wie aus der Aussage der Zeugin C. hervorgeht, ist A. in der Gastwirtschaft die ganze Zeit mit B. zusammen an demselben Tisch gewesen. Das BG. stellt dies nicht ausdrücklich fest, geht aber offenbar davon aus, daß A. infolgedessen von dem Umfange des Alkoholgenusses des B. Kenntnis gehabt hat. Hat aber A., was gegebenenfalls noch auf Grund des Ergebnisses der Beweisaufnahme genau festzustellen wäre, die Menge des von B. genossenen Alkohols gekannt, so kommt es nicht lediglich darauf an, ob zur Zeit der Abfahrt bei B. Wirkungen des Alkohols, wie Angetrunkenheit oder Ermüdung, äußerlich zu bemerken gewesen sind, sondern es muß von einem Mitfahrer, der sich nicht dem Vorwurf eigenen mitwirkenden Verschuldens aussetzen will, verlangt werden, daß er angesichts einer solchen in kurzer Zeit genossenen Alkoholmenge mit der Möglichkeit rechnet, der Fahrer könne in der sicheren Führung seines Wagens beeinträchtigt sein. Mit dieser Möglichkeit hätte A. um so mehr rechnen müssen, wenn, was die Bekl. behauptet haben und das BG. noch zu klären haben wird, A. Sachverständiger für das Kraftfahrzeugwesen gewesen sein und die Fahrweise von Kraftfahrzeugführern kontrolliert haben sollte, also ein besonderes Wissen um die Gefährlichkeit des Alkoholgenusses vor der Fahrt gehabt hätte.

Das BG. wird daher die Sache in dieser Richtung nochmals zu prüfen und insbes. die gemäß § 254 BGB. erforderliche Abwägung vorzunehmen haben.

Ein stillschweigender Haftungsausschluß ist nicht anzunehmen. Hierzu würde nicht, wie bei der Annahme eines Mitverschuldens nach § 254 BGB. genügend sein, daß der Mitfahrer mit einer Einwirkung des Alkohols auf die Fähigkeit des Fahrers zur sicheren Lenkung seines Wagens hätte rechnen müssen, sondern ein stillschweigender Haftungsausschluß kann nur angenommen werden, wenn der Mitfahrer sich auch tatsächlich bewußt hat gewesen ist, daß der Fahrer infolge des genossenen Alkohols nicht mehr in der Lage war, den im Kraftverkehr erforderlichen Aufgaben zu genügen (vgl. RGZ. 141, 262 = JW. 1933, 2389 m. Anm.). Da nach der Feststellung des BG. bei B. äußerlich Einwirkungen des Alkohols nicht erkennbar gewesen sind, so unterliegt es keinem Bedenken, wenn das BG. nicht festgestellt hat, daß A. sich der Gefahr bewußt gewesen sei.

(RG., VI. ZivSen., II. v. 18. Mai 1938, VI 302/37.) [Ba.]

13. RG. — §§ 7, 17 KraftfG.; §§ 254, 823 BGB. Da die Vorfahrtsregelung eine der wesentlichen Grundlagen des Verkehrsrechtes ist, so ist ihre Beachtung oder Verletzung bei der Abwägung gemäß § 254 BGB. wesentlich in Betracht zu ziehen. Bei der Haftung aus § 7 KraftfG. wie bei der aus § 823 BGB. ist die Betriebsgefahr bereits bei der Schuldfrage in Betracht zu ziehen. Auch die Betriebsgefahr des von dem Verletzten benutzten Verkehrsmittels ist bei der Abwägung nach § 254 BGB. zu berücksichtigen.

Am 2. Aug. 1935 morgens gegen 7 Uhr fuhr der Kl. auf einem Kleinkraftrad von 119 ccm Hubraum auf der rechten Seite der Sch.-Straße in nördlicher Richtung. In die Sch.-Straße münden an einer kleinen platzartigen Stelle drei Straßen ein, nämlich von links die M.-Straße und von rechts die B.- sowie die C.-Straße. Aus der C.-Straße kam der Bekl. mit seinem Opel-Lieferwagen. Er wollte nach links in die Sch.-Straße, entgegen der Fahrtrichtung des Kl., einbiegen und schnitt dabei die Kurve. Als der Kl. des Bekl. ansichtig wurde, fuhr er auf die linke Straßenseite herüber und wurde dort von dem Kraftwagen des Bekl. erfaßt, der inzwischen auf diese, für ihn rechte Straßenseite der Sch.-Straße gelangt war. Der Zusammenstoß erfolgte in der Sch.-Straße 17 1/2 m von der Einmündung der M.-Straße entfernt.

Der VerK. hat verkannt, daß der Bekl. als der von rechts kommende das Vorfahrtsrecht hatte. Das BG. meint, daß die Frage einer Verletzung des Vorfahrtsrechtes nicht erörtert zu werden brauche, da sich der Unfall bereits in der Sch.-Straße ereignet habe, während die Vorfahrtsregelung nur für Kreuzungen und Einmündungen selbst Bedeutung habe. Dem kann nicht zugestimmt werden. Der Unfall ist im vorl. Fall aus einer Verletzung des Vorfahrtsrechtes entstanden, das den Kl. verpflichtete, den von rechts kommenden Bekl. vorbeifahren zu lassen und dessen Fahrbahn nicht zu kreuzen. Daß sich der Unfall infolge des verkehrswidrigen Schneidens der Kurve seitens des Bekl. bereits in der Einmündung der Sch.-Straße ereignete, ändert hieran nichts. Der Rechtsirrtum des BG. ist für die Beantwortung der Schuldfrage allerdings ohne Einfluß geblieben, da das BG. ohnehin von den gleichen Pflichten der Beteiligten ausgegangen ist, wie sie sich aus der Pflicht zur Beachtung des Vorfahrtsrechtes seitens des Kl. und aus der Pflicht des vorfahrtsberechtigten Bekl. zur Rücksichtnahme auf den übrigen Verkehr gemäß § 25 RStRAFVerfO. ergaben. Denn das BG. hat auch zu Lasten des Kl. angenommen, daß er unter erhöhter Aufmerksamkeit an die Kreuzung heraufahren und rechtzeitig hätte halten müssen. Es wäre aber möglich, daß der Rechtsirrtum des VerK. bei der Bewertung und Abwägung des beiderseitigen Verhaltens mitgewirkt hat, so daß das BG. die in Betracht kommenden, bereits festgestellten Umstände des Falles erneut abwägen muß. Da die Vorfahrtsregelung eine der wesentlichen Grundlagen des Verkehrsrechtes ist, so ist ihre Beachtung oder Verletzung wesentlich in Betracht zu ziehen.

Bei der Abwägung hat das BG. auch die Frage verkannt, in welchem Sinne die Betriebsgefahr zu berücksichtigen ist. Es meint, nachdem es das Verschulden des Bekl. gewertet hat, daß dieser ferner die von seinem Wagen ausgehende Betriebsgefahr zu vertreten habe. Auf Seiten des Kl. sei nur dessen Fahrlässigkeit zu berücksichtigen, die der des Bekl. etwa gleich zu bewerten sei. Nach alledem schein es geboten, die Haftung des Bekl. auf 2/3 und diejenigen des Kl. auf 1/3 zu bemessen. Sollte das BG. sich hierbei von dem Gedanken haben leiten lassen, daß der aus § 7 KraftfG. Haftende neben seinem Verschulden außerdem für die Betriebsgefahr einzustehen habe, der aus § 823 BGB. Haftende dagegen nur für sein Verschulden (Gefährdungshaftung — Verschuldenshaftung), so würde es die Haftungsgrundlage verkannt haben. In allen diesen Fällen wird für ein — nach § 7 KraftfG. vermutetes oder nach § 823 BGB. nachzuweisendes — schuldhaftes Verhalten gehaftet. In beiden Fällen ist bereits bei der Schuldfrage in Betracht zu ziehen, ob die Handlungen mit einem Gegenstand vorgenommen worden sind, der seiner Natur nach Gefahren mit sich bringen kann, mit dem daher besonders vorsichtig umgegangen werden muß. Soweit daher für Zwecke einer Abwägung eine Bewertung des beiderseitigen Verhaltens vorgenommen werden muß, sind in

beiden Fällen die etwaigen Betriebsgefahren als gefahrerhöhende und daher besondere Vorsicht erheischende Umstände in die Betrachtung einzubeziehen. Bei einem Zusammenstoß von Kraftwagen und Kleinkraftträdern hat die Abwägung zwar nicht aus § 17 KraftfG., sondern aus § 254 BGB. zu erfolgen. Aber auch im Rahmen dieser Vorschrift ist daher zu untersuchen, wieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder anderen Teil verursacht worden ist, wobei außer dem Verschulden alle den Unfall mitverursachenden Umstände und darunter auch die Betriebsgefahr des von dem Verletzten benutzten Verkehrsmittels zu berücksichtigen sind. Die Nichtberücksichtigung dieses Umstandes kann in dem vorl. Fall wesentlich geworden sein, da jedes Motorrad wesentliche Gefahren sowohl für die Umwelt als auch für den Benutzer mit sich bringen kann.

Ob das BG. bei der erneuten Abwägung zu einer wesentlich anderen Verteilung des Schadens kommen wird, muß dem Tatrichter überlassen werden, in dessen Ermessen die Bewertung der Einzelumstände gestellt ist. Dabei kann allerdings nicht anerkannt werden, daß der Bekl. sich durch die Berufung auf einen Verkehrsmißbrauch, wie es das Schneiden der Kurve an dieser Stelle darstellt, irgendwie wesentlich auch nur hinsichtlich des Maßes seines Verschuldens entlasten kann.

(RG., VI. ZivSen., U. v. 7. Mai 1938, VI 288/37.) [Ba.]

*

14. OLG. — § 7 KraftfG. Jeder Teil eines Lastzuges befindet sich noch im Betrieb, solange noch die Betriebseinheit besteht, auch wenn er vorübergehend mit den übrigen Teilen des Lastzuges nicht verbunden ist. Die Betriebseinheit besteht so lange, als der Betriebsvorgang andauert, d. h. solange der Lastzug in Fahrt und bis der mit der Fahrt beabsichtigte Zweck erfüllt ist.

Der Bekl. zu 1 fuhr mit dem Lastwagen der Bekl. zu 2, an dem sich zwei Anhänger befanden, Kies auf eine Baustelle. Da er nicht mit dem ganzen Lastzuge auf einmal auf die Baustelle fahren konnte, stellte er zunächst den letzten der beiden Anhänger auf der Straße ab und fuhr mit dem anderen Anhänger zur Baustelle, entlad ihn hier, fuhr mit ihm zur Straße zurück und stellte ihn dort ab, um ihn nach Entladung des zweiten Anhängers wieder an den Lastzug anzukoppeln und mit beiden Anhängern fortzufahren. Sodann fuhr er mit dem zweiten Anhänger ebenfalls zum Bauplatz, um auch diesen zu entladen. Bei der Aufsahrt auf den Platz blieb der zweite Anhänger in dem weichen Boden stecken. Infolgedessen nahm die Entladung längere Zeit in Anspruch. Inzwischen war es dunkel geworden. Der bereits entleerte Anhänger stand immer noch auf der Straße, ohne daß an ihm irgendwelche Beleuchtung — Schlußlicht oder Laterne — angebracht gewesen wäre. Auf diesen unbeleuchteten Anhänger fuhr der Personkraftwagen der Kl. von hinten auf und wurde beschädigt. Die Kl. verlangt von der Bekl. zu 2 als Halterin des Lastzuges gemäß § 7 KraftfG. Schadensersatz.

Nach § 7 KraftfG. ist der Halter eines Kraftfahrzeugs verpflichtet, wenn bei dem Betriebe desselben eine Sache beschädigt wird, dem Verletzten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen. Diese Haftung trifft auch die Bekl. zu 2, die unbestritten Eigentümerin und Halterin des Lastzuges war.

Zwar war der Anhänger, auf den der Wagen der Kl. aufgefahren ist, an sich kein Kraftfahrzeug, da er nicht durch eine unmittelbar auf ihn wirkende Maschinenkraft bewegt wird. Er war aber ein Teil eines Lastzuges, der seinerseits als ganzes durch Maschinenkraft bewegt wurde, also ein Kraftfahrzeug i. S. des KraftfG. war. Dieser Lastzug bildete eine Betriebseinheit; der Motorwagen und jeder der beiden Anhänger waren Teile dieser Betriebseinheit. Diese Betriebseinheit blieb so lange bestehen, als der Betriebsvorgang andauerte, d. h. solange der Lastzug in Fahrt und bis der mit der Fahrt beabsichtigte Zweck erfüllt war. Das war erst dann der Fall, wenn der gesamte Lastzug nach Durchführung des Transportes und nach Entladung des Transportgutes außer Betrieb gesetzt wurde. Das war aber im Augenblick des Unfalls unstreitig noch nicht geschehen. Die Tatsache, daß der eine Anhänger im Augenblick des Unfalls bereits entladen, und vom Lastzug losgekoppelt, auf der Unfallstraße stand, löste ihn daher noch nicht aus dieser Betriebseinheit, denn er sollte nach der Entladung des zweiten Anhängers wieder mitgenommen werden. Das Abstellen des entleerten Anhängers war überdies erforderlich, damit der andere Anhänger auf der Baustelle entladen werden konnte; es war also geradezu erfolgt, um den Betriebsvorgang zur Durchführung zu bringen. Solange die Betriebseinheit aber noch bestand, war jeder Teil desselben, also jeder Teil des Lastzuges noch im Betrieb, auch wenn er vorübergehend mit den übrigen Teilen des Lastzuges nicht verbunden war. Jeder Unfall,

der sich mit einem solchen Teil des Lastzuges ereignete, geschah danach bei dem Betriebe des Lastzuges, also eines Kraftfahrzeuges, und begründete die Haftung des Halters gemäß § 7 KraftfG., sofern er sich nicht nach Abs. 2 a. a. D. zu entlasten vermag.

Wenn die Bekl. zu 2 demgegenüber darauf hinweist, daß dies Ergebnis unbillig sei, weil die strenge Haftung aus § 7 KraftfG. das Gegenstück für die einem Kraftfahrzeug innewohnende Gefährlichkeit sei, eine solche besondere Gefährlichkeit aber bei einem auf der Straße abgestellten Anhänger nicht bestehe, der keine größere Gefahr für den Verkehr bilde als ein anderes Fuhrwerk, so ist das nicht zutreffend. Wenn ein Anhänger von einem Lastzug für kurze Zeit abgekoppelt wird, in der Absicht, ihn alsdann wieder mitzunehmen, so wird beim Abstellen regelmäßig nicht die gleiche Sorgfalt beobachtet, wie wenn der Anhänger endgültig von dem Motorwagen gelöst und abgestellt wird. Schon aus technischen Gründen wird er meist nicht scharf auf der rechten Straßenseite abgestellt, auch die Beleuchtung und Kennlichmachung erfolgt meist nicht mit der gleichen Sorgfalt, wie wenn ein Wagen endgültig für längere Zeit abgestellt wird. Der Grund hierfür liegt darin, daß er doch nur für eine kurze Zeit abgestellt wird, und daß der Lastzugführer glaubt, deshalb nicht so sorgfältig sein zu brauchen, wie in den Fällen, wo der Wagen für längere Zeit stehen bleibt. Aus diesem Grunde bietet ein nur für kurze Zeit aus einem besonderen Anlaß abgekoppelter und auf der Straße abgestellter Anhänger immer eine größere Gefahr für den Verkehr als ein anderes auf der Straße abgestelltes Fuhrwerk, so daß die Anwendung der gesteigerten Gefährdungshaftung des KraftfG. auf ihn durchaus berechtigt erscheint.

Wenn der Wagen der Kl. auf den Anhänger der Bekl. zu 2 aufgefahren ist, so ist dieser Unfall danach beim Betriebe des Lastzuges, zu dem der Anhänger gehörte, also beim Betriebe eines Kraftfahrzeuges, geschehen.

(OLG. Hamm, 9. ZivSen., Urt. v. 17. Mai 1938, 9 U 315/37.)

*

15. OLG. — § 25 Abs. II Abs. 4 RStRAFVerfD.; § 17 Abs. I StrafVerfD. v. 13. Nov. 1937. Zur Frage, welche Sorgfalt nach dem früheren wie dem jetzigen Verkehrsrecht der Fahrer eines Kraftwagens beim Einfahren in oder beim Ausfahren aus einem Grundstück zu beobachten hat.

Der Personkraftwagen des Kl. stieß mit dem Lastkraftwagen der Zweitbeteiligte, den der Erstbeteiligte steuerte, auf einer Fernverkehrsstraße zusammen, als der Lastkraftwagen nach links zu einem Schuttabladeplatz abbog und der aus derselben Richtung kommende Kl. den Lastkraftwagen überholen wollte. Beide Wagen wurden beschädigt. Der Kl. verlangt seinen Sachschaden.

Er behauptet, der Bekl. sei allein schuld am Unfall. Er habe nämlich keine Absicht, nach der anderen Straßenseite hinüberzufahren, nicht zu erkennen gegeben, sondern er habe ganz plötzlich die Richtung geändert. Der Bekl. habe sich vor der Richtungsänderung auch nicht vergewissert, ob er ohne Gefährdung der anderen Verkehrsteilnehmer hinüberwechseln könne.

Der Bekl. macht geltend, er habe den Winter herausgestellt, kurz vor dem Abbiegen nochmals in den Rückspiegel gesehen und sich davon überzeugt, daß die Straße frei gewesen sei. Der Kl. habe den herausgestellten Winter nicht beachtet und sich nicht vergewissert, ob der Bekl. ihn bemerkt habe und bereit gewesen sei, sich überholen zu lassen.

Das OLG. hat die Ansprüche des Kl. zu drei Viertel dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Die Berufung des Kl. ist begründet.

Nach der Beweisaufnahme überholte der Kl. mit etwa 50 Stundenkilometer Geschwindigkeit den ziemlich langsam und sich zunächst rechts haltenden Lastwagen des Bekl. Ob der Kl. Signalzeichen gegeben hat, steht nicht genau fest. Der Lastwagen zeigte schon eine Strecke vorher den linken Winter und hatte sich im Verlauf der Weiterfahrt etwas nach der Mitte zu gewandt. Der Bekl. lenkte dann den Lastwagen nach links, ohne sich durch einen Blick in den Rückspiegel oder sonstwie zu überzeugen, ob die Straße frei sei. Hierbei erfasste er den im Überholen begriffenen Wagen des Kl. an dem Hinterteil, als dieser die Überholung fast beendet hatte.

Das OLG. hat angenommen, der Bekl. sei in erheblichem Maße schuld an dem Unfall, weil er sich auf der belebten Straße vor dem Abbiegen nicht darüber unterrichtet habe, was hinter ihm vorgehe. Den Kl. treffe aber ein Mitverschulden. Denn er habe auf den herausgestellten Winter des Lastwagens nicht geachtet und überholt, obwohl er nicht sicher gewesen sei, daß der Bekl. ihn bemerkt und ihm das Überholen gestattet habe. Diese Ansicht kann der Senat nicht teilen, soweit der Kl. in Frage kommt. Nach der RStRAFVerfD. § 25 Abs. II Abs. 4 darf die Ein- und

Ausfahrt in ein Grundstück oder aus einem Grundstück nur so erfolgen, daß eine Gefährdung des Straßenverkehrs ausgeschlossen ist. Diese Bestimmung bezweckt, den fließenden Verkehr unter allen Umständen zu sichern und zu schützen, falls ein Verkehrsteilnehmer gezwungen ist, ihn zu unterbrechen. Jede Unterbrechung schafft bei der heutigen Schnelligkeit und Dichte des Verkehrs eine erhebliche Gefahrenquelle. Die Gefahr wird bei der Einfahrt in ein Grundstück oder der Ausfahrt aus einem Grundstück noch dadurch vergrößert, daß der Verkehr hier keine Unterbrechung erwartet und sich daher durchweg nicht von selbst darauf einrichtet, sondern erst besonders darauf hingewiesen werden muß. Insofern unterscheiden sich die Fälle der Ein- und Ausfahrt wesentlich von den Fällen, wo es sich um eine Fahrt durch eine Kreuzung oder an einem sichtbaren Seitenweg vorbei handelt. Deshalb sind auch gerade bei der Ein- und Ausfahrt in ein Grundstück oder aus einem Grundstück besondere Vorsichtsmaßnahmen erforderlich und deshalb verlangt die Bestimmung der RStVVO § 25 Abs. II Abs. 4, daß eine Gefährdung ausgeschlossen sein soll. Die Pflicht zu diesen Vorsichtsmaßnahmen wird nach dieser Bestimmung dem Fahrer auferlegt, der ein- oder ausfährt, nicht dem anderen Verkehrsteilnehmer. Wer den Verkehr unterbricht, trägt mithin alle Verantwortung für sachgemäße Maßnahmen zur Überquerung der Straße, so daß eine Gefährdung des übrigen Verkehrs unmöglich wird. Welche Maßnahmen er anzuwenden hat, richtet sich nach den Umständen, insbes. nach der Lage des Verkehrs. Der den Verkehr Unterbrechende muß jedoch, da eine Gefährdung ausgeschlossen sein soll, jede erdenkliche Vorsicht und Aufmerksamkeit beobachten, und er muß alle nach Lage der Umstände gebotenen Sicherungsmaßnahmen treffen, um eine Gefährdung von Menschen oder Sachen zu verhüten. Das Herausstellen des Winkers allein genügt nicht, ebensowenig ein gelegentliches Blick in den Rückspiegel. Denn das Bild des Verkehrs kann sich schnell ändern. Vielmehr muß er den Verkehr ständig während des Überquerens im Auge behalten und sich nicht allein auf den Rückspiegel verlassen, der mit der fortschreitenden Wendung des Wagens den hinten sich abwickelnden Verkehr nicht mehr einwandfrei wiedergibt. Dem Fahrer sind daher auch Maßnahmen zuzumuten, die für ihn einen Zeitverlust oder eine Unbequemlichkeit bedeuten. Er muß u. U. anhalten, um eine günstige Gelegenheit zum Überqueren der Straße abzuwarten, er muß so langsam und vorsichtig fahren, daß er jederzeit anhalten kann. Auch Warnzeichen können geboten sein. Alle erforderlichen Maßnahmen lassen sich natürlich nicht aufzählen, weil sie sich je nach der Lage der Umstände richten. Jedenfalls gehört zu den gebotenen Maßnahmen, daß der Fahrer sich vergewissert, ob die anderen Verkehrsteilnehmer seine Absicht zu überqueren, verstanden und sich darauf eingerichtet haben. Diese erhöhte Sorgfalt ist zu beobachten bis zur Beendigung der Überquerung. Denn so lange ist eine Gefährdung des fließenden Verkehrs möglich. Sie besteht sowohl gegenüber dem entgegengerichteten wie aus derselben Richtung flutenden Verkehr, sofern er nur von der Straßenüberquerung berührt wird.

Mit diesen erhöhten Anforderungen an die Sorgfaltspflicht wird nichts Unmögliches verlangt. Denn erfahrungsgemäß bleiben selbst bei sehr starkem Verkehr immer Lücken, die der Fahrer zur Überquerung benutzen kann. Die anderen Verkehrsteilnehmer müssen und werden auch der schwierigen Lage des die Straße überquerenden Fahrers Rechnung tragen und werden sich, wenn dieser pflichtgemäß eine Verständigung mit ihnen sucht, einer solchen nicht widersetzen. Sie erhalten damit, daß jener zur besonderen, bis zur Grenze des Möglichen gehenden Sorgfalt verpflichtet ist und in erster Linie die Verantwortung trägt, keinen Freibrief, ihr Recht auf einen fließenden Verkehr rücksichtslos auszunutzen; denn der ganze Verkehr wird beherrscht von dem allgemeinen Grundsatz des § 25 RStVVO, daß alle Verkehrsteilnehmer gegenseitig aufeinander Rücksicht zu nehmen haben und keiner den anderen schädigt oder mehr, als nach den Umständen unvermeidbar, behindert oder belästigt. Sie müssen deshalb auch in einem Fall wie dem hier vorliegenden trotz ihres sehr weitgehenden Vorrechts einem Fahrer, der ernstlich versucht, eine Verständigung herbeizuführen, und kundigt, daß er selbst gewillt ist, der ihm obliegenden außergewöhnlichen Verkehrssorgfalt gerecht zu werden, einiges Entgegenkommen erweisen.

Die Richtigkeit der hier vertretenen Auslegung von RStVVO § 25 Abs. II Abs. 4 wird bestätigt durch die Rechtslage unter der neuen RStVVO v. 13. Nov. 1937. Die Bestimmung wird fast wörtlich in § 17 Abs. 1 RStVVO wiederholt. Über die Handhabung dieser Bestimmung des § 17 durch die Polizeibeamten sagt die Dienstvorschrift zur Durchführung der Vorschriften über den Straßenverkehr v. 17. Dez. 1937 folgendes: „Besondere Vorsicht erfordert das Ein- und Ausfahren in ein Grundstück und aus einem Grundstück. Die Sorgfaltspflicht liegt demjenigen ob, der

ein- oder ausfährt, nicht also dem Verkehrsteilnehmer auf der Straße.“ Die maßgebenden Stellen, denen die Regelung des Verkehrs obliegt, haben damit eine bindende Auslegung der Bestimmungen über die Ein- und Ausfahrt für die Handhabung durch die Polizei gegeben. Die jetzt geltende Vorschrift besagt inhaltlich daselbe wie die der RStVVO, die Rechtslage hat sich also jetzt gegen früher nicht geändert. Der Senat kann sich demnach für die Richtigkeit seiner Auslegung mit Grund auf die Dienstvorschrift berufen.

Bleibt man von dem hier eingenommenen Standpunkt aus das Verhalten des Bekl., so kann kein Zweifel sein, daß er größtenteils gegen seine Verkehrspflichten verstößt hat. Er hat sich im großen und ganzen damit begnügt, den linken Winker herauszustellen. Jede andere Vorsichtsmaßnahme hat er unterlassen, wie sie gerade hier auf der Fernverkehrsstraße mit ihrem lebhaften Wagenbetrieb besonders geboten war. Der Unfall ist vor allem eingetreten, weil der Bekl. dem Kl. nicht genügend kenntlich gemacht hat, daß er auf den Schuttabladeplatz hinüberfahren wolle, dessen Einfahrt nicht sichtbar bezeichnet war. Der Kl. konnte diese Absicht aus dem herausgestellten Winker allein nicht entnehmen, zumal verschiedene Stellen auf der anderen Straßenseite in Frage kamen, wohin ein Hinüberwechseln möglich war. Der Bekl. fuhr auch zunächst scharf rechts. Der Kl. mußte deshalb der Meinung sein, daß er überholen könne. Einer ausdrücklichen Zustimmung, sich überholen zu lassen, bedurfte es nach RStVVO § 28 Abs. II Abs. 6 nicht. Es mag sein, daß auch der Kl. nicht restlos verkehrsgemäß handelte. Aber das überwiegende Verschulden und das bei weitem größte Maß der Verursachung liegt auf Seiten des Bekl., zumal die Wagen zusammenstießen, als der Kl. das Überholen fast beendet hatte. Gätte der Bekl. entsprechend seiner größeren Verantwortlichkeit vor dem Einbiegen die Straße eingesehen und mit dem Einbiegen etwas gewartet, wozu er verpflichtet war, so hätte sich der Unfall nicht ereignet. Seinem Verhalten ist also vor allem der Unfall zuzuschreiben, und der Kl. konnte nach § 17 KraftV. von einer Erschuldigung freigestellt werden.

(OLG. Köln, 9. Zivilsen., Ur. v. 11. Mai 1938, 9 U 43/38.)

Handelsrecht

16. RG. — § 92 Abs. 1 Satz 2 AktG.; § 12 HGB. Die dem Vorstand einer Aktiengesellschaft obliegende Anmeldung der zum Vorsitz des Aufsichtsrates und dessen Stellvertretern gewählten Personen bedarf nicht der Form des § 12 HGB. †)

Der Vorstand der Aktiengesellschaft teilte dem Registergericht mittels einer privatschriftlichen Eingabe vom 14. Febr. 1938 mit, daß Dr. Walter F. zum Vorsitzenden des Aufsichtsrates und daß Paul S. und Carl S. zu Stellvertretern gewählt worden seien. Das Registergericht forderte ohne Einleitung eines Ordnungsstrafverfahrens die Anmeldung dieser Tatsachen in öffentlich beglaubigter Form. Eine hiergegen gerichtete Beschw. der Gesellschaft wurde vom OLG. aus sachlichen Gründen zurückgewiesen. Die weitere Beschw. kann aus einem verfahrensrechtlichen Grunde keinen Erfolg haben (wird ausgeführt).

Der Senat kann zu der Sache selbst nur wegweisend Stellung nehmen.

Nach § 92 Abs. 1 Satz 2 AktG. hat der Vorstand einer Aktiengesellschaft „zum Handelsregister anzumelden“, wer zum Vorsitz des Aufsichtsrates und zu dessen Stellvertretern gewählt worden ist. In das Handelsregister werden jedoch diese Tatsachen nicht eingetragen. Über die Form der Anmeldungen bestimmt nun § 12 HGB., daß „die Anmeldungen zur Eintragung in das Handelsregister (sowie die zur Aufbewahrung bei dem Gericht bestimmten Zeichnungen von Unterschriften) persönlich bei dem Gericht zu bewirken oder in öffentlich beglaubigter Form einzureichen sind“. Diese Bestimmung ergreift ihrem Wortlaut nach den Fall des § 92 Abs. 2 Satz 2 AktG. nicht. Es ist aber auch kein zwingender innerer Grund vorhanden, sie über den Wortlaut hinaus auf den bezeichneten Fall zu erstrecken.

Im Rahmen des HGB. besteht zwischen Anmeldungen zur Eintragung in das Handelsregister und Anmeldungen zum Handelsregister kein Unterschied, insofern es dort andere Anmeldungen zum Handelsregister als solche zum Zwecke einer Eintragung nicht gibt. Anmeldungen zum Handelsregister sind ausnahmslos Eintragungsanträge. Daselbe gilt für das Vereins- und für das Genossenschaftsregister, wo denn auch die Form der persönlichen Bewirkung und der Beglaubigung allgemein für Anmeldungen „zum Vereinsregister“ (§ 77 BGB.) und „zum Genossenschaftsregister“ (§ 157 Abs. 1 GenG.) schlechthin vorgesehen ist (vgl. ferner § 160 Abs. 2 GenG. und § 303 Abs. 2 AktG.). Die zu entscheidende Frage geht hiernach dahin, ob der Gesetzgeber bei der Schaffung des § 92 Abs. 1 Satz 2 AktG. an der bisherigen Son-

derbehandlung der „Anmeldungen zum Handelsregister“ i. S. von Eintragungsanmeldungen festgehalten hat oder ob gerade mit der Wahl des Ausdrucks „zum Handelsregister anmelden“ jenen Begriff, soweit die Anwendbarkeit des § 12 HGB. in Frage steht, durch eine Einbeziehung des neueregelten Falles hat erweitern wollen. Überwiegende Gründe sprechen indes für die erstere Annahme.

Das LG. hätte zur Begründung seiner Auffassung allerdings geltend machen können, daß die unzweifelhaft i. S. des Gesetzgebers liegende Erzwingbarkeit der Erfüllung der dem Vorstände in § 92 Abs. 1 Satz 2 AktG. auferlegten Pflicht (vgl. Schlegelberger-Quassowski, „AktG.“, § 92 Anm. 7; von Godin-Wilhelmi, Anm. 4; Baumbach, Anm. 2) sich mangels einer Erwähnung des Falles in § 303 Abs. 1 AktG. nur aus § 14 HGB. herleiten läßt, wo der Begriff der „Anmeldung“ bisher in demselben Sinne wie im § 12 HGB. zu verstehen war. Dieser mehr äußerliche Grund für eine gleichmäßige Anwendung auch der letzteren Vorschriften muß aber zurücktreten hinter der Erwägung, daß — entgegen der Ansicht des LG. — kein Interesse daran besteht, für die dem Vorstände obliegende „Anmeldung“ der Person des Aufsichtsratsvorsitzers mehr als die bloße Schriftform zu verlangen. Die Vorschrift des § 12 HGB. hat ihren Grund gerade darin, daß für Eintragungen in das Handelsregister, auf die man sich im Rechtsverkehr verlassen können, eine besonders sichere Unterlage vorhanden sein soll. Bei den bloßen Anzeigen an das Registergericht besteht ein entsprechendes Bedürfnis nicht in gleichem Maße. Sie betreffen regelmäßig Angelegenheiten von geringerer Bedeutung als die Eintragungsanmeldungen. Das gilt auch — etwa im Vergleich mit der Bestellung der Vorstandsmitglieder — von der Wahl des Aufsichtsratsvorsitzers, wenn schon nicht zu verkennen ist, daß der letztere dem Registergericht gegenüber ebenfalls gewisse Aufgaben zu erfüllen hat (vgl. §§ 92 Abs. 2, 151, 155, 176, 180 AktG.). Dazu kommt, daß die bloße Schriftform in einem Falle der vorl. Art eine völlig ausreichende Gewähr für die Zuverlässigkeit der zu erstattenden Anzeige bietet. Durch das Erfordernis der Einhaltung der Form des § 12 HGB. könnte nur die Gefahr ausgeschaltet werden, daß ein anderer als der wirkliche Vorstand eine (sachlich unrichtige) Anzeige über die Wahl des Aufsichtsratsvorsitzers erstattet. Eine solche Gefahr ist aber praktisch ohnehin kaum vorhanden und würde sich — abgesehen hiervon — auch weitgehend dadurch ausschließen lassen, daß das Registergericht bei dem Auftauchen von Bedenken an der Hand der bei den Registerakten befindlichen Unterschriftenzeichnungen der Vorstandsmitglieder (§ 73 Abs. 3 AktG.) nachprüft, ob die Unterschriften unter der schriftlichen Anmeldung aus § 92 Abs. 1 Satz 2 AktG. von den Vorstandsmitgliedern herrühren. Der Aufsichtsratsvorsitzer und seine Stellvertreter haben bei der Anmeldung aus § 92 Abs. 1 Satz 2 AktG. in keiner Weise mitzuwirken, auch nicht durch Einreichung von Unterschriftenzeichnungen. Welche Personen eine Firma oder eine Unterschrift zur Aufbewahrung bei dem Gericht zu zeichnen haben, ist im Gesetz für jeden einzelnen Fall besonders bestimmt (vgl. z. B. §§ 29, 35, 53, 108 Abs. 2, 148 Abs. 3, 153, 169 HGB., §§ 73 Abs. 2, 207 Abs. 4 AktG.). Hinsichtlich des Aufsichtsratsvorsitzers fehlt es an einer solchen Bestimmung. Damit ist seine Verpflichtung zur Einreichung von Unterschriftenzeichnungen eindeutig verneint. Nur soweit er bei einer späteren Eintragungsanmeldung mitzuwirken hat, bedarf es nach der Regel des § 12 HGB. einer Beglaubigung seiner Unterschrift unter einer schriftlichen Anmeldung. Es ist deshalb nicht möglich, die hier abgelehnte Rechtsansicht des angefochtenen Beschlusses mit Dietrich (in der Anm. dazu JW. 1938, 1397) anderweit aus der Notwendigkeit der im § 12 HGB. für die Zeichnung von Unterschriften vorgesehenen öffentlichen Beglaubigung zu begründen. Vielmehr ist dem LG. Berlin beizustimmen, das in einem Beschl. v. 8. März 1938 (JW. 1938, 1034) die Formbedürftigkeit der Anmeldung aus § 92 Abs. 1 Satz 2 AktG. verneint hat.

(RG., 1. ZivSen., Beschl. v. 23. Juni 1938, 1 Wx 215/38.)

[S.]

Anmerkung: Durch die Richtlinien vorstehenden Beschlusses wird in einer wenig bedeutenden aktienrechtlichen Nebenfrage dem Streit, ob die Unterschrift des Vorstands einer Aktiengesellschaft unter seiner Anmeldung der Person des Aufsichtsratsvorsitzers und der Stellvertreter der öffentlichen Beglaubigung bedarf, für die Zukunft der Boden entzogen. Der sorgfältigen Begründung des obigen Beschlusses sowohl als des dort in Bezug genommenen Beschlusses des LG. Berlin (JW. 1938, 1034), wonach lediglich eine Eintragungen bezweckende Anmeldung der Beglaubigung nach § 12 HGB. bedarf, ist restlos zuzustimmen. Überzeugend weist das RG. darauf hin, daß durch eine Beglaubigung „nur die Gefahr ausgeschaltet werden könnte, daß ein

anderer als der wirkliche Vorstand eine (sachlich unrichtige) Anzeige über die Wahl des Aufsichtsratsvorsitzers erstattet“, diese Gefahr aber nicht besteht. Mit dieser Frage hat die Frage der Unterschriftbeglaubigung von Aufsichtsratsmitgliedern aber nichts zu tun. Die Auslegung des LG. Frankfurt a. M. und Dietrichs (JW. 1938, 1397) wirkt demgegenüber gekünstelt. Die Bezeichnung „anmelden“ in § 92 AktG. ist m. E. lediglich ein altmodischer Juristenausdruck für „anzeigen“ und wäre bei der redaktionellen Fassung besser durch diesen ersetzt worden. Sie findet sich — was noch nicht bemerkt zu sein scheint — auch in § 16 Abs. 1 GmbHG., wonach „der Gesellschaft gegenüber im Falle der Veräußerung des Geschäftsanteils nur derjenige als Erwerber gilt, dessen Erwerb unter Nachweis des Übergangs bei der Gesellschaft angemeldet ist“. Hier denkt noch niemand an Beglaubigung!

DAN. Grojchuff, Berlin.

*

17. RG. — § 3 Satz 2 UmwandlG.; § 8 Abs. 2, 3 HRVf.; § 9 Abs. 1 HGB.; § 125 Abs. 3 FGG.; § 1 Gef. über die Verkündung von Rechtsverordnungen v. 13. Okt. 1923.

1. Die zum Handelsregister als Eintragungsunterlagen in Urschrift oder Ausfertigung eingereichten Urkunden können, abgesehen von Firmen- und Unterschriftenzeichnungen, regelmäßig unter Zurückbehaltung einer beglaubigten Abschrift zurückgegeben werden; das gilt auch von der nach § 3 Satz 2 UmwandlG. einzureichenden Ausfertigung der Niederschrift über den Umwandlungsbeschl. f.

2. Die neue Handelsregisterverordnung enthält allgemein verbindliche Rechtsvorschriften. f)

Zu notariischer Niederschrift vom 29. Dez. 1937 beschloffen die Gesellschafter der P. D. GmbH., diese in eine KommGes. umzuwandeln. Die Umwandlung wurde auf Anmeldung im Handelsregister eingetragen. Den Antrag auf Rückgabe der gemäß § 3 Satz 2 UmwandlG. der Anmeldung beigefügten Ausfertigung der Niederschrift über den Umwandlungsbeschl., von der gleichzeitig eine beglaubigte Abschrift für die Registerakten überreicht worden war, lehnte das Registergericht ab. Die Beschw. der Gesellschaft war erfolglos. Der weiteren Beschw. wurde mit folgender Begründung stattgegeben.

§ 3 Satz 2 UmwandlG., der hier gemäß §§ 14, 12 daselbst anzuwenden ist, ordnet an sich nur an, daß der Anmeldung zur Umwandlung zum Handelsregister eine Ausfertigung des Protokolls über den Umwandlungsbeschl. beizufügen ist; er bestimmt aber ausdrücklich nichts darüber, ob die eingereichte Ausfertigung dauernd bei den Registerakten verbleiben muß oder nach Durchführung der Eintragung dem Einreicher auf Verlangen zurückgegeben werden darf. Diese Frage ist deshalb zunächst nach dem im Handelsregisterrecht geltenden allgemeinen Grundsätzen zu prüfen.

Maßgebend dafür ist jetzt § 8 der am 1. Okt. 1937 in Kraft getretenen neuen HRVf. v. 12. Aug. 1937 (DZ. 1251), die in der Form einer AllgVf. des RM. auf Grund des durch die VO. v. 10. Aug. 1937 (RGBl. I, 900) geschaffenen neuen § 125 Abs. 3 FGG. und unter ausdrücklicher Bezugnahme darauf ergangen ist. In der letztgenannten Vorschrift ist der Erlaß der näheren Bestimmungen über die Einrichtung und Führung des Handelsregisters dem RM. übertragen. Die auf dieser gesetzlichen Grundlage erlassene Handelsregisterverordnung ist — ebenso wie die frühere PrHRVf. v. 7. Nov. 1899 (vgl. RGZ. 29, A 213) — nicht als bloße Verwaltungsanweisung für den inneren Geschäftsbereich, sondern als eine Rechtsverordnung mit allgemein verbindlichen Rechtsvorschriften gedacht (vgl. Lenz: DZ. 1937, 1277; Reiter-Lenz, „Firma und Handelsregister“, S. 228), deren Verlesung insbes. auch nach § 27 FGG. das Rechtsmittel der weiteren Beschw. rechtfertigt. Nun bestimmt zwar § 1 des noch in Geltung befindlichen Gef. über die Verkündung von Rechtsverordnungen v. 13. Okt. 1923 (RGBl. I, 959), daß Rechtsverordnungen des Reiches im RGBl. oder im RMVBl. („Zentralblatt für das Deutsche Reich“) oder im DMVz. verkündet werden, und läßt Ausnahmen nur für Rechtsverordnungen in Besoldungsangelegenheiten und für solche der Post- und Telegraphenverwaltung zu. Der Senat hat aber bereits in dem zum Abdruck bestimmten Beschl. v. 14. April 1938 (1 Wx 135/38) bei Erörterung der Rechtsnatur der Dienstordnung für Notare v. 5. Juni 1937 (DZ. 874) die Ansicht vertreten, daß heute zur wirksamen Verkündung von Rechtsverordnungen im Bereiche der Reichsjustizverwaltung auch die Bekanntmachung als AllgVf. des RM. in der „Deutschen Justiz“ als dem „amtlichen Blatt der Deutschen Reichs-“ausdrücken muß. Gegen die Verbindlichkeit der in der Handelsregisterverordnung enthaltenen Rechtsvorschriften bestehen danach keine Bedenken.

Nach § 8 Abs. 2 HRVf. sind die zum Handelsregister eingereichten Schriftstücke (§ 9 Abs. 1 HGB.) für jedes Registerblatt in einem besonderen Aktenband zusammenzufassen. Abs. 3 daselbst bestimmt weiter: „Werden Urkunden, die zum Register einzureichen waren, zurückgegeben, so wird eine beglaubigte Abschrift zurückbehalten. Ist die Urkunde in anderen Akten des AG. enthalten, so ist eine beglaubigte Abschrift zu den Registerakten zu nehmen.“ Die Handelsregisterverordnung geht also — in Übereinstimmung mit dem bisher in Preußen geltenden Rechtszustande (vgl. § 9 Abs. 2 W. v. 7. Nov. 1899) — davon aus, daß Urkunden, die als Unterlagen für eine im Handelsregister zu bewirkende Eintragung einzureichen waren, an die Beteiligten zurückgegeben werden, und ordnet für diesen Fall die Zurückbehaltung einer beglaubigten Abschrift an. Diese Regelung entspricht im übrigen dem § 10 Abs. 1 HGB. für das Grundbuchrecht, wonach die an sich vom GbM. aufzubewahrenden urkundlichen Eintragungsunterlagen herausgegeben werden dürfen, wenn statt der Urkunde eine beglaubigte Abschrift bei den Grundakten verbleibt.

Die Rückgabe der zum Handelsregister eingereichten Schriftstücke ist demnach entgegen der Ansicht des AG. grundsätzlich als zulässig anzusehen. Dem steht nicht entgegen, daß § 9 HGB. die Einsicht der zum Handelsregister eingereichten Schriftstücke gestattet und die Erteilung von Abschriften davon an Interessenten vorsieht. Diese Vorschrift begründet einen Anspruch auf Einsicht oder abschriftliche Mitteilung der genannten Urkunden nur in der Form, in der sie bei den Registerakten aufbewahrt werden, also nicht unbedingt der von den Beteiligten seiner Zeit eingereichten Stücke. Ebenso ist die in § 33 Abs. 2 AktG. (bisher § 199 Abs. 2 HGB.) im Anschluß an die Eintragung einer neu begründeten Aktiengesellschaft angeordnete Bekanntmachung zu verstehen, daß die mit der Anmeldung eingereichten Schriftstücke bei dem Gericht eingesehen werden könnten. Die in § 8 HRVf. vorgeschriebene Zurückbehaltung beglaubigter Abschriften von zurückgegebenen Urkunden dient u. a. gerade der Ermöglichung der Einsicht und Abschrifterteilung. Auch sonst läßt der Gesetzgeber die Aufbewahrung beglaubigter Abschriften von Urkunden an Stelle der Urchriften oder Ausfertigungen genügen, ohne daß das Recht auf Einsicht oder auf Abschriften berührt wird (vgl. §§ 29 Abs. 4, 155 Abs. 6, 162 Abs. 4 AktG., bisher §§ 195 Abs. 5, 284 Abs. 4 HGB.).

Von dem Grundsatz, daß die zum Handelsregister eingereichten Schriftstücke zurückgegeben werden dürfen, bestehen allerdings Ausnahmen, die sich aus dem Gesetze oder aus der Sachlage ergeben können. So ist eine Rückgabe der gesetzlich vorgeschriebenen Firmen- und Unterschriftenzeichnungen von Vollkaufleuten, Prokuristen und Vertretern von Handelsgesellschaften „zur Aufbewahrung bei dem Gericht“ (vgl. §§ 29, 53 Abs. 2, 108 Abs. 2, 148 Abs. 3 HGB., §§ 29 Abs. 3, 207 Abs. 4 AktG., §§ 8 Abs. 3, 67 Abs. 4 GmbHG.), auch wenn sie nicht persönlich bei dem Registergericht bewirkt, sondern in öffentlich beglaubigter Form eingereicht worden sind (§ 12 Abs. 1 HGB.), ausgeschlossen, weil ihre Aufbewahrung bei den Registerakten Interessenten die Vergleichung der dort geleisteten Unterschrift mit einer im Handelsverkehr abgegebenen auf ihre Echtheit ermöglichen soll und eine beglaubigte Abschrift der Zeichnung diese Aufgabe nicht zu erfüllen vermag. Bei sonstigen Eintragungsunterlagen ist aber in der Regel die Aufbewahrung bei den Gerichtsakten in der Form, in der sie einzureichen waren oder eingereicht worden sind, nicht erforderlich. Auch die Rückgabe von Anmeldungen zum Handelsregister in öffentlich beglaubigter Form, sofern sie nicht etwa gleichzeitig Zeichnungen enthalten, ist zulässig, was sich schon daraus ergibt, daß in diesem Falle sogar von vornherein die Einreichung der Anmeldungsurkunde in beglaubigter Abschrift genügt (§ 2, 173; S. Hegeberger, § 128 Anm. 4, letzter Absatz). Soweit die Rückgabe der zum Handelsregister eingereichten Schriftstücke hiernach statthaft ist, muß sie gegebenenfalls auch bereits vor bewirkter Eintragung erfolgen können, da kein Grund für die Zurückbehaltung bis zu diesem Zeitpunkt ersichtlich ist.

Daß die Ausfertigung einer Niederschrift über die Gesellschafterversammlung einer GmbH., wie sie hier zum Handelsregister eingereicht worden ist, bei den Registerakten verbleiben muß, ist weder im Gesetz angeordnet, noch läßt es sich aus den allgemeinen Bedürfnissen der Registerführung rechtfertigen. Allein aus der Tatsache, daß § 3 Satz 2 UmwandelG., im Gegensatz zu der gesetzlichen Regelung in anderen Fällen, ausdrücklich die Einreichung einer Ausfertigung des den Umwandlungsbeschlusses enthaltenden Protokolls vorschreibt, die Einreichung einer beglaubigten Abschrift also nicht genügen läßt — wofür vom Standpunkt des Registerrechts allerdings ein besonderer Grund nicht erkennbar ist —, läßt sich für die Frage, was mit der eingereichten Ausfertigung weiterhin zu geschehen hat, nichts entnehmen. § 8 Abs. 3 HRVf. spricht ausdrücklich von der Rückgabe der Urkunden, die „einzureichen waren“, umfaßt also gerade den Fall, daß die Ein-

reichung einer Urkunde in Urschrift oder Ausfertigung vorgeschrieben ist. Wäre es anders, so dürften auch die zum Handelsregister eingereichten Erbscheine und Vollmachten, deren Rückgabe selbst das AG. als zulässig anerkennt, nicht an die Berechtigten zurückgegeben werden; denn diese Urkunden müssen, wenn sie beweiskräftig sein sollen, stets in Urschrift oder Ausfertigung eingereicht werden. Der Unterschied, den der Vorberrichter zwischen ihnen und der hier in Frage stehenden Protokollausfertigung in bezug auf die Zulässigkeit der Rückgabe machen will, ist unbegründet. Auch aus praktischen Rücksichten wäre im übrigen ein Verbot der Rückgabe der nach § 3 Satz 2 einzureichenden Protokollausfertigung nicht zu rechtfertigen. Wer sich insbes. später über die urkundlichen Unterlagen der vollzogenen Umwandlung durch Einsicht der Registerakten unterrichten will, kann das genau so zuverlässig durch Einsicht der zurückbehaltenen beglaubigten Abschrift der Protokollausfertigung wie durch Einsicht der Ausfertigung selbst. Daß aber im vorl. Fall irgendwelche besonderen Umstände der Herausgabe der Ausfertigung entgegenstehen, ist weder aus den Feststellungen des Vorberrichters noch sonst aus der Sachlage ersichtlich. Daher ist der ablehnende Standpunkt der Vorinst. nicht berechtigt.

(AG., 1. Zivilsen., Beschl. v. 12. Mai 1938, 1 Wx 175/38.) [§.]

Anmerkung: Die Entsch. enthält zur Frage der technischen Aktenbehandlung folgende, für das gesamte Handelsregisterrecht bedeutsame Grundsätze:

1. Unterschriften- und Firmenzeichnungen müssen in Urschrift bei den Akten verbleiben.
2. Im übrigen kann jede Urkunde (Urschrift, Ausfertigung) zurückgegeben werden unter Zurückbehaltung beglaubigter Abschrift (Anmeldung, Gesellschafterbeschl. u. dgl.).
3. Anmeldungen, die keine „Zeichnung“ enthalten, können in beglaubigter Abschrift „eingereicht“ werden.

Diese Grundsätze entsprechen einem praktischen Bedürfnis und sind mit dem Sinn und Zweck, der dem Wortlaut der einschlägigen Vorschriften zugrunde liegt, sehr wohl vereinbar. Der Entsch., die einem unbegründeten Formalismus einen Riegel vorschiebt, ist restlos zuzustimmen.

D. A. Groschuff, Berlin.

Patentrecht und Wettbewerbsrecht

18. RG. — §§ 1 ff. PatG. Zur Nichtigkeit eines Vergleiches wegen Erschleichung der Patentreue.

Folgender Grund muß zur Aufhebung des angefochtenen Urteils (und zur Zurückverweisung) führen. Das RG. hat es unterlassen, die Rechtswirklichkeit des Vergleichs v. 7. Jan. 1935 aus dem Gesichtspunkt der sog. Erschleichung der Patentreue zu prüfen, obwohl sich eine solche Prüfung des tatsächlichen Vorbringens der Parteien von selbst aufdrängt und eine aus den vorgetragenen Tatsachen etwa sich ergebende Nichtigkeit des Vergleichs von Amts wegen zu beachten ist. In den Vorinstanzen hat der Bfkl. diese rechtliche Begründung seines Abweisungsantrages (gegenüber der auf den Vergleich gegründeten Zahlungsklage) nicht ausdrücklich vorgetragen. Auch in der Rev.Jnst. ist dieser Gesichtspunkt vom Bfkl. erst in einem Nachtrag zur Revisionsbegründung und nach Ablauf der Begründungsfrist geltend gemacht worden. Das hindert aber nicht, in der Rev.Jnst. nachzuprüfen, ob dem RG. diejenigen Tatsachen vorgetragen waren, aus denen es — gegebenenfalls nach Erhebung von Beweisen — zu dem Schluß hätte kommen können, daß der Vergleich der Parteien gegen die guten Sitten verstoße und deshalb nichtig sei.

Dabei muß von denjenigen Rechtsgrundsätzen ausgegangen werden, die der Senat erst kürzlich in seinem Urf. RGZ. 157, 1 ff. = JW. 1938, 880³¹ entwickelt hat. Es kommt dabei im wesentlichen darauf an, ob der Vergleich der Parteien im Nichtigkeitsverfahren von beiden Parteien in der Überzeugung abgeschlossen worden ist, daß das Verfahren zur endgültigen Vernichtung des streitigen Patents (des Bfkl.) führen müsse, weil dieses wegen mangelnder Patentfähigkeit gemäß §§ 1 und 2 PatG. zu Unrecht erteilt sei, und ob diese Ansicht auch objektiv richtig ist. Der Bfkl. kann nun zwar nicht sagen, daß er selbst in dieser Richtung positive Angaben gemacht habe; er beruft sich insoweit im wesentlichen nur auf das Vorbringen des Kl. im ersten Rechtszuge. Da-

nach freilich waren beide Parteien, besonders auch der Bekl. überzeugt, daß das RG. in der Verhandlung v. 9. Jan. 1935 in Übereinstimmung mit den Ausführungen des gerichtlichen Sachverständigen wegen mangelnder Patentfähigkeit das auf Vernichtung des Patents lautende Urteil des RPatV. bestätigen werde. Diese Darstellung des Kl. hat der Bekl. in der Vorinstanz nicht bestritten. Er hat aber seinerseits das Vorbringen des Kl. nach dessen Behauptung indirekt durch seine Ausführungen über die Schweigepflicht des Kl. betr. Tatsache und Inhalt des Vergleichs bestätigt. (Laut Tatbestand hatte der Bekl. gegenüber dem Zahlungsanspruch des Kl. aus dem Vergleich eingewandt: „insbesondere habe der Kl. die von ihm hinsichtlich des Vergleichs übernommene Geheimhaltungspflicht verletzt.“) Bei diesem Parteivorbringen war das RG. von Amts wegen verpflichtet, zu prüfen, ob der Vergleich nicht etwa deshalb als sittenwidrig nichtig sei, weil die Parteien ihn abschlossen, obwohl sie von dem bevorstehenden endgültigen Erfolg der Nichtigkeitsklage überzeugt waren, aber dem Patentinhaber unter Beteiligung des Nichtigkeitsklägers die Früchte des formellen Fortbestandes des Patents sichern wollten. Dieser Tatbestand allein genügt freilich nicht; es muß noch hinzukommen, daß die Nichtigkeitsklage auch objektiv gerechtfertigt war. Das hatte der Kl. behauptet und der Bekl. hatte es nicht bestritten. Das RG. hätte also objektiv prüfen und den Tatbestand des Nichtigkeitsverfahrens darauf untersuchen müssen, ob die Nichtigkeitsklage nach seiner Ansicht gerechtfertigt war (vgl. RG.: JW. 1938, 1602³¹).

Der vorliegende Tatbestand weicht freilich in einem Punkte von dem in RGZ. 157, 1 ff. = JW. 1938, 880³⁴ erörterten Falle wesentlich ab. Dort war nicht zweifelhaft, daß der Vergleich nach Ablauf der Präklusivfrist des § 37 Abs. 3 PatG. (früher § 28 Abs. 3) abgeschlossen war und so dem Patentinhaber endgültig Ruhe vor Nichtigkeitsklagen aus § 13 Nr. 1 (früher § 10 Nr. 1) PatG. verschaffte. Im vorliegenden Falle lief die Präklusivfrist, die erst am 22. Dez. 1932 begonnen hatte, zur Zeit des Vergleichs noch fast drei Jahre; außerdem schwebten noch zwei weitere Nichtigkeitsklagen, die zum Erfolg führen konnten und auf die der Vergleich keinen unmittelbaren Einfluß hatte. Nun hat der Kl. aber selbst vorgebracht, daß er den anderen Nichtigkeitsklägern klarzumachen versucht habe, ihr weiteres Vorgehen gegen den Bekl. werde auch bei vollem Erfolg nur ein Schlag ins Wasser sein, weil dem Patent des Bekl. im wesentlichen das Patent des Kl. entgegenstehe, das dieser vergleichsgemäß in gewissen Grenzen dem Bekl. zur Verfügung stellen müsse. Es war deshalb zu prüfen, ob nicht unter diesen Umständen — die Nichtigkeit unterstellt —, der Vergleich der Parteien als sittenwidrig angeprochen werden mußte, weil die Parteien unter Ausschaltung der anderen Nichtigkeitskläger dem Bekl. den Fortbestand seines an sich nicht schußfähigen Patents sicherten. Allerdings wird in diesem Zusammenhang auch zu prüfen sein, ob nicht etwa der ganze Vergleich dahin aufzufassen ist, daß die Parteien nur die Rechtsbeständigkeit des Patentes des Kl. ihren gegenseitigen Beziehungen zugrunde legen wollten, so daß dem Fortbestand des Patentes des Bekl. nur formale Bedeutung, vielleicht sogar unter Ausschluß einer Geltendmachung gegen Dritte, zukommen sollte. Ob eine solche Feststellung getroffen werden kann, läßt sich in der RevInst. nicht übersehen; die Möglichkeit scheint aber nicht ausgeschlossen. Dann wäre jedenfalls die Nichtigkeit des Vergleichs wegen Sittenwidrigkeit nicht mehr anzunehmen.

(RG., I. ZivSen., II. v. 29. April 1938, I 113/37.)

[Ba.]

*

19. OLG. — § 51 PatG. § 51 Abs. 2 PatG. darf nicht zur Einengung des Wahlrechts der Parteien bezüglich der bei verschiedenen OLG. zugelassenen Rechtsanwälte nach § 51 Abs. 3 herangezogen werden.

Durch den angefochtenen Beschluß hat das OLG. Düsseldorf die Zulassung des Wuppertaler Prozeßbevollmächtigten der Bekl. abgelehnt, weil durch die Erhebung der Klage seitens eines Kölner Prozeßbevollmächtigten die Kl. die Zuständigkeit nach § 32 ZPO. begründet und das Wahlrecht aus § 35 ZPO. erschöpft habe, die Bekl. sich also nur durch einen bei den OLG. Düsseldorf oder Köln zugelassenen Anwalt vertreten lassen könne.

Die Beschw. der Bekl. hatte Erfolg.

Der Senat hat sich der engen Auslegung, welche § 51 Abs. 3 PatG. im angefochtenen Beschluß gefunden hat, nicht angeschlossen. In der Auswahl der Gerichte hat der Kl. im Patentprozeß zufolge der gemäß § 51 Abs. 2 PatG. getroffenen Regelung nicht mehr die Wahl nach § 35 ZPO. Diese Vorschrift heranzuziehen zur Einengung des Wahlrechts der Parteien bzgl. der bei verschiedenen OLG. zugelassenen Rechtsanwälte nach § 51 Abs. 3 PatG. besteht kein Anlaß. Zur Begründung der Zuständigkeit des OLG. Düsseldorf brauchte die Kl. nicht auf im Kölner Landgerichtsbezirk begangene Verletzungshandlungen und § 32 ZPO. hinzuweisen, weil die Bekl. mit ihrem Gerichtsstand aus § 13 ZPO. schon zur Zuständigkeit der Patentkammer des OLG. Düsseldorf gehörte. Sie hat dies auch nur beispieleweise und vorsorglich getan, weil sie sich durch einen beim OLG. Köln zugelassenen Anwalt vertreten läßt, ohne ausdrücklich auf die Geltendmachung weiterer Verletzungshandlungen zu verzichten und den Rechtsstreit allein auf die Kölner Fälle zu beschränken. Nach der Begründung gehörte die Klage ohne die Regelung in § 51 Abs. 2 PatG. sowohl vor das OLG. Wuppertal wie vor das OLG. Köln. Beide Parteien haben daher das Recht, sich durch Anwälte vertreten zu lassen, die an den OLG. Düsseldorf, Köln und Wuppertal zugelassen sind. Der Senat gibt im übrigen der Auffassung von *Pfundtner-Neubert* vor derjenigen von *Klauer-Würing* den Vorzug. (OLG. Düsseldorf, 5. ZivSen., Beschl. v. 13. Mai 1938, 2 W 67/38.)

*

20. RG. — § 15 WZG.; § 1 UnlWG. Auch der wahrheitsgemäße Hinweis des Wettbewerbers, ein eingetragenes Warenzeichen sei in der Entwicklung zum freien Warennamen begriffen, verletzt die Rechte des Zeicheninhabers und verstößt gegen die Grundsätze des lautereren Geschäftsverkehrs.

Den Angriffen der Rev. der Bekl. kann kein Erfolg zuteil werden. Es handelt sich um die Frage, ob es einem Wettbewerber gestattet sei, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs darauf hinzuweisen, daß ein für seinen Mitbewerber eingetragenes Warenzeichen, unter dem dieser Waren in den Verkehr bringt, wie sie auch der Wettbewerber herstellt und vertreibt, im Begriffe sei, sich zu einem freien Warennamen zu entwickeln. Wenn das OLG. annimmt, daß in den Veröffentlichungen der Bekl. ein solcher Hinweis enthalten sei, so sind rechtliche Bedenken hiergegen nicht zu erheben. Die Erklärung „solange X. und Y. noch eingetragene Warenzeichen sind und nach der Auffassung des Verkehrs noch nicht als freie Typen- oder Sortenbezeichnungen angesehen werden“ kann bei einer ihrem Wortlaut und Sinne gemäßen Auslegung von dem Leser in der Tat nicht anders verstanden werden, als daß nach den gegebenen Verhältnissen die Möglichkeit einer dahingehenden Entwicklung bestehe und ihr Abschluß in nicht allzu langer Zeit zu erwarten sei. Daß die Bekl. die Warenzeichen der Kl. als noch wirksam behandelt und die Händler vor einer mißbräuchlichen Verwendung warnen, ändert hieran nichts. Der Leser muß gleichwohl annehmen, daß es sich um zwar noch bestehende, aber in ihrer Wirkung geschwächte Zeichen handele, deren Benutzung im Sinne einer Sortenbezeichnung in absehbarer Zeit nichts mehr im Wege stehen werde.

Das OLG. unterstellt, daß ein erheblicher Teil der Verbraucherschaft in den Worten X. und Y. bereits Bezeichnungen für bestimmte Federnsorten erblicke, und prüft die Zulässigkeit der beanstandeten Veröffentlichungen unter dieser Voraussetzung. Dabei geht es zutreffend davon aus, daß von einer vollzogenen Umwandlung eines eingetragenen Warenzeichens in einen freien Warennamen erst dann gesprochen werden könne, wenn sämtliche in Frage kommenden Verkehrskreise in dem Zeichen nur noch eine Beschaffenheitsangabe sehen. Wie der erf. Sen. wiederholt ausgesprochen hat, kann sich ein eingetragenes Warenzeichen zwar ohne oder gegen den Willen seines Inhabers zum reinen Warennamen entwickeln, wenn sich der Verkehr daran gewöhnt hat, unter der Bezeichnung eine Ware von bestimmter Beschaffenheit zu verstehen. Eine solche Umwandlung setzt jedoch voraus, daß das Zeichen seine Bedeutung als Hinweis auf die Herkunft der Ware aus einem bestimmten Betriebe ganz allgemein verloren hat. Sie tritt nicht ein, solange auch nur ein nicht unerheblicher Teil der beteiligten Verkehrskreise, sei es der Verbraucher oder auch nur der Händler oder sonstiger mit der Herstellung und dem

Vertrieb gleicher oder ähnlicher Waren befaßter Personen, an der Bedeutung des Wortes als einer Herkunftsbezeichnung festhält (vgl. z. B. RGZ. 100, 184; 108, 12 = JW. 1924, 691; RGZ. 110, 341; 117, 413 = JW. 1928, 343¹¹ m. Anm.; JW. 1928, 2077⁵; 1929, 3063⁹). Da das BG. feststellt, daß sich eine allgemeine Verkehrsanschauung dahin, die Worte X. und Y. seien lediglich Sortenbezeichnungen, noch nicht gebildet habe, vielmehr nur als möglich annimmt, daß ein erheblicher Teil der Verbraucherschaft dieser Auffassung sei, so ist es nicht zu beanstanden, wenn es die Zeichen der Kl. als noch wirksam ansieht und ihnen den ihnen hiernach zukommenden Schutz zubilligt. Es ist auch rechtlich zutreffend, wenn es davon ausgeht, daß es nicht in jedem Falle einer zeichenmäßigen Benutzung des Warenzeichens durch einen anderen bedürfe, um den Inhaber des Zeichens in seinem Rechte zu beeinträchtigen. Dieser kann sich auch solcher Handlungen erwehren, die, ohne selbst in einer Verwendung des fremden Zeichens als Ursprungsbezeichnung zu bestehen, geeignet sind, seine Wirkung als Merkmal für die Unterscheidung der Waren seines Inhabers von denen anderer abzuschwächen. Der damit gegebene Eingriff in ein ihm zustehendes absolutes Recht begründet einen Anspruch des Zeichensinhabers auf Unterlassung sowohl nach § 1004 BGB., wie auch beim Vorliegen der hierfür erforderlichen weiteren Voraussetzungen einen solchen nach § 1 UmlWG.

Das BG. ist der Meinung, daß ein Hinweis darauf, daß ein eingetragenes Warenzeichen in der Entwicklung zum freien Warennamen begriffen sei, auch dann eine Gefährdung und Verletzung der Rechte des Zeichensinhabers bedeute, wenn er inhaltlich wahr sei. Dem ist beizutreten. Da ein Warenzeichen nur durch die Verkehrsübung seiner Kennzeichnungskraft verlustig gehen und zum freien Warennamen werden kann, muß jede Maßnahme seine Schutzwirkung beeinträchtigen, durch die die Auffassung des Verkehrs von dem bestimmungsgemäßen Zweck des Warenzeichens, als Unterscheidungsmerkmal für Waren bestimmter Herkunft zu dienen, abgelenkt und der Gedanke nahe gebracht wird, es könne ebenso lediglich als Bezeichnung für eine Ware bestimmter Art verwendet werden. Auch wenn in einem erheblichen Teile der beteiligten Verkehrskreise bereits die Anschauung Platz gegriffen haben sollte, das geschätzte Wort sei der Name der fraglichen Ware, so würde ein Hinweis hierauf das Warenzeichen insofern in seiner Wirkung schwächen, als dadurch diese Auffassung auch denen bekannt würde, die sie bis dahin nicht geteilt haben. Das hätte bei der ohnehin vorhandenen Neigung des Publikums, gerade bekannte, ihm häufig entgegnetende Marken als Warennamen zu verwenden, notwendig zur Folge, daß jene Auffassung immer weiter um sich griffe und der Verkehr sich mehr und mehr bereit fände, sie sich zu eigen zu machen. Das schließliche Ergebnis wäre, daß das Zeichen Gemeingut würde und seine Schutzwirkung völlig verlöre. Das BG. bezeichnet es mit Recht als mit den Anschauungen des ankündigenden Geschäftverkehrs nicht vereinbar, wenn ein Wettbewerber eine solche Entwicklung seines Vorteils wegen zu fördern sucht, indem er auf eine sich anbahnende, aber keineswegs abgeschlossene Umwandlung des Zeichens eines Mitbewerbers zum reinen Warennamen hinweist. Zweck eines solchen Vorgehens kann nur sein, einer weiteren Entkräftung des fremden Kennzeichnungsmittels Vorschub zu leisten und dadurch die Möglichkeit zu erhöhen, daß der Verkehr unter der ihm bekannten Bezeichnung an Stelle der Ware des Zeichensinhabers auch ein ihr gleiches oder ähnliches Erzeugnis anderen Ursprungs aufnehme. Kann dieses, wie im vorliegenden Falle, nur ein solches des auf die Umwandlung des fremden Zeichens hinweisenden Wettbewerbers sein, so gewinnt dieser an Boden, ohne hierzu durch seine eigene Leistung Veranlassung gegeben zu haben. Er verdankt seinen Vorteil lediglich den Bemühungen seines Mitbewerbers, dessen geschäftliche Erfolge er sich zunutze macht, wenn es ihm gelingt, die Geltung, die dessen Waren unter der fremden Marke erlangt haben, seinen eigenen Erzeugnissen zukommen zu lassen. An der Sittenwidrigkeit eines solchen Vorgehens wird dadurch nichts geändert, daß der Hinweis auf die Entwicklung des fremden Zeichens zum freien Warennamen der Wahrheit entspricht. Wie eine ver-

gleichende Werbung nicht schon deshalb zulässig wird, weil sie wahr ist, steht auch der wahrheitsgemäße Hinweis auf eine derartige Umwandlung außerhalb der Mittel, mit denen ein Wettbewerber nach den Grundfäden des lautereren Geschäftsverkehrs auf das Publikum einwirken darf.

Erblickt deshalb das BG. in dem Verhalten der Bekl. mit Recht einen Verstoß gegen § 1 UmlWG., so wäre dies auch dann nicht rechtsirrig, wenn seine Annahme, nur ein, wenn auch erheblicher Teil der Verbraucherschaft finde in den Bezeichnungen X. und Y. bereits Typenbezeichnungen, nicht zuträfe und hinter dem wirklichen Sachverhalt zurückbliebe. Soweit die Rev. geltend macht, nach dem Vorbringen der Bekl. kenne das verbrauchende Publikum in seiner Gesamtheit die Warenzeichen der Kl. überhaupt nur noch als Sachbezeichnungen für Federn von bestimmter Beschaffenheit, ist der damit verbundene Vorwurf eines Verfahrensmanagements nach § 286 ZPO. schon insofern unbegründet, als das BG. auch ohne Erhebung des insoweit angebotenen Beweises davon ausgehen konnte, daß jene Auffassung bei immerhin beachtlichen Teilen der Verbraucherschaft noch nicht vorherrsche. (Wird näher ausgeführt.)

Könnte deshalb das BG. ohne Rechtsverstoß davon ausgehen, daß nur ein, wenn auch erheblicher Teil der Verbraucherschaft die Worte X. und Y. als Sortenbezeichnungen ansehe, so kann der Rev. aber auch nicht zugegeben werden, daß das Verhalten der Bekl. eine Beurteilung in dem vom BG. ausgesprochenen Sinne nicht zuließe, wenn sich ergäbe, daß jene Auffassung von der breiten Masse der Verbraucher ganz allgemein geteilt werde und auch die Händlerschaft hiervon unterrichtet sei. Da, wie oben ausgeführt, die Umwandlung eines Warenzeichens zum reinen Warennamen nur eintritt, wenn es seine Bedeutung als Hinweis auf die Herkunft der Ware aus einem bestimmten Betriebe gänzlich eingebüßt hat und nur noch als Benennung einer bestimmt gearteten Ware angesehen wird, so würde es an dieser Voraussetzung selbst dann fehlen, wenn bei der Gesamtheit der Verbraucher der Gedanke an die Bedeutung des Warenzeichens als Herkunftsbezeichnung geschwunden und an seine Stelle die Auffassung getreten wäre, es handele sich um eine Beschaffenheitsangabe. Es blieben dann immer noch Personentreife übrig, auf deren Meinung es für die Frage der verkehrsüblichen Bedeutung des Zeichens ankäme. Hielten Händler oder auch nur Personen, die mit der Herstellung und dem Vertrieb einer gleichen oder ähnlichen Ware befaßt sind (vgl. RGZ. 117, 414 = JW. 1928, 343¹¹ m. Anm.), an der Bedeutung des Wortes als Herkunftsbezeichnung fest, so könnte von einer Verkehrsübung, auf Grund deren sich die Umwandlung des Warenzeichens zum freien Warennamen hätte vollziehen können, keine Rede sein. Es könnte immer wieder nur in Betracht kommen, daß sich eine solche Umbildung angebahnt habe, und der Hinweis hierauf wäre nicht weniger zu beanstanden, wenn nicht nur ein Teil, sondern die Gesamtheit der Verbraucherschaft das Zeichen nur noch als Warennamen ansähe. Denn auch in solchem Falle bliebe Raum für eine Beeinflussung derer, die nicht dieser Meinung sind. Daß aber zum mindesten weite Kreise der Händler auch heute noch wissen, daß die Worte X. und Y. warenzeichenmäßige Bedeutung im Sinne einer Herkunftsangabe haben, wird offenbar auch von den Bekl. nicht ernstlich in Abrede gestellt.

Soweit es die Bekl. in ihren Veröffentlichungen als zulässig bezeichnen, daß der Händler dem Kunden Federn anderer Herkunft als den X.- oder Y.-Federn der Kl. gleichwertig vorlege, kann dies nach der Ansicht des BG. vom unbefangenen Leser nur dahin verstanden werden, daß die Fabrikate der Bekl., den X.- und Y.-Federn der Kl. an Güte und Preiswürdigkeit gleich seien. Es findet in dem Hinweis der Bekl. auf die Gleichwertigkeit der Federn keinen Anhalt dafür, daß ihn der Leser nur mit deren Gebrauchszweck in Verbindung bringe. Diese im wesentlichen auf tatsächlichem Gebiete liegende Auffassung des BG. läßt einen Verstoß gegen Auslegungsgrundsätze nicht erkennen und ist möglich. Geht man aber von ihr aus, so bedeutet der Hinweis auf die Zulässigkeit einer vergleichenden Heranziehung der Fabrikate der Kl. in der Tat die Empfehlung eines Werbemittels, das den

Anschauungen des lautereren Wettbewerbs zuwiderläuft. Wie der erf. Sen. in ständiger Rspr. ausgesprochen hat, ist es wettbewerbsfremd und sittenwidrig im Sinne des § 1 UnlWG., wenn ein Wettbewerber die eigene Leistung mit der des Mitbewerbers vergleicht, um sie als dieser gleichwertig hinzustellen und so am guten Rufe des fremden Erzeugnisses teilzunehmen. Er greift damit dem Urteil des Publikums vor und sucht diesem zur Erhöhung seiner Kaufbereitschaft eine Meinung aufzubringen, deren Richtigkeit es in der Regel nicht oder doch nicht sogleich nachprüfen kann. Wie ein solches Verfahren wettbewerbswidrig ist, wenn es gegenüber dem nicht fachkundigen Käufer angewandt wird, liegt ebenso eine Zuwiderhandlung gegen § 1 UnlWG. vor, wenn es der Wettbewerber seines Vorteils wegen dem über den Sachverhalt unterrichteten Händler zur Anwendung gegenüber der Kundschaft empfiehlt. Das Vorgehen der Besh. kann auch nicht, wie die Rev. meint, um deswillen statthaft sein, weil die Belehrung über die Zulässigkeit der Belieferung des Kunden nach seinen Wünschen zutreffend sei. Sie war es, selbst wenn sie die Bedienung eines Kunden im Auge hatte, der unter X. und Y. nur Sortenbezeichnungen sieht, nicht, soweit sie sich nicht auf den Gebrauchszweck der Federn beschränkte, sondern deren Gleichwertigkeit schlechtthin betonte.

(RG., II. ZivSen., U. v. 28. Mai 1938, II 13/38.) [Ba.]

Zivilprozessordnung

21. OLG. — § 3 ZPO. Streitwert bei unbefestigten, der Höhe nach in das Ermessen des Gerichtes gestellten Anträgen.

Der Kl. hat beantragt, den Besh. zu verurteilen, ein angemessenes Schmerzensgeld zu zahlen, dessen Höhe in das Ermessen des Gerichtes gestellt wird. Hierzu jagt er in der Klage, ein Schmerzensgeld von 3000 RM dürfte bei der Sachlage sehr bescheiden sein; er wolle aber die Bemessung der Höhe in das Ermessen des Gerichtes stellen. Das OLG. hat ein Schmerzensgeld von 500 RM zugebilligt und den Streitwert auf 3000 RM festgesetzt.

Die Beshw. des Besh., die eine Herabsetzung des Streitwerts auf 500 RM erstrebt, ist nicht begründet. Der unbefestigte Schmerzensgelddantrag kann nicht dahin gedeutet werden, daß sich der Kl. abschließend von vorneherein mit jedem vom OLG. bestimmten Betrag begnügen wolle, so daß insoweit für den Kl. jede Berufungsmöglichkeit ausscheiden würde. Gemäß § 3 ZPO. war daher zu ermitteln, was als wirkliche Forderung des Kl. zu gelten hat (vgl. auch RGZ. 140, 215 = JW. 1933, 1725¹¹). Mit Recht hat hier das OLG. aus der Klagebegründung den dort genannten Betrag von 3000 RM als den Betrag angenommen, den der Kl. beanspruchen wollte. Der Umstand, daß das OLG. dem Besh., obwohl es nur 1/6 dieses Schmerzensgeldes zugesprochen hat, unter Berufung auf § 92 Abs. 2 ZPO. die Kosten des gesamten Rechtsstreits aufgelegt hat, kann nicht Anlaß zu einer anderen Streitwertfestsetzung sein.

(OLG. Köln, 9. ZivSen., Beschl. v. 27. April 1938, 9 W 60/38.)

22. RG. — §§ 4, 9 ZPO.; § 10 DGBG. Streitwert für Berufung in Unterhaltsprozessen. Für den Begriff der „Rückstände“ ist maßgebend der Zeitpunkt der Klageerhebung, nicht die Zeit zwischen dem Beginn der Zahlungspflicht einerseits im Klagebegehren, andererseits im erstinstanzlichen Urteilspruch.

Es handelt sich um den Streitwert für die Berufung in Unterhaltsprozessen, in denen auch rückständige Beträge aus der Zeit vor Klageerhebung eingeklagt werden.

A. Die Streitfrage, ob zu dem Jahresbetrag (§ 9 ZPO., § 10 DGBG.) die Rückstände bis zur Klageerhebung oder die bis zur Berufungseinlegung hinzuzuzählen sind, bedarf hier keiner Erörterung (vgl. dazu RGZ. 114, 275; Entsch. des Senats bei G a e d e l e, „KostRspr.“ 1938 Nr. 560; R r a e m e r: JW. 1934, 3149 Anm.).

B. Das OLG. zählt zu dem Jahresbetrag nur die Rückstände zwischen dem zeitlichen Beginn der Zahlungspflicht einerseits aus dem Klagebegehren (ab 1. April 1937), andererseits aus dem Urteilspruch erster Instanz (ab 12. April 1937), Klagezustellung ist am 18. Dez. 1937 erfolgt.

Das steht in Widerspruch mit § 4 ZPO. Er stellt für den Jahresbetrag als maßgeblich nicht auf den Urteilspruch, sondern auf den Zeitpunkt der Erhebung der Klage, d. h. regelmäßig ihre Zustellung (§ 253 ZPO.) ab. Von diesem Zeitpunkt ab umfaßt der Jahresbetrag wertmäßig das Recht auf wiederkehrende

Leistungen. Für die Zeit vorher sind die begehrten Rückstände daneben besonders in Ansatz zu bringen.

Die — unrichtige — Auffassung des OLG. hätte zur Folge, daß der Wert für die Berufung stets niedriger wäre, als der der ersten Instanz, und zwar auch in Fällen, in denen das erstinstanzliche Urteil dem Klagebegehren voll entspräche und in vollem Umfang vom Besh. angegriffen wäre.

C. Hier ist also der Streitwert wie folgt festzusetzen: der Jahresbetrag: 12 mal 50 = 600 RM, die Rückstände vom 1. April bis 18. Dez. 1937: 9 mal 50 = 450 RM, zusammen 1050 RM.

(RG., 20. ZivSen., Beschl. v. 1. Juni 1938, 20 W 2431/38.)

23. RG. — § 5 ZPO.; § 11 DGBG. Hat das Prozeßgericht im Alimentenprozeß die Feststellungsklage (Zahlvaterschaft) neben der Zahlungsklage zugelassen, und einen besonderen Streitwert dafür festgesetzt, so sind für die Kostenberechnung die beiden Streitwerte des Feststellungs- und des Zahlungsantrages zusammenzurechnen.

Die auf außereheliche Beivohnung gestützte Klage war neben der Zahlung einer Unterhaltsrente auch auf die Feststellung gerichtet, daß der Besh. nach § 1717 BGB. als der Vater der Kl. gelte. Der Streitwert des Feststellungsantrages ist vom OLG. auf 500 RM festgesetzt worden. Die Beshw. der Reichskasse richtet sich dagegen, daß die dem ArmAnw. erstatteten Gebühren unter Zusammenrechnung der Streitwerte des Zahlungs- und des Feststellungsantrages bemessen wurden.

Die viel erörterte Streitfrage nach der Zulässigkeit und Bedeutung einer besonderen Feststellungsklage (sogenannte Zahlvaterschaft) neben der Unterhaltsklage gegen den außerehelichen Erzeuger kann in der Kosteninstanz nicht ausgetragen werden. Es ist hier insbes. nicht darüber zu entscheiden, ob bei Klagen dieser Art das Feststellungsinteresse immer und ohne weiteres gegeben sei, wie die Vorinst. mit einer verbreiteten Übung annimmt, oder ob nicht doch die Darlegung eines vermögensrechtlichen oder nicht vermögensrechtlichen Interesses an der alsbaldigen Feststellung neben dem Zahlungsansprüche im Einzelfalle gefordert werden muß (vgl. OLG. Raumburg: JW. 1936, 284⁷⁴). Vielmehr ist für die Kostenberechnung maßgebend, daß das Prozeßgericht die Feststellungs- neben der Zahlungsklage zugelassen, und ihren Streitwert festgesetzt hat.

Zu prüfen ist hier allein die Frage, ob die Streitwerte der beiden Klageanträge zusammengerechnet werden müssen oder nicht. Sie beantwortet sich von selbst nach der Vorschrift des § 5 ZPO. mit § 9 DGBG. im ersten Sinne. Für eine Anwendung der §§ 11 und 12 DGBG. ist weder unmittelbar noch entsprechend Raum. Daß mit der Feststellungsklage ein nicht vermögensrechtlicher Anspruch erhoben worden wäre, macht die Beshw. selbst nicht geltend. In Übereinstimmung mit der Rspr. des RG. (vgl. JW. 1937, 3041³³), durch welche die früheren, zum Teil abweichenden Entsch. der OLG. und OLG. als überholt gelten müssen, ist davon auszugehen, daß die Feststellung der blutmäßigen Abstammung nicht zu den Ansprüchen aus einem außerehelichen Beischlaf gehört, über die nach § 23 Nr. 2 OVG. im Amtsgerichtsprozeß entschieden werden kann, sondern daß es sich bei dieser um eine vor die OLG. gehörige Statusklage handelt. Der hier vorl. Rechtsstreit umfaßt dagegen nur die Ansprüche aus §§ 1708 bis 1716 BGB., wie § 1717 BGB. ausdrücklich vorschreibt, und wie auch das Prozeßgericht durch die Formel des B.U. unzweideutig klargestellt hat. Diese Ansprüche betreffen lediglich die Unterhaltsforderung des unehelichen Kindes gegen seinen Erzeuger, die Ansprüche der Mutter auf die Kosten der Entbindung und der ersten sechs Wochen Unterhalt nebst weiteren Aufwendungen aus Anlaß der Schwangerschaft und Entbindung, sowie die Sicherstellung, welche Mutter oder Vormund bereits vor der Geburt des Kindes für diese Kosten und den Unterhalt der ersten drei Monate verlangen können. Der Feststellungsantrag betrifft daher ebenso wie der Zahlungsantrag ausschließlich vermögensrechtliche, keine nichtvermögensrechtlichen Ansprüche. Damit fehlt jede Möglichkeit zur Anwendung des § 11 DGBG. Der eindeutige Wortlaut dieser Bestimmung schließt ihre Anwendung auf zwei vermögensrechtliche Ansprüche schlechtthin aus. Für eine entsprechende Anwendung ist abgesehen davon, daß sie den Sinn der Vorschrift in ihr Gegenteil verkehren würde, auch schon deswegen kein Raum, weil es sich um eine Ausnahmenvorschrift gegenüber dem allgemeinen Grundsatz des § 5 ZPO. handelt, der keinerlei ausdehnende Auslegung gegeben werden kann. Ebenso wenig kann hier auch § 12 DGBG. Anwendung finden, da keine der Voraussetzungen der Stufenklage des § 254 ZPO., auf welche allein § 12 DGBG. abstellt, gegeben ist.

(RG., 20. ZivSen., Beschl. v. 11. Juni 1938, 20 W 2584 und 2602/38.)

24. RG. — §§ 68, 74 Abs. 3 ZPO.; § 3 PrStaatshaftG. v. 1. Aug. 1909; § 839 BGB.; §§ 88 ff. ALR. II 10. Derjenige, dem gegenüber ein anderer einen Erbschaftsanspruch erheben zu können glaubt, kann sich diesem gegenüber verpflichten, das in einem Vorprozess ergehende Urteil nach Maßgabe der §§ 74 Abs. 3, 68 ZPO. gegen sich gelten zu lassen, ohne daß ihm der Streit verkündet ist. — Nichtvorliegen einer Amtspflichtverletzung.

Zutreffend geht das RG. davon aus, daß die Haftung des Bfkl. (eines Justizinsp. und Kalkulators) sich nach § 3 PrGes. über die Haftung des Staates und anderer Verbände für Amtspflichtverletzungen von Beamten bei Ausübung der öffentlichen Gewalt v. 1. Aug. 1909 richtet mit der Maßgabe, daß an die Stelle des preussischen Staates das Reich getreten ist.

Voraussetzung der Haftung des Bfkl. ist somit, daß das Reich der Witwe K. deshalb hat Schadensersatz leisten müssen, weil der Bfkl. schuldhaft eine ihm der Frau K. gegenüber obliegende Amtspflicht verletzt hat (§ 839 BGB.).

Zunächst erhebt sich die Frage, ob das Verschulden des Bfkl. im vorgedachten Sinne in diesem Rechtsstreit noch in Frage gestellt werden kann, nachdem es in dem rechtskräftigen Urteil des Vorprozesses zwischen der Frau K. und dem Reich festgestellt worden ist. Die Meinung des Bfkl., es handele sich hierbei nur um eine Hilferwägung des BG., die den tragenden Grund der Entscheidung nicht bilde, geht fehl. Das BG. hat vielmehr die Haftung des Reiches aus einer schuldhaften Amtspflichtverletzung sowohl des Justizsekr. P. als auch des Bfkl. hergeleitet. Da der Bfkl. dem früheren Rechtsstreit nicht beigetreten, ihm auch nicht der Streit verkündet war, so kommt eine unmittelbare Anwendung der Vorschriften der §§ 68, 74 Abs. 3 ZPO. nicht in Betracht. Der Kl. vertritt aber den Standpunkt, der Bfkl. müsse sich, weil er auf Streitverkündung verzichtet habe, so behandeln lassen, als sei ihm der Streit wirksam verkündet, er müsse also die im § 74 Abs. 3 a. a. O. ausgesprochene Folge einer wirksamen Streitverkündung auf Grund des mit dem Kl. vereinbarten vertraglichen Verzichts gegen sich gelten lassen.

Unmittelbare prozessrechtliche Wirkungen können zwar regelmäßig durch einen Vertrag nicht hervorgerufen werden, da das Prozeßrecht im allgemeinen der Privatwillkür entzogen ist. Allein es ist möglich, sich durch Vertrag schuldrechtlich zu einem Verhalten zu verpflichten, das der Wirkung eines prozessualen Aktes entspricht (vgl. RGZ. 102, 217 = JW. 1921, 1244). So kann auch derjenige, demgegenüber ein anderer einen Erbschaftsanspruch erheben zu können glaubt, sich diesem gegenüber verpflichten, das in einem Vorprozesse ergehende Urteil nach Maßgabe der §§ 74 Abs. 3, 68 ZPO. gegen sich gelten zu lassen, ohne daß ihm der Streit verkündet ist. Ob einer vertraglichen Vereinbarung diese Bedeutung zukommt, ist nach allgemeinen Auslegungsregeln zu ermitteln. Im gegebenen Falle hat der Bfkl. erklärt, auf Streitverkündung zu verzichten. Diese Erklärung ist nicht eindeutig. Denn an sich kann man nur verzichten auf eine Befugnis, die man selbst ausüben kann. Hier stand aber die Befugnis der Streitverkündung dem Kl. zu. Allerdings ist im Sinne der Wirkung des § 74 Abs. 3 ZPO. die Streitverkündung nicht so sehr als eine Befugnis, sondern vielmehr als eine notwendige Voraussetzung anzusehen. Die einfache Erklärung desjenigen, dem ein Regressanspruch in Aussicht gestellt wird, daß er auf Streitverkündung verzichte, kann aber nicht ohne weiteres als eine Willenserklärung dahin aufgefaßt werden, sich ohne förmliche Streitverkündung i. S. des § 74 Abs. 3 ZPO. so behandeln zu lassen, als sei eine wirksame Streitverkündung erfolgt, dies namentlich dann nicht, wenn eine Belehrung des juristisch nicht gebildeten Erklärenden über den Inhalt der vorgedachten Bestimmung nicht erfolgt ist. Dazu kommt weiter im vorl. Fall, daß der Bfkl. bei Abgabe seiner Erklärung einen Erbschaftsanspruch ausdrücklich abgelehnt hat, sich nach der Feststellung des RG. über die maßgebenden Vorschriften der ZPO. keineswegs im Klaren war und sich bei dem Verzicht auf Streitverkündung von dem Gedanken hat leiten lassen, daß er durch seinen Beitritt dem Kl. nicht helfen könne. Bei dieser Sachlage kann es dahingestellt bleiben, in welchem Sinne der Vertreter des Kl., der den Bfkl. zu jener Erklärung aufgefordert hat, diese

verstanden hat. Jedenfalls hat nach der Feststellung des RG. der Bfkl. mit seiner Erklärung nicht den Sinn verbunden, daß er das Urteil des Vorprozesses ohne Streitverkündung gegen sich gelten lassen wolle. Nach den gesamten Umständen kann auch nicht gesagt werden, daß der Bfkl. die nicht eindeutige Erklärung nach Treu und Glauben in dem von dem Kl. jetzt vertretenen Sinne gegen sich gelten lassen müsse. Es liegt daher zum mindesten Dissens vor. Infolgedessen ist der Bfkl. nicht gehindert, in diesem Rechtsstreit den Tatbestand einer schuldhaften Amtspflichtverletzung seinerseits zu bestreiten. Bei dieser Rechtslage kommt es darauf, ob der Bfkl. sich in dem Vorprozesse nicht wirksam hätte verteidigen können, ohne mit dem Vorbringen des jetzigen Kl. in Widerspruch zu geraten, nicht an. Ebensovienig bedarf es einer Erörterung darüber, ob sich der Kl. bei der Einholung der Verzichtserklärung des Bfkl. oder bei der Führung des Vorprozesses einer Verletzung der Fürsorgepflicht schuldig gemacht hat.

Bei der Prüfung der Frage, ob dem Bfkl. eine schuldhafte Amtspflichtverletzung zur Last zu legen ist, hat das RG. in Übereinstimmung mit dem BG. verneint, daß für den Bfkl. eine Amtspflicht bestanden habe, das für ihn eingerichtete Fach vor dem Versteigerungstermin daraufhin nachzusehen, ob in ihm noch ein für den Termin bestimmtes Schriftstück liege. Die beiden Vorberurteile gehen zutreffend davon aus, daß nach § 11 GeschäftsD. für die Geschäftsstellen der ordentlichen Gerichte v. 21. Nov. 1931 (JWBl. 372) die Vorlegung der für den Termin bestimmten Akten nebst allen dazu gehörigen Eingängen dem Beamten der Geschäftsstelle, dem Zeugen P., oblag, daß es daher dessen Amtspflicht war, das Fach des Registrators nach etwa noch dort befindlichen, für den Termin bestimmten Stücken nachzusehen. Ob darüber hinaus doch auch für den Bfkl. eine solche Amtspflicht bestand, mag dahinstehen. Jedenfalls ist diese Frage, da es an einer ausdrücklichen Regelung mangelt, so zweifelhaft, daß, zumal beide Vorinstanzen das Verhalten des Bfkl. als objektiv richtig beurteilt haben, ein Verschulden des Bfkl. zu verneinen ist. Dies selbst dann, wenn, wie die Rev. des Kl. meint, die Bestimmungen der §§ 88 ff. ALR. II 10 bei der Anwendung des PrBeamthafstpsG. v. 1. Aug. 1909 überhaupt in Betracht kommen sollten.

(RG., V. ZivSen., U. v. 19. Mai 1938, V 41/38.)

[Ba.]

*

25. RG. — § 91 ZPO. Ermittlungskosten einer Detektei über die Glaubwürdigkeit von Zeugen der Gegenpartei können sich als erstatungsfähige Rechtsstreitkosten darstellen. Ihre Höhe hat sich im Verhältnis zu den wirtschaftlichen Verhältnissen der Parteien in vernünftigen Grenzen zu halten.

A. Die Bfkl. begehrt die Festsetzung von Kosten, die sie durch die Inanspruchnahme von Auskunfteien über Vorleben und Vorstrafen von Zeugen des Kl. im Ehecheidungsprozess gehabt hat.

Bisher hat der Senat nur Fälle zu entscheiden gehabt, bei denen Detektibskosten für die Überwachung und Beobachtung des anderen Ehegatten zur Festsetzung angemeldet waren. Insofern hat der Senat grundsätzlich anerkannt, daß solche Kosten sich als Hilfsmaßnahmen zur Durchführung des Prozesses und demnach als Rechtsstreitkosten i. S. des § 91 ZPO. darstellen können (Entsch. v. 26. Okt. 1935 bei Gaedele, „Kostspr.“ 1938 Nr. 453; zustimmend Kubisch in Anm. JW. 1936, 281).

Der Senat hat keine Bedenken, diesen Grundgedanken auch auf Kosten auszudehnen, die durch Ermittlungen über den Zeugen entstehen, die von der Gegenpartei benannt sind, übernommen werden sollen, oder bereits der Partei ungünstig ausgesagt haben, um deren Unglaubwürdigkeit darzutun oder den Beweiswert ihrer Aussagen zu erschüttern. Auch solche Maßnahmen dienen der erfolgreichen Durchführung des Rechtsstreits.

Eine andere Frage ist die, ob solche Rechtsstreitkosten (§ 91 ZPO.) zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung auch notwendig waren.

Es handelt sich hier um die Zeugen G. und R., die der Kl. für Ehebruch bzw. ehewidriges Verhalten der Bfkl. benannt hatte und deren Glaubwürdigkeit die Bfkl. nachdrücklich angegriffen hatte. Schon hiernach erscheint es zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendig, daß die Bfkl. sich das erforderliche Material beschaffte, um die Glaubwürdigkeit dieser Zeugen zu erschüttern. Mit diesem Versuche hat sie auch vollen Erfolg gehabt. BG. und RG. haben den Aussagen beider Zeugen, die durchaus gegen die Bfkl. lauteten, wegen ihrer Unglaubwürdigkeit jeden Beweiswert abgesprochen. Insofern kann auf die Entgeltungs-

gründe beider Urteile Bezug genommen werden, die sich auf das von der Bfkl. beigebrachte Material stützen. Gerade aus dem Berufungsverfahren ergibt sich zweifelsfrei, daß das Gericht den Anträgen der Bfkl. gegen den Zeugen und seine Glaubwürdigkeit bis ins einzelne nachgegangen ist (wird ausgeführt).

Die Ermittlungen der Bfkl. gegen die Zeugen waren somit nicht nur notwendig, sondern sind auch vom Gericht in weitestem Maße berücksichtigt worden; der Erfolg war die Ausschaltung der Aussagen beider Zeugen.

Zur Höhe der von der Bfkl. mit noch 4075,80 *R.M.* angemeldeten Ermittlungskosten ist folgendes zu bemerken:

Schon aus der Menge des beigebrachten Materials, wie sie aus den schriftlichen Ausführungen ersichtlich ist, ergibt sich der recht erhebliche Umfang der Ermittlungen. Für den Zeugen *K.* mag noch besonders darauf verwiesen werden, daß die Bfkl. die Langwierigkeit und Schwierigkeit der Ermittlungen wiederholt schon im Prozeß betont und auch der *KL.* selbst diese Ermittlungen und das Material erwähnt hat.

Es ist also ohne weiteres ersichtlich, daß die umfangreichen Ermittlungen auch beträchtliche Kosten der Bfkl. verursacht haben. Zu diesen außergewöhnlich hohen Beträgen fehlt es indes einzuwirken an hinreichender Einzelbarlegung, insbes. über den Inhalt der Tätigkeit jener Stellen und die Zeit, die dafür aufgewendet worden ist. Darüber wird *LG.* noch Erhebungen anzustellen haben. Wegweisend sei darauf hingewiesen, daß die aufgewendeten Kosten nicht außer jedem Verhältnis zu den Einkommens- und Vermögenlagen der Parteien stehen dürfen, sondern sich in vernünftigen Grenzen halten müssen. Auch insoweit wird *LG.* erforderlichenfalls Ermittlungen vorzunehmen haben.

(*RG.*, 20. ZivSen., Beschl. v. 11. Juni 1938, 20 W 2370/38.)

*

26. *RG.* — § 91 ZPO.; § 51 Abs. 5 PatG. Patentingenieure stehen hinsichtlich der Erstattungsfähigkeit ihrer Kosten den Patentanwälten nicht gleich. Vielmehr ist die Zweckmäßigkeit ihrer Hinzuziehung und die Höhe ihrer Kosten nach § 91 ZPO. jeweils zu prüfen.

Der *UrV.* hat es abgelehnt, die mit 316,50 *R.M.* in Anspruch gebrachten Kosten des von der Bfkl. zu ihrer Unterfütterung herangezogenen Patent- und Zivilingenieurs festzusetzen, da es sich nicht um eine Patentstreitfache handele. *LG.* hat auf Erinnerung der Bfkl. hin die Berücksichtigung eines Teils auch dieser Kosten mit der Begründung angeordnet, daß insoweit gemäß § 51 PatG. in Höhe einer Anwaltsgebühr die Kosten eines Patentanwalts erstattungsfähig gewesen wären, daß aber, wenn die Bfkl. einen Patentanwalt hinzuziehen durfte, in gleicher Höhe auch die Kosten eines im Besitz des Erlaubnissscheins nach §§ 56, 58 PatAnwG. befindlichen Patentingenieurs als erstattungsfähig angesehen werden müßten, da dessen Mitwirkung insoweit notwendig gewesen sei. Die gegen diesen Beschluß erhobene sofortige Beschwerde der *KL.* mußte Erfolg haben. Denn die vom *LG.* vertretene Auffassung, wonach der im Besitz eines Erlaubnissscheins befindliche Patentingenieur dem Patentanwalt i. S. der hier in Frage kommenden Vorschrift des § 51 Abs. 5 PatG. gleichzusetzen sei, ist rechtsirrig. § 51 Abs. 5 PatG. v. 5. Mai 1936 enthält eine Einschränkung der Bestimmung des § 91 ZPO. insoweit, als dieser die Erstattungsfähigkeit von Kosten von der Prüfung der Zweckmäßigkeit der Maßnahmen, so der Heranziehung eines Patentanwalts, abhängig macht. Eine solche Prüfung steht, soweit in Patentstreitigkeiten eine Partei sich der Dienste eines Patentanwalts bedient hat, dem Gericht nicht zu. Vielmehr sind die Kosten eines Patentanwalts bis zur Höhe einer Anwaltsgebühr (in jeder Instanz) dem obliegenden Teil ohne weiteres zu erstatten. Es ist aber ein Trugschluß, daraus, daß das Gesetz in Patentstreitigkeiten die Zuziehung eines Patentanwalts stets für zweckentsprechend erklärt, als weitere Rechtsfolge herzuleiten, daß derselbe Grundsatz auch für Patentingenieure Geltung habe (so auch bereits *Entsch.* des Sen. v. 23. Febr. 1938, 20 W 841/38). Denn damit würde die als gesetzliche Ausnahmevorschrift sich darstellende Bestimmung durch die *Rspr.* eigenmächtig auch auf eine andere Kategorie von Hilfspersonen der Parteien in Patentstreitigkeiten ausgebeugt werden, was einen unzulässigen, durch hinreichende sachliche Erwägungen auch nicht zu rechtfertigenden Einriss in die Gesetzgebung bedeuten würde. Mit Recht weist die *KL.* darauf hin, daß zur Zeit des Erlasses des erwähnten neuen PatG. v. 5. Mai 1936 es Patentingenieure bereits gegeben habe und daß, wenn das Gesetz diese in Hinsicht der Erstattungsfähigkeit der durch ihre Inanspruchnahme erwachsenen Kosten den Patentanwälten hätte gleichstellen wollen, es nicht nur von Patentanwälten gesprochen hätte. Es liegt auch nicht der geringste Anlaß vor, eine Ausnahme hiervon etwa für solche Patentingenieure zu machen, die im Besitz des Erlaubnissscheins gemäß §§ 56, 58 PatAnwG. sich befinden, da dieser Er-

laubnissschein keineswegs die Gleichstellung mit Patentanwälten in jeder Hinsicht bedeutet. Danach erscheint weder eine unmittelbare noch auch eine entsprechende Anwendung des § 51 Abs. 5 PatG. auf Patentingenieure zulässig.

Patentingenieure können daher i. S. der Kostenerstattungsbestimmungen im Gegensatz zu den Patentanwälten nicht anders als sonstige technische Berater, technische Sachverständige, behandelt werden, deren Inanspruchnahme also nach der allgemeinen Vorschrift des § 91 ZPO. zu beurteilen ist. Die Erforderlichkeit und demgemäß Erstattungsfähigkeit der einem Patentingenieur durch Heranziehung als Rechtsberater einer Partei im Rechtsstreit erwachsenen Kosten ist daher, wie der Senat für technische Berater allgemein in seiner grundsätzlichen *Entsch.* v. 12. Aug. 1933 (bei *Gaedeke*, „*KostRspr.*“ 1938 Nr. 475) anerkannt hat, von Fall zu Fall zu entscheiden, wobei über die Höhe der Gebühren das Gericht nach freiem pflichtmäßigem Ermessen entscheidet.

Es versteht sich von selbst, daß es i. S. der Bestimmung des § 51 Abs. 5 PatG. liegt, dabei die dort gezogenen Grenzen für Patentanwälte als die in jedem Falle zu wahrende oberste Grenze gelten zu lassen, da naturgemäß eine Besserstellung der Patentingenieure gegenüber den Patentanwälten dem Sinne der gesetzlichen Regelung widersprechen würde (so auch bereits *Entsch.* des Sen. v. 24. Febr. 1938, 20 W 1103/38). Insbes. kann dabei nicht etwa irgendeine Bindung durch die Sätze der *PatAnwGesD.* in Frage kommen (so bereits *Entsch.* des Sen. v. 28. Dez. 1935, 20 W 7229/35).

Hier ist nicht ersichtlich, inwiefern die Bfkl. zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung sich der Dienste eines Patentingenieurs bedienen mußte (wird ausgeführt).

(*RG.*, 20. ZivSen., Beschl. v. 17. Juni 1938, 20 W 2113/38.)

*

27. *RG.* — §§ 91, 104, 627 ZPO.; § 1387 BGB.

1. Entscheidungen des Prozeßgerichts im einstweiligen Verfügungsverfahren betr. die Anordnung von Prozeßkostenvorschüssen des Ehemannes an die Ehefrau binden für das spätere Kostenfestsetzungsverfahren nicht.

2. Vom Ehemann vorzuschußweise gezahlte Kostenbeträge sind bereits in der Kostenfestsetzung zu berücksichtigen.

Der Bfkl. hat gegenüber der Kostenfestsetzung für die *KL.* gerügt, daß sie sich hinsichtlich der Kosten überhaupt noch einen vollstreckbaren Titel beschaffe, da bereits durch zwei *EinstwVg.* gemäß § 627 ZPO., §§ 1360, 1361, 1387 BGB. ihm die Zahlung eines Prozeßkostenvorschusses von 285,80 *R.M.* und von 77 *R.M.* zu Händen des Prozeßbevollmächtigten der *KL.* aufgegeben worden sei, diese Vorschüsse auch geleistet worden seien. Im übrigen hat er sowohl die Korrespondenzgebühr als auch die Kosten für die Vertretung im auswärtigen Beweisstermin, bei welchem die Vernehmung der *KL.* als Partei erfolgt ist, als nicht erstattungsfähig bemängelt.

Die *KL.* macht demgegenüber hinsichtlich der vorzuschußweise gezahlten Kosten von 285,60 *R.M.* geltend, daß sie daraufhin zusammen mit älteren Schuldtiteln Forderungen habe pfänden und sich überweisen lassen und die ersten Zahlungen demgemäß nicht auf die Prozeßkosten verrechnet habe. Den vorzuschußweisen Betrag von 77 *R.M.* kürzt sie von der Rechnung des Korrespondenz- und Beweisanzwalts.

LG. hat die Erinnerung zurückgewiesen, weil die Prozeßkostenvorschüsse bei der Kostenfestsetzung nicht berücksichtigt werden könnten und dem Bfkl. anheimgegeben werden müsse, in entsprechender Höhe gegen die von der *KL.* nunmehr geltend gemachte Kostenerstattungsforderung aufzurechnen.

Die hiergegen erhobene sofortige Beschwerde der Bfkl. ist begründet.

Der Senat hat bereits in seiner grundsätzlichen *Entsch.* v. 6. März 1935 (bei *Gaedeke*, „*KostRspr.*“ 1938 Nr. 419) im Gegensatz zu der vom *LG.* zum Ausdruck gebrachten Auffassung ausgesprochen, daß Zahlungen, insbes. Prozeßkostenvorschüsse des Ehemannes nach § 1387 BGB., die im Laufe des Rechtsstreits, sei es auch auf bestimmte Kosten der Gegenpartei, bereits geleistet worden sind, in voller Höhe von dem an sich als erstattungsfähig festzusetzenden Betrage abzuziehen sind, und daß demgemäß nur der dann noch verbleibende Restbetrag als erstattungsfähig festzusetzen ist. Der vorzuschußpflichtige, den Vorschuß zahlende Ehemann kann folglich nicht darauf verwiesen werden, zunächst die gesamten Kosten ungekürzt gegen sich festsetzen zu lassen und dann erst gegen den festgesetzten Betrag mit seinem etwaigen Rückforderungsanspruch aufzurechnen. Es versteht sich auch von selbst, daß, wenn die vorzuschußberechtigte Partei einen solchen ausdrücklich als Vorschuß auf die Prozeßkosten erforderten und gezahlten Betrag auf anderweitige Forderungen verrechnet hat, eine derartige Verrechnungsart die rechtliche Beziehung des Vorschusses als zur Tilgung der Prozeßkosten gegeben nicht ändert und daß deshalb gleichwohl

der anderweit verrechnete Betrag für das Kostenfestsetzungsverfahren als auf die festzusetzenden Kosten bereits gezahlt zu behandeln ist.

Schon insoweit konnte also die bisherige Kostenfestsetzung nicht aufrechterhalten werden.

Was im einzelnen die Erstattungsfähigkeit der angelegten Kosten anlangt, so ist die Verkehrsgebühr aus § 44 ABGebD. nicht zu beanstanden. Mindestens seit Stellung des Mitschuld-antrages war für die Kl. eine derartige Prozeßlage geschaffen worden, daß die Inanspruchnahme der Hilfe eines Verkehrs-anwalts zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig war. Die Position: Korrespondenzgebühr in Höhe von 75 RM nebst Umsatzsteuer ist daher gerechtfertigt. Diese Beurteilung kann auch nicht dadurch beeinträchtigt werden, daß der Antrag der Kl., ihr bereits im Wege der EinstwVfg. vorzuschußweise einen entsprechenden Betrag zu bewilligen, vom Prozeßgericht abgelehnt worden ist mit der Begründung, daß bei der sehr einfachen Rechtslage es eines Korrespondenzanwalts nicht bedürfe. Ganz abgesehen von der erst später eingetretenen Änderung der Prozeßlage bindet auch die anlässlich der Entsch. über den Antrag auf EinstwVfg. getroffene Beurteilung durch das Prozeßgericht für das Kostenfestsetzungsverfahren in keiner Weise und ermöglicht unabhängig davon die freie Beurteilung durch den UrV. und die übergeordneten Instanzen so, als ob eine anderweitige Stellungnahme noch nicht vorläge.

Nicht erstattungsfähig erscheint dagegen die Position für Wahrnehmung des auswärtigen Beweisternins durch einen dortigen Substituten, eben den Korrespondenzanwalt. Hier muß vielmehr dem Bekl. darin beigetreten werden, daß die Vertretung der Kl. in einem Beweisaufnahmeternin, in welchem es sich nur um ihre eigene Vernehmung als Partei handelte, nicht als zweckentsprechende Maßnahme angesehen werden kann. Die hierfür in Ansatz gebrachten Kosten sind daher nicht erstattungsfähig.

Auch hier wiederum wird die freie Beurteilung zu dieser Position in keiner Weise dadurch eingengt, daß das Prozeßgericht auf entsprechenden Antrag hin durch die zweite EinstwVfg. der Kl. bereits einen Prozeßkostenvorschuß in Höhe von 77 RM für die Vertretung durch Kl. P. zugesprochen und der Bekl. demgemäß Vorschuß geleistet hat.

Für die Beurteilung ist ferner unerheblich, daß die Kl. nunmehr auf die Erinnerung hin den Kostenfestsetzungsantrag um diesen Betrag ermäßigt hat. Damit kann sie nicht erreichen, daß die Kostenposition für die Vertretung im Beweisaufnahmeternin der Prüfung im Kostenfestsetzungsverfahren entzogen und daß so ohne die Möglichkeit einer entsprechenden Nachprüfung der Bekl. mit den diesbezüglichen Kosten belastet wird. Diese Belastung rechtfertigt sich insbes. nicht aus der Vorschubanordnung des Prozeßgerichts, die ihrem Zweck und Wesen nach nur eine vorläufige Anordnung zur Ermöglichung der Prozeßführung durch die Ehefrau darstellt, im allgemeinen zwar von vornherein ersichtlich nicht zweckentsprechende Maßnahmen nicht mitberücksichtigen wird, andererseits aber nicht ausschließt, daß bei der Prüfung in dem dazu allein zuständigen Kostenfestsetzungsverfahren eine solche vom Prozeßgericht anerkannte Maßnahme bei der Gesamtbeurteilung schließlich doch als nicht notwendig beurteilt wird. So hat denn auch der Senat bereits in der oben angezogenen Entsch. vom 6. März 1935 grundsätzlich für unstatthaft erklärt, daß eine Verrechnung der geleisteten Kostenvorschüsse auf nicht erstattungsfähige Kostenteile vorgenommen wird und daß die die Festsetzung beantragende Partei praktisch auf diese Weise die Höhe der erstattungsfähigen Kosten in ihrem Sinne beeinflusst.

Daraus ergibt sich für die jetzige Kostenfestsetzung die Notwendigkeit, zunächst einmal die Kosten unter Absetzung der nicht erstattungsfähigen Positionen zu berechnen, den so gewonnenen, an sich erstattungsfähigen Betrag um den Betrag der gesamten vorzuschußweise bezahlten Kosten zu ermäßigen und nur den danach sich ergebenden Endsaldo gegen den Bekl. festzusetzen.

Zu diesem Zweck war die Sache unter Aufhebung der bisher getroffenen Entsch. an den UrV. der Geschäftsstelle des LG. zurücküberweisen.

(RG., 20. Zivilsen., Beschl. v. 29. Juni 1938, 20 W 2837/38.)

28. RG. — § 99 ZPO.

1. Erkennt der Bekl. den Klageanspruch an und beantragt der Kl. kein Anerkenntnisurteil, so ist eine Entsch. in der Hauptsache unzulässig; es ist vielmehr der Hauptanspruch für erledigt zu erklären.

2. Eine unzulässige Entsch. in der Hauptsache ist nicht mit der sofortigen Beschw., sondern mit der Berufung anfechtbar. †)

Der Kl. verlangte vom Bekl. Räumung des von diesem bewohnten Grundstücks. Der Bekl. erkannte den Hauptanspruch unter Verwahrung gegen die Kostenlast an. Das LG. verurteilte den

Bekl. zur Räumung. Auf die Berufung des Bekl. wurde das Urteil aufgehoben und die Sache zur anderweitigen Entsch. zurückverwiesen aus folgenden Gründen:

I. Nach § 99 ZPO. soll grundsätzlich die Anfechtung einer Entsch. der Kosten wegen allein nicht zulässig sein. Von diesem Grundsatze werden in den beiden folgenden Absätzen die Ausnahmen gemacht, daß eine Anfechtung einer Entsch. wegen der Kosten allein dann zulässig sein soll, wenn über die Hauptsache durch Anerkenntnisurteil entschieden worden ist oder wenn eine Entsch. in der Hauptsache überhaupt nicht ergangen ist. Aus diesen Bestimmungen folgt also, daß an sich immer die Möglichkeit vorhanden sein soll, eine Entsch. auch bzgl. der Kosten nachprüfen zu lassen, allerdings mit der Einschränkung, daß es im allgemeinen nur in Verbindung mit der Entsch. in der Hauptsache erfolgen kann.

Im vorl. Fall hat nun das LG. nach abgegebenem Anerkenntnis aus Gründen, die im einzelnen vom BG. nicht näher festgestellt zu werden brauchten, kein Anerkenntnisurteil erlassen, sondern ein streitiges Urteil abgegeben, durch welches der Bekl. gleichzeitig zur Tragung der Kosten verurteilt worden ist. Gegen ein derartiges Verfahren sind jedoch Bedenken zu erheben, wenn man sich die Folgen einer solchen Entsch. überlegt.

Geht man zunächst davon aus, daß, wie hier, der Bekl. zur Hauptsache und in die Kosten verurteilt worden ist, so ist ihm jedes Rechtsmittel gegen diese Entsch. genommen worden. Er kann zwar formell gegen diese Entsch. Berufung einlegen, hat aber keine Aussicht auf Erfolg, da es bzgl. der Hauptsache an einer Beschwer fehlt. Der Bekl. kann ja zur Hauptsache niemals beschwert sein, nachdem er durch sein Anerkenntnis zu verstehen gegeben hat, daß er die Berechtigung des Klageanspruches als solchen nicht leugnen kann.

Ebenso würde es aber auf der Seite des Kl. liegen, wenn etwa auf Grund eines Anerkenntnisses ein streitiges Urteil dahin ergangen ist, daß der Kl. in der Hauptsache obsiegt, ihm aber die Kosten des Rechtsstreits auferlegt werden. Auch dann kann er seinerseits die Entsch. nicht mit Erfolg anfechten, da er infolge seines Obsiegens in der Hauptsache nicht beschwert ist, er aber der Kosten wegen allein kein Rechtsmittel einlegen kann, weil eine Entsch. in der Hauptsache ergangen ist.

Angeht es nun, daß, wie eingangs ausgeführt worden ist, grundsätzlich die Möglichkeit vorhanden sein soll, eine Entsch. auch hinsichtlich der Kosten überprüfen zu lassen, vermag das BG. die vom LG. getroffene Entsch. nicht als richtig anzuerkennen. Die dargestellten Folgen zeigen vielmehr deutlich, daß die herrschende Lehre, wonach für den Fall, daß nach Abgabe eines Anerkenntnisses ein Antrag auf Erlass eines Anerkenntnisurteils nicht gestellt wird, der Hauptanspruch für erledigt zu erklären ist, die richtige ist, während die neuerdings von Baumbach vertretene Ansicht, daß ein streitiges Urteil ergehen müsse, zu Folgen führt, die mit dem Grundgedanken des Gesetzes nicht in Einklang zu bringen sind. Nicht die herrschende Auffassung reicht der Parteien „Steine statt Brot“, wie Baumbach schreibt, sondern gerade die Auffassung von Baumbach führt zu einem derartigen Ergebnis.

Durch diese Art der Entsch. ist aber in diesem Falle der Bekl. beschwert, weil ihm eben die Möglichkeit genommen worden ist, die Kostenentscheidung des LG. nachprüfen zu lassen. Die Nachprüfung wäre ihm aber möglich gewesen, wenn entweder das LG. das Anerkenntnisurteil erlassen hätte, oder wenn die Hauptsache für erledigt erklärt worden wäre. Im ersteren Falle hätte der Bekl. nach § 99 Abs. 2 ZPO. Berufung, im anderen Falle nach Abs. 3 Beschw. einlegen können.

II. Zur Nachprüfung des amtsgerichtlichen Urteils muß nach der äußeren Form der Entsch., die sich als regelrechtes Urteil über Hauptsache und Kosten darstellt, die Berufung gegeben sein. Will man aber von dem inneren Gehalt der Entsch. ausgehen, so ist sie als isolierte Kostenentscheidung anzusehen, nachdem zuvor der Hauptanspruch sich erledigt hatte. Unter diesen Voraussetzungen wäre aber die sofortige Beschw. das gegebene Rechtsmittel gewesen.

Das BG. ist der Auffassung, daß sich das Rechtsmittel in erster Linie danach zu richten hat, in welcher Form das LG. seine Entsch. abgegeben hat, es sei denn, daß in der Bezeichnung der Entsch. ein rein äußerliches Versehen, das die Parteien ohne Schwierigkeiten erkennen und selbst richtigstellen konnten, unterlaufen ist. Anders liegt es aber hier, wo erhebliche Zweifel bestehen können, ob nicht der Amtsrichter bewußt im Hinblick auf die Äußerung von Baumbach eine Entsch. zur Hauptsache hat ergehen lassen wollen. Welches der Wille des Amtsrichters aber gewesen ist, kann die Partei nicht feststellen, ebensowenig kann es etwa das BG. im Wege einer Beweiserhebung. Es ist daher in diesem Falle ohne weiteres zu rechtfertigen, wenn der Bekl. sich gegen die Entsch. des LG. mit dem Rechtsmittel gewandt hat,

das der äußeren Form der amtsgerichtlichen Entsch. entsprach. Das war aber in diesem Falle die Berufung.

(LG. Hamburg, Ur. v. 14. Dez. 1937, 7 S 197/37.)

Anmerkung: Daß der Vell. zur Hauptsache anerkennt, die Kostenfolge aber bestreitet, ist ein alltäglicher Vorgang. Das Ges. trägt ihm auch unmittelbar Rechnung. Die Kostenentscheidung kann dann selbständig gemäß § 99 Abs. 2 ZPO. angefochten werden.

Daß der Kl. auf ein Anerkenntnis des Vell. hin kein Anerkenntnisurteil beantragt, obwohl ihm ein solches sein Begehren alsbald verwirklicht, ist dagegen eine atypische Erscheinung. Leider gibt das obige Urteil weder im (nicht mit abgedruckten) Tatbestand noch in seinen Gründen an, warum der Kl. keinen Antrag auf Anerkenntnisurteil gestellt hat. In einem solchen Fall schlechtbin auszusprechen, die Hauptsache sei erledigt, geht nicht an, ebensowenig eine sonstige Folge als schlechtbin eintretend zu bezeichnen. Die ZPO. gestaltet Verfahrensabläufe als typische und rechnet daher in concreto mit ihnen auch als typischen. Das Atypische muß daher aufgelöst werden. Mit anderen Worten, das Gericht muß sich ein Bild machen (§ 139 ZPO.), warum der Kl. nicht den Antrag aus § 307 ZPO. stellt, sowie, ob nicht etwa das Anerkenntnis des Vell. sich in Wirklichkeit als etwas anderes darstellt, etwa als Geständnis oder Nichtbestreiten. Nach dem Ergebnis der Aufklärung und der Würdigung richtet sich dann das weitere.

Selbst unter der Voraussetzung, daß ein zulässiges und wirksames Anerkenntnis vorliegt, ist es nicht angängig, die Hauptsache für erledigt zu erklären, wenn der Kl. keinen Antrag auf Anerkenntnisurteil stellt. Denn das Anerkenntnis erzeugt selbst weder eine Beendigung des Prozesses noch Rechtskraft oder Vollstreckbarkeit. Auch die herrschende Meinung geht m. E. nicht in der Richtung, die das obige Urteil annimmt. Das bloße Unterlassen des Antrags auf Anerkenntnisurteil beendet jedenfalls das Verfahren nicht. RGWarn. 1908, 96 mag nicht ganz klar sein. Das später (1917) ergangene RGUr. RGZ. 90, 188 ff. = JW. 1917, 720 stellt dies auch von seiten des RG. klar. Der Antrag des Kl. auf Erlaß des Anerkenntnisurteiles braucht nicht unmittelbar auf das Anerkenntnis hin gestellt zu werden (vgl. RG. a. a. O.). Die antragsberechtignte Partei darf also auch späterhin zur Erlangung des Anerkenntnisurteiles neu laden. Dies zielt an sich auf ein Ruhen des Verfahrens bis zur Stellung des Antrags aus § 307 ZPO. Doch haben m. E. die Prozeßbescheinigung und die Prozeßförderungspllicht der Parteien, angebahnt durch die ZPNov. 24 und durchgeführt durch die ZPNov. 33, einen auch hier in Betracht kommenden Wandel geschaffen, der folgende Möglichkeit eröffnet.

Falls der Kl. trotz Vorliegens eines zulässigen und wirksamen Anerkenntnisses auch nicht vorsorglich den besonderen Prozeßantrag aus § 307 ZPO. stellt, so wird man diesem Unterlassen als Teilsummnis an Hand der §§ 334, 251 a ZPO. dahin begegnen können, daß im Wege der Altenlageentscheidung Anerkenntnisurteil erlassen wird, falls das Gericht die Überzeugung gewonnen hat, daß ein überwiegendes Interesse des Vell. an alsbaldiger Kostenentscheidung besteht. — Nebenbei: Aus welchem Grund § 307 einen besonderen Antrag nach abgegebenem Anerkenntnis verlangt, ist eigentlich nicht zu erkennen, um so weniger, als das Anerkenntnis doch schon im Hinblick auf seine Folge, das Anerkenntnisurteil, abgegeben wird. Kommentare und Rechtsprechung lassen sich hierüber, soweit ersichtlich, nicht aus. Die Begründetheit einer derartigen Regelung ist daher schon früher in Zweifel gezogen (vgl. die Nachweise bei *Son a s.*, § 307 Fußnote 42).

Nicht richtig ist es schließlich m. E. auch, wenn das LG. ausführt, der Vell. habe die Möglichkeit gehabt, die Kostenentscheidung dann gemäß § 99 Abs. 3 anzufechten, wenn das LG. vorliegendensfalls die Hauptsache für erledigt erklärt hätte. Diese Erledigungserklärung wäre in Wirklichkeit doch wieder eine echte Entsch. zur Hauptsache gewesen, weil dieser Erledigungsauspruch nicht auf übereinstimmender Erklärung der Parteien beruht hätte und weil das Anerkenntnis für sich allein den Prozeß noch nicht beendet. Ein solches Urteil wäre vielmehr auch nur als eines, das eine Entsch. zur Hauptsache mit enthält, gemäß der Regel des § 99 Abs. 1 anfechtbar gewesen. Man sieht also, daß der Weg, den das LG. für gangbar hält, um beim Anerkenntnis ohne Antrag auf Anerkenntnisurteil eine Prozeßbeendigung und eine selbständige Anfechtbarkeit der Kostenentscheidung herbeizuführen, nicht zum Ziele führt.

Dem zweiten Punkt des obigen Urteiles ist dagegen beizustimmen. Die Frage, mit welchem Rechtsmittel eine Entscheidung anzugreifen ist, richtet sich danach, wie sich die Entsch. äußerlich darstellt. Denn nur aus diesem objektiven Merkmal kann die Partei verlässlich entnehmen, was von ihrer Seite zu tun ist.

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

29. RG. — § 256 ZPO.; § 1717 BGB. Eine Klage des rechtskräftig zur Unterhaltszahlung verurteilten unehelichen Vaters auf Feststellung des Nichtbestehens der blutmäßigen Abstammung ist nur zulässig, wenn ein über die Unterhaltsfrage hinausgehendes ernsthaftes rechtliches Interesse darzulegen wird. Das Bestehen eines solchen weitergehenden rechtlichen Interesses ist bei einem unehelichen Vater, im Gegensatz zu dem Kinde, im allgemeinen nicht anzunehmen.

Der Kl., der rechtskräftig zur Zahlung einer Unterhaltsrente an den Vell. aus unehelicher Vaterschaft verurteilt ist, beabsichtigt, Klage auf Feststellung dahin zu erheben, daß er nicht der blutmäßige Vater des Vell. sei. Das LG. hat das Armenrechtsgesuch des Kl. für diese Feststellungsklage abgelehnt mit der Begründung, daß ein rechtliches Feststellungsinteresse nicht anzuerkennen sei. Die Beschw. des Kl. gegen diesen Beschluß ist nach § 127 ZPO. zulässig, sachlich jedoch nicht begründet.

Nach der Rpr. ist es zwar an sich möglich, gemäß §§ 644, 256 ZPO. Klage auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens der unehelichen Vaterschaft zu erheben. Insbes. ist in früheren Entsch. auch die Zulässigkeit einer negativen Feststellungsklage des unehelichen Vaters bejaht worden, der die Vaterschaft in einer öffentlichen Urkunde gemäß § 1718 BGB. anerkannt hatte (RGZ. 135, 222 = JW. 1932, 1353¹¹ und 2154¹²), oder der rechtskräftig zur Unterhaltszahlung verurteilt war (RG.: „Rundbr. des Deutschen Jugendarchivs“ 1927, 257), und zwar mit der Begründung, daß auch der uneheliche Vater über die Unterhaltsfrage hinaus ein rechtliches Interesse an der Klarstellung der Abstammung habe. Dieser Auffassung vermag sich der Senat jedenfalls für solche Fälle, in denen der Vater rechtskräftig zur Unterhaltszahlung verurteilt ist, in dieser Allgemeinheit nicht anzuschließen, da die überwiegende Vermutung dafür spricht, daß es dem unehelichen Vater in Wirklichkeit nur darauf ankommt, mit der Feststellungsklage die Folgen des Unterhaltsurteils abzuwenden.

Hierzu ist zunächst zu sagen, daß die Feststellungsklage nach ihrem prozessualen Zweck nicht dazu bestimmt ist, eine Handhabe zur Befestigung eines rechtskräftigen Urteils zu bieten. Rechtskräftige Urteile können, abgesehen von dem hier nicht in Betracht kommenden Falle der Abänderungsklage nach § 323 ZPO., nur im Wiederaufnahmeverfahren mit der Nichtigkeits- oder Restitutionsklage angefochten werden (§§ 578 ff. ZPO.). Daneben kommen in Ausnahmefällen die Vollstreckungsgegenklage nach § 767 ZPO. und die Schadenersatzklage aus § 826 BGB. in Betracht. Die Feststellungsklage ist regelmäßig auch nicht geeignet, eine Unterlage für die Erhebung einer dieser Klagen zu bieten. Insbes. würde der Kl. im Falle des günstigen Ausgangs der Feststellungsklage noch keine ausreichende Handhabe für eine Schadenersatzklage aus § 826 BGB. gewonnen haben. Wenn auch diese Schadenersatzklage nach der neueren Rpr. nicht mehr auf solche Fälle beschränkt ist, in denen der Berechtigte das Urteil erschlichen hat, so ist doch daran festgehalten worden, daß ein Verstoß gegen die guten Sitten nicht schon dann vorzuliegen braucht, wenn jemand von einem rechtskräftigen Urteil Gebrauch macht, das er selbst für unrichtig hält (vgl. RGZ. 155, 55 = JW. 1937, 2223; RGZ. 156, 265 = JW. 1938, 513²⁴ m. Anm.; vgl. auch die Anm. zu dem weitergehenden Beschluß des LG. Stendal: DJ. 1938, 383). Die Voraussetzungen für die Erhebung einer Klage aus § 826 BGB. werden jedenfalls dann nicht gegeben sein, wenn dem gesetzlichen Vertreter des Kindes die Tatsachen nicht bereits bekannt waren, die Kenntnis ihm vielmehr erst durch den Rechtsstreit vermittelt werden soll oder durch eine vorbereitende Feststellungsklage vermittelt worden ist, da die Zulassung einer Klage aus § 826 BGB. in Fällen dieser Art zu einer mit der Rechtsicherheit unvereinbaren hemmungslosen Nachprüfung rechtskräftiger Urteile führen würde. Soweit hiernach im Einzelfalle ausnahmsweise der Tatbestand des § 826 BGB. gegeben sein sollte, würde die Klage auf Feststellung der blutmäßigen Abstammung nur ein unnötiger Umweg zu der ohnehin erforderlichen eigentlichen Klage sein. Aus den gleichen Gründen ist die Feststellungsklage auch nicht der geeignete Weg, um etwa eine Unterlage für die Geltendmachung der Realoffeneinrede in einer Vollstreckungsgegenklage zu erlangen. Endlich würde die Feststellung des Nichtbestehens der blutmäßigen Abstammung auch nicht ohne weiteres eine Handhabe dafür bieten, die Zwangsvollstreckung aus dem rechtskräftigen Unterhaltsurteil auf Grund des Vollstreckungsbes. v. 13. Dez. 1934 abzuwehren, da die Vollstreckung eines rechtskräftigen Urteils mit Rücksicht auf die Bedeutung der Rechtskraft nicht schon dann als mißbräuchlich angesehen werden kann, wenn das Urteil sich nachträglich als nicht haltbar herausstellt (vgl. u. a. Beschl. des RG. v. 16. April 1935: JW. 1935, 2072). Allerdings ist nicht zu verkennen, daß es in einzelnen Fällen erwünscht sein kann, die Nichtigkeit eines Unterhaltsurteils mit den neuen Beweismitteln

der Blutgruppenuntersuchung oder der erbbiologischen Untersuchung nachzuprüfen. Die Lösung dieser Frage ist jedoch nicht durch die hierfür nicht bestimmte und nicht geeignete Feststellungsklage, sondern nur durch eine gesetzliche Änderung der Vorschriften über die Wiederaufnahme des Verfahrens möglich.

Eine negative Feststellungsklage des rechtskräftig zur Unterhaltszahlung verurteilten unehelichen Vaters kann daher nur dann als zulässig erachtet werden, wenn dargetan wird, daß der Kl. über die Unterhaltsfrage hinaus ein weiteres rechtliches Interesse an der Feststellung des Nichtbestehens der unehelichen Vaterschaft hat. Die naheliegende Begründung, daß der Ruf des Kl. durch den Vorwurf der unehelichen Vaterschaft beeinträchtigt werde, kann ein rechtliches Interesse an der Feststellung der Abstammung, jedenfalls in aller Regel, nicht rechtfertigen. Beachtlicher ist die Begründung, daß der uneheliche Vater mit Rücksicht auf den unser Volksleben beherrschenden Rasse- und Sippegedanken ein Interesse an der Feststellung der Abstammung habe. Indessen ist die Feststellung der Abstammung zunächst keine Rechtsfrage, sondern eine biologische Frage. Ein rechtliches Interesse an der Feststellung der Abstammung kann daher nur mit Rücksicht auf die aus der Abstammung sich ergebenden privaten und öffentlich-rechtlichen Rechtsbeziehungen anerkannt werden. Hierbei muß zwischen dem unehelichen Kinde und dem Vater unterschieden werden. Während die Abstammung für das Kind nach den heutigen Gesetzen eine über die Unterhaltsfrage hinausgehende erhebliche Bedeutung insbes. auch für seine staatsbürgerlichen Rechte und Pflichten und seine Stellung in der Volksgemeinschaft hat, erschöpft sich das rechtliche Interesse des unehelichen Vaters bei der jetzigen Gestaltung seiner Rechtsbeziehungen in der Regel in der Unterhaltspflicht. Es erscheint daher nicht angängig, die Gründe, aus denen das RG. die Zulässigkeit einer — vor dem LG. zu erhebenden — Statusklage auf Feststellung der blutmäßigen Abstammung für das Kind bejaht hat (vgl. RG.: JW. 1937, 3041; 1938, 245), entsprechend auch für den unehelichen Vater anzuerkennen. Richtig ist zwar, daß die Abstammung auch für den unehelichen Vater über die Unterhaltspflicht hinausgehende Rechtswirkungen haben kann (vgl. RGZ. 135, 222 = JW. 1932, 1353¹¹ und 2154¹²; J u n k e r: JW. 1938, 1224). Alle diese sonstigen Rechtswirkungen haben jedoch für den unehelichen Vater im Regelfalle nur eine theoretische Bedeutung. Das öffentliche Interesse an der Vermeidung unnötiger Prozesse gebietet es, die Zulassung der Feststellungsklage auf solche Fälle zu beschränken, in denen der Kl. ein wirkliches und ernsthaftes Rechtsschutzinteresse hat. Es kann insbes. nicht als zulässig erachtet werden, daß ein Kl. unter dem Vorwande eines über die Unterhaltsfrage hinausgehenden, in Wirklichkeit nur theoretischen rechtlichen Interesses eine Feststellungsklage erhebt, um auf diesem Umwege die Wiederaufrollung des rechtskräftig erledigten Unterhaltsprozesses zu erreichen.

Im vorl. Falle hat der Kl. ein über die Unterhaltsfrage hinausgehendes ernsthaftes rechtliches Interesse an der alsbaldigen Feststellung der Abstammung nicht dargelegt. Dem LG. ist daher darin beizutreten, daß die Feststellungsklage nicht zulässig ist.

(RG., 8. JibSen., Beschl. v. 24. Mai 1938, 8 W 2084/38.)

*

** 30. RG. — §§ 263, 274 ZPO.; § 18 EWG. Die Gerichtsbarkeit (facultas jurisdictionis) ist eine selbständige Prozeßvoraussetzung. Ist sie nicht vorhanden, so ist die Klage wegen Mangels der sachlichen oder der internationalen Zuständigkeit abzuweisen. — Zur Auslegung des Brüsseler Immunitätenabkommens. +)

Am 20. Mai 1937 sind in der Nordsee der Dampfer B. der Kl. und der Dampfer S., mit welchem die Bfkl. die Seeschiffahrt betreibt, zusammengestoßen. Der Dampfer B. ist schwer beschädigt worden und nach kurzer Zeit gesunken.

Die Bfkl. ist eine Aktiengesellschaft unter der Kontrolle eines ausländischen Staates (= AuslSt.), der zu den Vertragsstaaten i. S. des am 10. April 1926 unterzeichneten Internationalen Abkommens zur einheitlichen Feststellung von Regeln über die Immunität der Staatschiffe gehört. Der Dampfer S. steht nicht im Eigentum des AuslSt.; er ist im Schiffsregister einer in dem AuslSt. liegenden Hafenstadt als Schiff der Bfkl. eingetragen. Seine Besatzung ist von der Bfkl., nicht von dem AuslSt., angestellt worden.

Mit der Mitte Juni 1937 zugestellten Klage verlangte die Kl. wegen Haupttäter schuldhafter Navigierung der S. Duldung der Zwangsvollstreckung in diesen Dampfer wegen einer

Schadenserstatforderung von 500 000 RM nebst 5 % Zinsen seit dem 20. Mai 1937. Ferner hat die Kl. vor dem LG. einen „Hilfsantrag“ auf Zahlung dieser Beträge gestellt.

Die Bfkl. hat in erster Reihe geltend gemacht, das LG. Bremen sei sachlich und örtlich unzuständig. Maßgeblich sei das erwähnte Internationale Abkommen in Verbindung mit dem am 24. Mai 1934 unterzeichneten Zusatzprotokoll zu diesem Abkommen. Nach Art. 3 § 1 des Abkommens, Art. I des Zusatzprotokolls könnten Ansprüche gegen den Dampfer S. aus dem Zusammenstoß nur vor den Gerichten des AuslSt. erhoben werden. Der Dampfer S. sei von dem AuslSt. auf eine bestimmte Zeit zu ausschließlich staatlichen Diensten gechartert worden und werde nicht zu Handelszwecken verwendet.

Das LG. hat die abgesonderte Verhandlung über die von der Bfkl. erhobene „prozeßhindernde Einrede der sachlichen und örtlichen Unzuständigkeit des LG. Bremen“ angeordnet und durch Zwischenurteil die Einrede der Unzuständigkeit des LG. Bremen verworfen.

Dagegen hat die Bfkl. Berufung eingelegt mit dem Antrage, das Zwischenurteil aufzuheben und die Klage abzuweisen. Die Kl. hat Verwerfung der Berufung beantragt, die nach § 512 a ZPO. unzulässig sei. Sie hat auf Befragen erklärt, daß sie den „Hilfsantrag“ auf Zahlung nicht als „Eventualantrag“, sondern neben und gleichberechtigt mit dem Hauptantrage gestellt habe. Die Bfkl. hat hiergegen nichts eingewandt.

Das LG. hat die Berufung als unbegründet zurückgewiesen.

Dagegen richtet sich die Rev. der Bfkl., die beantragt, das BU. aufzuheben und nach ihren Anträgen in der BerInst. zu erkennen.

A. Die Zulässigkeit der Rev. hängt gemäß § 549 Abs. 2 ZPO. davon ab, ob sie darauf gestützt ist, daß das Gericht seine örtliche Zuständigkeit mit Unrecht angenommen habe. Dabei kommt es nicht auf die von der Revkl. oder in dem Urteil gebrauchten Worte, sondern auf den sachlichen Gehalt der von der Bfkl. erhobenen Einrede an. Diese geht dahin, daß eine individuelle Befreiung von der deutschen Gerichtsbarkeit gegeben sei, weil der Dampfer S. ein immunes Staatschiff sei, das zur Zeit des Zusammenstoßes Kohlen für den AuslSt. als Charterter befördert habe, dessen Verfügung und Kontrolle es unterstanden habe. Damit ist nicht eine internationale Unzuständigkeit, sondern eine auf der völkerrechtlichen Stellung des AuslSt. beruhende Exemption von der deutschen Gerichtsbarkeit geltend gemacht.

Zwar hat das RG. wiederholt entschieden, daß die Vorschriften der ZPO. über die örtliche Zuständigkeit die Gerichtsgewalt der deutschen Gerichte nicht nur im Verhältnis zueinander regeln, sondern zugleich mittelbar dem Ausland gegenüber die Grenze für die Ausübung der deutschen Gerichtsbarkeit ziehen und daß deshalb auch die Frage, ob diese überhaupt ausgeübt werden durfte, mit der Bejahung der örtlichen Zuständigkeit durch das LG. endgültig entschieden sei (RGWarn. 1915 Nr. 247; JW. 1926, 1337²; RGZ. 126, 199 = JW. 1930, 2209¹; LZ. 1930 Sp. 1502 Nr. 6; JW. 1936, 1291³; RGZ. 150, 268 = JW. 1936, 1371¹²). Allein in jenen Fällen handelte es sich immer darum, daß das LG. entschieden hatte, ob ein deutsches oder ein ausländisches Gericht (nach deutschem internationalen Prozeßrecht) örtlich zuständig war; diese Entscheidung wurde der Nachprüfung in den höheren Instanzen entzogen. Soweit in jenen Reichsgerichtsurteilen von Befreiung oder Verneinung der Gerichtsbarkeit die Rede ist, war, wie aus JW. 1936, 1291 deutlich hervorgeht, die internationale Zuständigkeit in dem hier beigelegten Sinne (anders: Me u n e r, Internationale Zuständigkeit, in den Beiträgen zum Zivilprozeß, Heft 6, S. 1 und 13) gemeint, nicht die völkerrechtliche Immunität. Daß diese beiden Begriffe sich nicht decken, wird klar durch die Erwägung, daß eine völkerrechtliche Befreiung von der einheimischen Gerichtsbarkeit selbst dann beachtet werden muß, wenn auch im Auslande keine Klagemöglichkeit besteht, der Kl. also rechtlos ist. So genießen insbes. ausländische Staaten (und Staatsoberhäupter) das Vorrecht der Exterritorialität selbst dann, wenn sie auch vor ihren eigenen Gerichten nicht belangt werden können. Wenn in Art. 3 § 1 Abs. 2 des Brüsseler Internationalen Immunitätenabkommens den Beteiligten das Recht eingeräumt

worden ist, ihre Ansprüche u. a. aus Schiffszusammenstößen bei den zuständigen Gerichten des Staates, dem das Schiff gehört oder der es verwendet, geltend zu machen, ohne daß dieser Staat sich auf seine Immunität berufen könnte, so wird auch dadurch an dem rechtlichen Charakter der schon auf älterem Völkerrecht beruhenden und durch das Internationale Abkommen nur näher geregelten Immunität der Staatschiffe als einer von internationaler Zuständigkeit grundsätzlich unabhängigen Befreiung von fremder Gerichtsbarkeit nichts geändert. Ebenso ordnet auch Pagenstecher (ZuslZntPrR. 1937, 344 oben) den Fall des § 18 GVG. (Exemption der ausländischen Diplomaten, Staaten und Staatsoberhäupter) nicht unter die internationale Zuständigkeit, sondern im Gegensatz dazu unter die fehlende facultas jurisdictionis (Gerichtsbarkeit) ein. Die Gründe, aus denen in RGZ. 154, 302 = JW. 1937, 1994²¹ (m. Anm.) der Satz abgeleitet worden ist, daß über die örtliche Zuständigkeit des Gerichts nicht mehr gestritten werden soll, wenn einmal die Zuständigkeit durch eine gerichtliche Entscheidung bejaht worden ist, auch der Gesichtspunkt einer Entlastung des RG. (RGZ. 93, 351) treten zurück hinter die Notwendigkeit, die die außenpolitischen Beziehungen des Deutschen Reiches berührenden Entscheidungen der LG. über die Befreiungen fremder Staaten und ihrer Schiffe von der inländischen Gerichtsbarkeit einer Nachprüfung im Instanzenzuge zugänglich zu machen und damit zugleich auf diesem völkerrechtlich wichtigen Gebiete eine einheitliche Rpr. herbeizuführen. Diese Notwendigkeit besteht auch und gerade dann, wenn Sachurteile, die trotz mangelnder facultas jurisdictionis ergehen, als nichtig anzusehen sind (vgl. Pagenstecher: JW. 1931, 2516 Anm. zu Nr. 4).

Hat somit das LG. nicht über seine örtliche Zuständigkeit, sondern über die Frage der Immunität des Dampfers S. entschieden, so ergibt sich nicht nur die Zulässigkeit der Rev., sondern es greifen auch gegen die Zulässigkeit der Berufung Bedenken aus § 512 a ZPO. nicht durch. Solche Bedenken können aber noch daraus hergeleitet werden, daß nach den §§ 275, 303 ZPO. ein Zwischenurteil nur dann selbständig anfechtbar ist, wenn es eine prozesshindernde Einrede verwirft, nicht wenn es einen sonstigen Zwischenstreit entscheidet.

Mit der Rechtsnatur der völkerrechtlichen Befreiung außerdeutscher Staaten von der inländischen Gerichtsbarkeit hat sich der erf. Sen. schon in seinem Ur. v. 4. Juni 1930, I 39/30 (JW. 1931, 150) beschäftigt. Auch dort ist eine Einordnung unter die örtliche Unzuständigkeit, ferner unter die Unzulässigkeit des Rechtswegs abgelehnt worden. Angenommen wurde, daß die Exemption die sachliche Zuständigkeit des angerufenen Gerichts betreffe. Wenn in jenem Zusammenhange ausgeführt wurde, daß die deutschen Gerichte sich der Entscheidung enthalten müßten, weil nach Völkerrecht nicht sie, sondern die bürgerlichen Gerichte des Heimatstaates sachlich zuständig seien, so kann diese Begründung nach dem oben Dargelegten nicht aufrechterhalten werden. Weiter kann aber auch daran nicht festgehalten werden, daß die völkerrechtliche Befreiung eines ausländischen Staates von der deutschen Gerichtsbarkeit einen Fall der sachlichen Unzuständigkeit bilde. Vielmehr ist mit Pagenstecher (ZuslZntPrR. 1937, 339 ff.) die facultas jurisdictionis als eine selbständige Prozeßvoraussetzung anzusehen. Hat hiernach das LG. allerdings nicht über eine der in § 274 ZPO. aufgezählten prozesshindernden Einreden, insbes. nicht über diejenige des Abs. 2 Nr. 1, entschieden, so ist Pagenstecher weiter aber auch darin (a. a. O. S. 358) beizutreten, daß ein bringendes praktisches Bedürfnis besteht, den § 275 ZPO. auf den Einwand der individuellen völkerrechtlichen Befreiung von der inländischen Gerichtsbarkeit entsprechend anzuwenden. Sonach ergibt sich die selbständige Anfechtbarkeit des Zwischenurteils und damit die Zulässigkeit der Berufung.

Da nach dem Dargelegten die Immunität eines ausländischen Staatschiffes weder unter die örtliche noch unter die sachliche Unzuständigkeit des deutschen Prozeßgerichts fällt, scheidet der weitere prozessuale Gesichtspunkt des § 263 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. schon aus diesem Grunde aus. Es kommt aber darauf, daß das einschlägige Brüsseler Abkommen und das Zusatzprotokoll für den AuslSt. erst nach Erhebung der vorl. Klage in Kraft getreten sind (RGBl. 1937, II, 121), auch deshalb nicht

an, weil die Wirksamkeit „für das Deutsche Reich“ schon am 8. Jan. 1937 eingetreten war (RGBl. 1936, II, 303). Aus Art. 6 Abs. 1 des Abkommens ergibt sich, daß jeder Vertragsstaat das Recht hat, es Nichtvertragsstaaten nicht zugute kommen zu lassen. Von diesem Rechte hat das Deutsche Reich aber keinen Gebrauch gemacht. Also hatten die deutschen Gerichte schon seit dem 8. Jan. 1937 das Abkommen auch zugunsten derjenigen Staaten anzuwenden, die es noch nicht ratifiziert, ja nicht einmal unterzeichnet hatten (ebenso Farsleben: Hansa 1927, 1119 a. E.).

B. Sind somit die bisher erörterten prozessualen Bedenken überwunden, so war als Kern des Streites zu prüfen, ob der Klage der von der Bekl. erhobene Einwand der völkerrechtlichen Immunität entgegensteht. Dabei müssen beide Klageanträge behandelt werden.

Auch die Rev. behauptet nicht, daß das ältere Völkerrecht einer in die Rechtsform einer privatrechtlichen Aktiengesellschaft gekleideten Reederei Immunität gegenüber persönlichen Zahlungsansprüchen gewährt hätte; eine derartige Befreiung wäre auch durch keine inneren Gründe wie Unantastbarkeit der Souveränität eines fremden Staates, Achtung seines Eigentums oder seiner öffentlichen Funktionen zu rechtfertigen gewesen. Nach der Rpr. des RG. (z. B. RGZ. 110, 317 = JW. 1925, 1291) sind von der deutschen Gerichtsbarkeit nicht einmal ausländische öffentlich-rechtliche juristische Personen wie Landkreise oder Stadtgemeinden befreit, geschweige denn Personen des Privatrechts.

Der Rev. kann aber auch nicht zugegeben werden, daß vor dem Internationalen Abkommen v. 10. April 1926 die Befreiung eines einem fremden Staate nicht gehörigen, sondern durch ihn nur gecharterten, wenn auch ausschließlich für öffentliche Zwecke bestimmten Schiffes von der dinglichen Klage völkerrechtlich, insbes. in der deutschen Auffassung des Völkerrechts, anerkannt gewesen sei (folgt ein Überblick über das vor dem Brüsseler Immunitätenabkommen geltende Völkerrecht).

Wenn auch hiernach die Meinungen über den Begriff der Staatschiffe und den Umfang der ihnen zustehenden Immunitäten nicht ganz einheitlich waren, so kann doch die bezugte kontinentaleuropäische, britische und amerikanische Rechtsanschauung unbedenklich dahin zusammengefaßt werden, daß, wenn ein Schiff durch einen Staat gechartert war, aber nicht durch einen von diesem eingefetzten Kapitän befehligt wurde, das Schiff jedenfalls nicht von der dinglichen Klage und noch weniger sein Eigentümer von der Zahlungsklage befreit war. Diese Feststellung des älteren völkerrechtlichen Zustandes trägt zur Auslegung des Immunitätenabkommens bei. Da dieses nämlich auf eine Einschränkung der bis dahin den Staatschiffen eingeräumten Vorrechte abzielte, ist von vornherein nicht zu erwarten, daß es die Rechtsstellung der Charterschiffe und ihrer Eigentümer namentlich gegenüber der britischen Rechtspraxis verbessert haben sollte. Eine solche Erweiterung der Immunität ist denn auch in der Tat nicht eingetreten, wie nunmehr an der Hand des Abkommens und des Zusatzprotokolls darzulegen ist.

Die Art. 1 und 2 des Abkommens stellen grundsätzlich die einem Staate gehörigen oder von ihm verwendeten (exploités) Seeschiffe, die einem Staate gehörigen Ladungen sowie die Staaten, denen diese Schiffe gehören oder die sie verwenden oder denen diese Ladungen gehören, den privaten Schiffen, Ladungen und Reedereien gleich. Von diesen Grundsätzen macht der Art. 3 gewisse Ausnahmen u. a. für Hilfschiffe, navires de ravitaillement und andere Fahrzeuge, die einem Staate gehören oder von ihm verwendet (exploités) werden und zur Zeit der Entstehung der Forderung ausschließlich einem staatlichen Dienst und nicht Handelszwecken gewidmet sind.

Der Bekl. kann zugegeben werden, daß unter „ravitaillement“ nicht nur die Verproviantierung im engeren Sinne, die Versorgung mit Mundvorrat, sondern auch mit sonstigem Flottenbedarf zu verstehen ist und daß der Dampfer S. unter die „navires de ravitaillement“ oder auch „navires auxiliaires“ i. S. des Art. 3 § 1 Abs. 1 des Brüsseler Abkommens zu rechnen sein mag. Daraus allein ergibt sich aber noch nicht die Immunität des Schiffes, sondern es muß hinzukommen, daß es entweder einem Staate gehört oder von ihm „verwendet“ (ex-

plotté) wird. Dies folgt schon daraus, daß der erwähnte Absatz Ausnahmen von den beiden ersten Artikeln des Abkommens macht und daß in diesen nur solche Schiffe behandelt werden, die einem Staate gehören oder von ihm „verwendet“ werden. Aus dem von der Rev. angeführten Schrifttum (Vö g e r, Die Immunität der Staatsschiffe, Heft 2 von dem Institut für internationales Recht an der Universität Kiel herausgegebenen Abhandlungen zur fortschreitenden Kodifikation des internationalen Rechts, S. 27; Annuaire de l'Institut de Droit International 1927 I, 227) ergibt sich nur, daß Kohlenschiffe der Kriegsmarine für einen staatlichen Dienst und nicht für Handelszwecke bestimmt sind; das genügt aber nach Art. 3 § 1 Abs. 1 des Brüsseler Abkommens nicht, um die Eigenschaft als immunes Staatsschiff zu begründen, sondern es ist außerdem das Eigentum eines Staates oder die „Verwendung“ (exploitation) durch ihn erforderlich (ebenso van Slooten: Revue de droit international 1926, 470 oben).

Daß der Dampfer S. dem AuslSt. nicht gehört, gibt die Befl. zu. Zu der von der Rev. gewünschten ausdehnenden Anwendung des Wortes „appartenant“ besteht schon deshalb keine Veranlassung, weil die Fälle, in denen dem Staate zwar nicht das Eigentum an dem Schiff, aber eine gewisse Verfügungsmacht darüber zusteht, in dem Immunitätenabkommen durch die Worte „exploités par lui“ erfaßt werden.

Dieses in dem maßgeblichen französischen Text gebrauchte Wort „exploiter“ bedeutet nicht nur ausnützen oder benutzen, sondern auch verwalten, betreiben, sich betätigen. Es ist (vgl. Comité Maritime International, Bulletin Nr. 57 S. 437 unten) an die Stelle des englischen Wortes to operate getreten, das nicht „verwenden“ im Sinne einer bloßen Benutzung bedeutet, sondern: betreiben, verwalten, führen, leiten.

Die Rev. wendet sich gegen die Auffassung des BG., daß eine Charterung durch den Staat den Begriff der exploitation nur dann erfülle, wenn das Schiff auch „sous les ordres ou sous le contrôle“ des Staates stehe. Eine Auseinandersetzung hierüber erscheint aber entbehrlich, weil die Nr. I des Zusatzprotokolls v. 24. Mai 1934 gerade zur Behebung von Zweifeln über die Auslegung des Wortes „exploités“ vereinbart worden ist und den vorl. Fall trifft.

Die Befl. sucht das Zusatzprotokoll auszuschalten, und zwar mit der Begründung, daß es nur bei Charterung auf bestimmte Zeit oder für eine bestimmte Reise gelte, während im vorl. Falle der Dampfer S. auf unbestimmte Zeit gechartert sei. Diesem Gedankengange steht entgegen, daß der maßgebende französische Text „à temps“ zu einer Unterscheidung zwischen bestimmter und unbestimmter Zeit nicht nötigt. Diese Unterscheidung spielt auch sonst im Seerecht keine Rolle. Als auf der Antwerpener Konferenz des Comité Maritime International (Bulletin 91, 268) der britische Delegierte Sir Leslie Scott das Zusatzabkommen durch die Mitteilung ankündigte, daß seine Regierung an die anderen Regierungen die Bitte gerichtet habe, eine leichte Abänderung oder vielmehr einen Zusatz zu dem Abkommen von 1926 anzunehmen, um die durch eine Regierung auf Zeit gecharterten Schiffe zum Genuß gewisser Bestimmungen des Abkommens zuzulassen, bediente auch er sich des allgemeinen Ausdrucks time-charter und war von bestimmter Zeit nicht die Rede. Die weite Fassung des Zusatzprotokolls „à temps, soit à temps, soit à voyage“ will ersichtlich alle vorkommenden Fälle der Zeit- oder Reisecharter eines ganzen Schiffes einbeziehen. Es ist auch nicht einzusehen noch von der Rev. dargelegt worden, weshalb bei der Regelung der Immunitäten von Staatsschiffen eine Charterung auf unbestimmte Zeit anders behandelt werden sollte als eine solche auf bestimmte Zeit.

Aus dem hiernach auf den vorl. Fall anwendbaren Zusatzprotokoll ergibt sich nun, daß die durch die Staaten auf Zeit (oder für eine Reise) gecharterten Schiffe, falls sie ausschließlich zu einem staatlichen Dienst und nicht zu Handelszwecken bestimmt sind, zwar nicht Gegenstand irgendwelcher Beschlagnahmen, Arreste oder Zurückhaltungen sein können, daß aber diese Immunität in keiner Weise alle anderen den Beteiligten etwa zustehenden Rechte oder Rechtsmittel beeinträchtigt. Zu den hiernach von der (teilweisen) Immunität der Chartererfahrer unberührt bleibenden Rechtsbehelfen gehören sowohl die ding-

liche Klage als auch die Zahlungsklage gegen den Eigentümer des Schiffes. Insbesondere zwingt der Unterschied des Wortlautes der Nr. I Abs. 2 Satz 1 des Zusatzprotokolls von dem sonst gleichen des Art. 3 § 1 Abs. 1 des Abkommens zu der Auslegung, daß gegen die in dem Zusatzprotokoll behandelten Chartererfahrer ein gerichtliches Verfahren in rem völkerrechtlich nicht ausgeschlossen ist. Ob eine solche dingliche Klage, um die es sich in dem gegenwärtigen Rechtsstreit handelt, im einzelnen Falle zulässig ist, bestimmt sich also allein nach dem Landesrecht ohne völkerrechtliche Schranken. Dieses Ergebnis ist auch durch innere Gründe gerechtfertigt. Wie die Rev. zutreffend ausführt, steht nicht eine Extritorialität des Schiffes in Frage, sondern es wird nur die der Sicherung eines öffentlichen Zweckes dienende Exemption von der Gerichtsbarkeit in Anspruch genommen. Dieser öffentliche Zweck konnte zwar durch eine Zurückhaltung des Schiffes insbes. im Wege des Arrestes beeinträchtigt werden, aber nicht durch die dingliche Klage und noch weniger durch die Zahlungsklage gegen die private Schiffereigentümerin. Schon in seinem Art. RGZ. 103, 276 ff. = JW. 1922, 160 betr. den amerikanischen Dampfer „Ice King“ hat der erl. Sen. (S. 277) ausgeführt, daß wenigstens nach deutschem Recht der Anspruch eines Schiffsgläubigers, dem der Reeder mit Schiff und Fracht verhaftet sei, weder hinsichtlich seiner Geltendmachung vor deutschen Gerichten noch sogar hinsichtlich seiner Durchführung im Wege der Zwangsvollstreckung grundsätzlich von dem Aufenthalt des Schiffes im deutschen Inlande abhängt. Daraus ergibt sich, daß die Erhebung und Durchführung der dinglichen Klage gegen ein durch einen ausländischen Staat gechartertes Privatschiff mit einer Zurückhaltung des Schiffes und folglich einer Störung des staatlichen Dienstes, zu dem es verwendet wird, nicht verknüpft zu sein braucht, und so erklärt sich auch die Beschränkung des Zusatzprotokolls v. 24. Mai 1934 auf die Befreiung der Chartererfahrer von Beschlagnahmen, Arresten und Zurückhaltungen ohne Einbeziehung der dinglichen Klagen, in Übereinstimmung mit dem Rechtszustande, wie er in Großbritannien gegolten hatte, auf dessen Wunsch das Zusatzprotokoll die teilweise Immunität der Chartererfahrer eingeführt hat.

Hinsichtlich des eine Verurteilung der Befl. zur Zahlung begehrenden Klageantrages soll noch hinzugefügt werden, daß insoweit die Rev. ohne weiteres, d. h. ohne Rücksicht auf die Bedeutung des Wortes „exploités“, der Zurückweisung unterlag, selbst wenn das Zusatzprotokoll nicht für die Fälle der Charterung alle Rechte und Rechtsmittel, mit alleiniger Ausnahme von Beschlagnahmen, Arresten und Zurückhaltungen, ausdrücklich vorbehalten hätte. Das Abkommen beschäftigt sich nämlich nur mit Staaten und Staatsschiffen (sowie Ladungen und Reisenden), nicht mit privaten Reedereien. Wenn in Art. 3 § 1 Abs. 1 des Abkommens gewisse Staatsschiffe von den Bestimmungen der Art. 1 und 2 ausgenommen werden, so kann diese Ausnahme nicht die persönliche Zahlungspflicht von privaten Schiffahrtsunternehmungen betreffen, weil solche auch schon durch die beiden ersten Artikel nicht erfaßt sind. Was die Zahlungsansprüche gegen Staaten aus u. a. den Zusammenstößen gewisser Staatsschiffe anbelangt, so trifft hier Art. 3 § 1 Abs. 2 des Abkommens die besondere Regelung, daß solche Ansprüche nur bei den eigenen Gerichten des zu verklagenden Staates geltend gemacht werden können. Diese Regelung gilt aber eben nur für die Staaten, nicht für private Reedereien. Eine andere als die hier vertretene Auffassung ist auch aus dem von der Rev. angeführten Schrifttum nicht zu entnehmen; insbes. sprechen Alfred Siebeking (JW. 1926, 1309²), van Slooten (a. a. D. S. 468) und Vö g e r (a. a. D. S. 185) nur von Klagen gegen Staaten, nicht auch gegen private Schiffereigentümer.

C. Nach alledem mußte die Rev. als unbegründet zurückgewiesen werden.

(RG., I. ZivSen., U. v. 16. Mai 1938, I 232/37.)

(= RGZ. 157, 389.)

Anmerkung: I. Vorbemerkung. Meine Abhandlung „Gerichtsbarkeit und internationale Zuständigkeit als selbständige Prozessvoraussetzungen; zugleich ein Beitrag zur Lehre von der internationalen Prorogation“ in *BlAuslJntPrR.* 11 (1937),

337—433 wird im folgenden zitiert: **P.** 340 (= **S.** 340). Mein Aufsatz „Über Prozesse Exterritorialer“ in der Festschrift, dem XXIV. Deutschen Anwaltstag überreicht von Hanseatischen Juristen (1929) **S.** 412—432 wird zitiert: **PrGzt.** 415 (= **S.** 415 der Festschrift).

II. Der prozeßrechtliche Teil der Entscheidungsgründe (A.) ist für die Praxis sehr wichtig, weil das RG. sich hier über eine Reihe von Fragen ausgesprochen hat, die von grundsätzlicher Bedeutung sind, aber nur in verhältnismäßig seltenen Fällen den höchsten Gerichtshof beschäftigen.

Das RG. stellt klar:

1. daß die Gerichtsbarkeit (*facultas jurisdictionis*) eine selbständige Prozeßvoraussetzung ist;
2. daß die Einrede der mangelnden Gerichtsbarkeit zwar keine prozeßhindernde Einrede i. S. des § 274 Abs. 1 ZPO. ist, daß aber § 275 ZPO. auf diese Einrede entsprechende Anwendung zu finden hat;
3. daß man scharf unterscheiden muß zwischen der Frage, ob die deutsche internationale Zuständigkeit vorliegt, und der ganz anderen Frage, ob den deutschen Gerichten in casu die Gerichtsbarkeit zusteht;
4. daß „Sachurteile, die trotz mangelnder *facultas jurisdictionis* ergehen, als nichtig anzusehen sind“. (Der Satz in den Urteilsgründen, der diese Worte enthält, ist allerdings nicht ganz eindeutig. Man könnte versucht sein herauszulesen: ob ein trotz mangelnder *facultas jurisdictionis* ergehendes Sachurteil nichtig ist, mag dahingestellt bleiben. — Darin läge aber eine *contradictio in adjecto*; vgl. **PrGzt.** 425; **Pagenstecher:** **ZAuslIntPrR.** 4, 717; **P.** 344 N. 8, 466 N. 6.)

Zu 1 und 2: Die Erkenntnis, daß die internationale Zuständigkeit ein selbständiger Rechtsbegriff ist, hat sich im alten Reichsgebiet (anders in der Ostmark!) noch nicht allgemein durchgesetzt. Die weitaus h. M. folgt der Auffassung des RG., wonach der Mangel der internationalen Zuständigkeit ein Spezialfall der mangelnden örtlichen Zuständigkeit des angegangenen Gerichts ist, auf den z. B. die §§ 512 a, 549 Abs. 2 ZPO. Anwendung finden müßten. Von den wenigen Schriftstellern, die erkannt haben, daß man die internationale Zuständigkeit von der örtlichen Zuständigkeit scharf scheiden muß, betrachten die meisten die mangelnde Gerichtsbarkeit als einen Spezialfall der mangelnden internationalen Zuständigkeit. So z. B. **Reuner**, *Internationale Zuständigkeit* (1929) **S.** 1, 45 und besonders **N.** 189 a („ein Spezialfall mangelnder internationaler Zuständigkeit“); **Reu**, *Die staatliche Zuständigkeit im Internationalen Privatrecht* (1938) **S.** 197 f. Vgl. auch **Fr ag i s t a s**, *Δικαιοδοσία επί διεθνών διαφορών ιδιωτικού δικαίου* (= Die Gerichtsbarkeit in internationalen Streitigkeiten des Privatrechts, 1934) **S.** 7 N. 3.

Sieht man von diesen Schriftstellern ab, so gab es bisher drei Ansichten darüber, wie der Mangel der Gerichtsbarkeit rechtlich zu qualifizieren sei:

a) **Jonas** sowie der **Preußische** und der **Bayerische** Kompetenzkonfliktgerichtshof betrachteten das Fehlen der Gerichtsbarkeit als einen Spezialfall der Unzulässigkeit des Rechtswegs. Vgl. **Jonas**-**Pohle**, *Zivilprozeßordnung* (16), **Bem.** VC vor § 1 (dazu **PrGzt.** 425 N. 50; **P.** 347 N. 4), aber auch — übereinstimmend mit der 15. Aufl. — § 274 **Bem.** 12 (dazu **P.** 350 N. 4), sowie die Entscheidungen der erwähnten Kompetenzkonfliktgerichtshöfe in **Sirhs** **Annalen** 1885, 325 (**BayKompGerS.**); **JW.** 1921, 773, 1478, 1480; 1926, 402; 1930, 213 = **ZZP.** 54, 317 (**PreußKompGerS.**).

b) Das Reichsgericht nahm an, daß beim Mangel der Gerichtsbarkeit ein Spezialfall der sachlichen Unzuständigkeit vorliege.

c) **Pagenstecher** vertrat die Ansicht, der sich nunmehr das RG. in der obigen Entscheidung angeschlossen hat.

Die verschiedenen Ansichten führen zu ganz verschiedenen praktischen Folgerungen (die allerdings von ihren Anhängern nicht stets gezogen werden):

Nach der Ansicht a sind Sachurteile, die in einem Prozeß ergehen, in dem ein Eximierter verklagt ist, stets wirksam,

weil der Mangel der Zulässigkeit des Rechtswegs mit der Rechtskraft heilt. Berufung und Rev., die sich darauf stützen, daß das Gericht seine Gerichtsbarkeit zu unrecht bejaht oder verneint habe, finden ohne Rücksicht auf den Wert des Beschwerdegegenstandes statt (arg. §§ 511 a Abs. 4, 547 Nr. 1 ZPO.). § 263 Abs. 2 Nr. 2 (*perpetuatio fori*) ist nicht anwendbar. Die Erhebung des Kompetenzkonfliktes (§ 17 ZPO.) ist grundsätzlich zulässig.

Auch nach der Ansicht b sind die ergangenen Sachurteile wirksam, weil der Mangel der sachlichen Zuständigkeit mit der Rechtskraft heilt. Für die Berufung und Rev. gelten die beschränkenden Vorschriften der §§ 528, 566 ZPO. im übrigen die allgemeinen Grundsätze. Es muß also stets Erwachsenheit vorliegen. § 263 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. ist anwendbar.

Nach beiden Ansichten (a und b) ist § 275 ZPO. unmittelbar anwendbar, weil es sich um prozeßhindernde Einreden handelt.

Nach der Ansicht c sind die ergangenen Sachurteile als nichtig anzusehen, also nicht der materiellen Rechtskraft fähig. § 275 ZPO. ist entsprechend anwendbar. Für die Einlegung von Berufung und Rev. gelten keine Sondervorschriften¹⁾. § 263 Abs. 2 Nr. 2 ist nicht anwendbar.

Die Erhebung eines Kompetenzkonfliktes ist nach den Ansichten b und c ausgeschlossen.

Zu 3: Im Gegensatz zu der h. M. bin ich schon im Jahre 1930 für eine scharfe Trennung der beiden Begriffe „Gerichtsbarkeit“ und „internationale Zuständigkeit“ eingetreten. Vgl. **ZAuslIntPrR.** 4 (1930), 713 ff. und weiter **JW.** 1931, 2516 **Ann.** zu Nr. 4 sowie **P.** 342 ff. Eine solche systematische Trennung empfiehlt sich schon deshalb, weil — wie das obige Urteil sehr richtig ausführt — bei fehlender Gerichtsbarkeit ein trotzdem ergehendes Sachurteil „als nichtig anzusehen“ ist (hierüber unten zu 4), während der Mangel der internationalen Zuständigkeit mit Eintritt der Rechtskraft heilt, also die Wirksamkeit des (rechtskräftigen) Urteils in keiner Weise beeinträchtigt²⁾. Es kommt aber noch hinzu, daß bei fehlender Gerichtsbarkeit die internationale Zuständigkeit vorhanden sein kann. Wenn die Ehefrau des dänischen Gesandten in Berlin bei dem dortigen LG. gegen ihren Ehemann die Ehescheidungsklage erhebt, so ist die deutsche internationale Zuständigkeit arg. § 606 Abs. 1 ZPO. begründet (vgl. **P.** 381 zu N. 2, 350 zu N. 3; **JW.** 1925, 410 f.; 1938, 1943). Unterwirft sich der Gesandte der deutschen Gerichtsbarkeit, so muß ein Sachurteil ergehen. Man kann dann auch nicht etwa sagen: wenn der Ehemann sich der deutschen Gerichtsbarkeit nicht unterworfen hätte, so hätte die Klage arg. § 606 Abs. 4 ZPO. wegen mangelnder internationaler Zuständigkeit abgewiesen werden müssen. § 606 Abs. 4 ZPO. betrifft nur den Fall, daß das Ehescheidungsurteil im Heimatstaate des Ehemannes nicht anerkannt würde, weil nach dem internationalen Prozeßrecht des Heimatstaates die deutsche internationale Zuständigkeit nicht begründet ist (vgl. **P.** 478 ff.). Bei fehlender Unterwerfung würde das Urteil aber aus dem Grunde nicht anerkannt, weil den deutschen Gerichten die *facultas jurisdictionis* fehlte und insofern das deutsche Ehescheidungsurteil nicht einmal mit Wirkung für das Deutsche Reich die Ehe trennen konnte. Verfehlt wäre weiter auch der Einwand, erst durch die Unterwerfung würde die deutsche internationale Zuständigkeit begründet. Die nicht vorhandene internationale Zuständigkeit kann nur in vermögensrechtlichen Streitigkeiten (und auch da nicht stets) durch einen Parteiakt begründet werden (vgl. **P.** 414 ff.).

Würde die Ehefrau des tschechoslowakischen Gesandten in Berlin gegen ihren Ehemann beim dortigen LG. die Ehescheidungsklage erheben und in dieser Klage die Behauptung aufstellen, ihr Ehemann habe sich der deutschen Gerichtsbarkeit unterworfen, so hätte das LG. die Klage ohne Prüfung der Frage, ob die Unterwerfung wirklich erfolgt ist, gemäß § 606 Abs. 4 ZPO. wegen mangelnder internatio-

¹⁾ **Baumbach**, ZPO. (14) § 547 **Ann.** 2 will hier § 547 Nr. 1 ZPO. entsprechend anwenden; vgl. dazu **P.** 358 N. 4, siehe aber auch (*de lege ferenda*) **P.** 463 zu N. 1.

²⁾ Nachweisungen in **ZAuslIntPrR.** 4, 713 N. 2.

nalere Zuständigkeit abzuweisen³⁾; denn über das Bestehen der Gerichtsbarkeit darf ein Gericht erst entscheiden, nachdem es geprüft und bejaht hat,

- a) daß es örtlich und sachlich zuständig ist,
- b) daß die deutsche internationale Zuständigkeit vorhanden ist⁴⁾.

Die örtliche und sachliche Zuständigkeit sind hier gegeben; es fehlt aber die deutsche internationale Zuständigkeit, weil die deutschen Gerichte nach tschechoslowakischem Recht nicht „zuständig“ i. S. des § 606 Abs. 4 ZPO. sind⁵⁾. Würde trotzdem ein Entscheidungsurteil ergehen, so würde die Ehe (mit Eintritt der Rechtskraft) für Deutschland getrennt, wenn der Ehemann sich wirklich der deutschen Gerichtsbarkeit unterworfen hatte, weil der Mangel der internationalen Zuständigkeit mit der Rechtskraft geheilt wird.

Eine Begründung dieser meiner Auffassung würde hier zu weit führen. Ich bitte deshalb in dieser Hinsicht auf meine oben I erwähnte Abhandlung in *Zust. Int. Pr. R.* verweisen zu dürfen⁶⁾.

Nun noch eine kurze Bemerkung zu den Entscheidungsgründen des obigen Urteils.

Wenn es daselbst heißt: die völkerrechtliche Befreiung von der einheimischen Gerichtsbarkeit müsse selbst dann beachtet werden, wenn auch im Auslande keine Klagemöglichkeit bestehe, der Kl. also rechtlos sei, so ist das zweifellos zutreffend. Genau das gleiche gilt aber auch hinsichtlich der deutschen internationalen Zuständigkeit. Ist sie nicht gegeben, so wird (wenn es sich um einen nach deutschem Recht klagbaren Anspruch handelt) wohl stets nach deutschem internationalen Prozeßrecht die internationale Zuständigkeit irgendeines Auslandsstaates begründet sein. Es ist aber sehr wohl denkbar, daß nach dem internationalen Prozeßrecht aller Auslandsstaaten deren eigene internationale Zuständigkeit nicht begründet ist, weil nach ihrer im Prozeßrecht in casu das Deutsche Reich oder irgendein anderer Staat international ausschließlich zuständig ist. Wenn die Verhältnisse so liegen, so wird das (deutsche) Prozeßgericht besonders genau prüfen, ob nicht eine Vorschrift, die ein deutsches Gericht für zuständig erklärt, e n t s p r e c h e n d anwendbar ist⁷⁾, so daß die deutsche internationale Zuständigkeit doch bejaht werden kann. Es muß weiter auch berücksichtigt werden, daß eine Vereinbarung, wodurch ein ausländisches Gericht für ausschließlich zuständig erklärt und so die (an sich begründete) deutsche internationale Zuständigkeit ausgeschlossen ist, der Wirksamkeit entbehrt, wenn der ausländische Richter nicht „annahmehereit“ ist (vgl. *P.* 408 f.). Gelangt das Gericht aber trotzdem zu dem Ergebnis, daß die deutsche internationale Zuständigkeit fehle, so muß es die Klage aus diesem Grunde abweisen, auch wenn nirgends in der Welt eine Klagemöglichkeit gegeben ist.

Wenn ich hierauf besonders hinweise, so will ich nicht etwa behaupten, daß das RG. in dem obigen Urteil etwas anderes sagen wollte. Ich bin im Gegenteil davon überzeugt, daß der Senat diese Auffassung teilt. Aber ich halte es nicht für aus-

³⁾ Nicht etwa wegen mangelnder örtlicher Zuständigkeit; vgl. *P.* 375 ff., 456 f., 478 ff.

⁴⁾ Wäre z. B. in Hamburg geklagt worden, so hätte das Gericht nicht auf Grund des § 606 Abs. 4 ZPO. die Klage als unzulässig abweisen dürfen. Es hätte vielmehr Abweisung wegen Unzuständigkeit des Gerichts (§§ 13, 606 Abs. 1 ZPO.) erfolgen müssen, es sei denn, daß die Kl. gemäß § 276 ZPO. Verweisung des Rechtsstreits an das OLG. Berlin beantragt hätte (vgl. *P.* 375 ff.).

⁵⁾ Vgl. *P.* 478 ff.; *RGZ.* 154, 92 = *JW.* 1937, 1322¹⁵⁾; dazu *Maßjeller:* *JW.* 1937, 1297.

⁶⁾ Ich muß mich hier damit begnügen, einige Gründe gegen die Ansicht anzuführen, die die mangelnde Gerichtsbarkeit (facultas jurisdictionis) als einen Spezialfall der mangelnden internationalen Zuständigkeit betrachtet. Die Aufzählung ist keineswegs erschöpfend. So ist z. B. § 263 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. (perpetuatio fori) niemals anwendbar, wenn durante lite die facultas jurisdictionis wegfällt. Bei Wegfall der deutschen internationalen Zuständigkeit ist dagegen zu prüfen, ob nicht die Voraussetzungen für eine e n t s p r e c h e n d e Anwendung dieser Bestimmung vorliegen, eine Frage, die allerdings nicht stets zu bejahen ist (vgl. *P.* 353 f., 449 ff.).

⁷⁾ Vgl. hierzu (de lege ferenda) *P.* 381 R. 2.

geschlossen, daß ein mit der ganzen Materie nicht genau vertrauter Leser das RG. mißverstehen und etwa meint, der Unterschied zwischen Gerichtsbarkeit und internationaler Zuständigkeit sei (u. a.) darin zu erblicken, daß wohl bei fehlender Gerichtsbarkeit, nicht aber auch bei mangelnder internationaler Zuständigkeit die Klage selbst dann (als unzulässig) abgewiesen werden müsse, wenn keine andere Klagemöglichkeit besteht. Die letzten Ausführungen bezwecken nur, ein solches Mißverständnis auszuschließen.

Zu 4: Da die Gerichtsbarkeit (facultas jurisdictionis) eine Prozeßvoraussetzung ist, darf beim Fehlen der Gerichtsbarkeit überhaupt kein Sachurteil ergehen, auch nicht ein die Klage gegen den Eximierten (als unbegründet) abweisendes Urteil. Ein trotzdem gefälltes Sachurteil ist auch dann „als nichtig anzusehen“, wenn es die Klage gegen den Eximierten abweist⁸⁾.

Zu beachten ist:

a) daß die facultas jurisdictionis besteht, wenn der Eximierte sich rechtsgültig der deutschen Gerichtsbarkeit unterworfen hat. Zur rechtsgültigen Unterwerfung gehört aber — was in der deutschen Judikatur und Literatur meist nicht beachtet wird — die Zustimmung des Absendestaates⁹⁾;

b) daß die facultas jurisdictionis nur fehlt, wenn der Eximierte verklagt wird. Tritt er als Kl. auf, so ist er — jedenfalls insoweit das Erkenntnisverfahren in Betracht kommt — der deutschen Gerichtsbarkeit unterworfen. § 18 OVG. z. B. ist alsdann überhaupt nicht anwendbar. Ein Sachurteil kann hier somit auch ergehen, wenn der Absendestaats der Klageerhebung nicht zugestimmt hat¹⁰⁾.

III. Zum Schluß soll der heutige Standpunkt des RG. zu den wichtigsten der hier behandelten Fragen nochmals kurz zusammengefaßt werden:

1. Nach dem RG. ist die internationale Zuständigkeit ein Spezialfall der örtlichen Zuständigkeit. Nach seiner Auffassung ist es also ohne Bedeutung, ob der die Zuständigkeit des Prozeßgerichts bestreitende Bekl. geltend macht, es sei ein anderes deutsches Gericht, oder es sei überhaupt kein deutsches Gericht zuständig. Das RG. wendet stets die für die örtliche Unzuständigkeit geltenden Vorschriften an. Zu beachten ist aber, daß in dem obigen Urteil über diese Judikatur nur referiert wird, daß der Senat also nicht etwa sagt, daß er hieran festhalten wolle. Allerdings bestand hierzu auch keine unmittelbare Veranlassung. In dem Urteil des BG.¹¹⁾ (das vor der Veröffentlichung meiner oben I an erster Stelle angeführten Arbeit erging) hat der Senat die Gerichtsbarkeit als einen Spezialfall der internationalen Zuständigkeit behandelt und dabei gegen die Judikatur des RG. polemisiert, wonach die Berufung und die Rev. gegen Urteile, die die internationale Zuständigkeit bejahen, (arg. §§ 512 a, 549 Abs. 2 ZPO.), als unbegründet zurückgewiesen werden müssen. Die Gründe, die hier gegen die Auffassung des RG. geltend gemacht werden, sind sehr beachtlich und berühren sich in vielen Punkten mit den Argumenten, die ich in *P.* 358 ff., insbes. 371 ff. gegen den höchsten Gerichtshof ins Feld geführt habe (vgl. hierzu auch *Pagenstecher:* *JW.* 1938, 2257).

2. Die Gerichtsbarkeit ist eine selbständige Prozeßvoraussetzung, für die mangels einer Sondervorschrift die allgemeinen Grundsätze gelten. Daß § 275 ZPO. analog anwendbar ist, sagt der Senat ausdrücklich. Im Hinblick auf das Urteil *RGZ.* 123, 201 ff. wird man aber annehmen dürfen, daß das

⁸⁾ *Jonas* (15) vor § 578 Bem. 12 und wohl auch *Jonas-Pohle* (16) vor § 1 Bem. V C) sind der Auffassung, daß nur das der Klage statgebende Sachurteil nichtig sei; vgl. hiergegen die Ausführungen in *Pr. Crt.* 418, 422 ff., denen u. a. *Baumbach*, *Zivilprozeßordnung* (10), § 18 OVG. Anm. 1 B zugestimmt hat. Vgl. weiter auch noch *P.* 344 R. 8.

⁹⁾ Vgl. *Pr. Crt.* 415 f., 428 ff. mit Hinweisen auf das französische und englische Recht.

¹⁰⁾ Ebenso mindestens im Ergebnis *RGZ.* 111, 149 = *JW.* 1926, 373⁴⁾; a. M. der Preussische Kompetenzkonfliktgerichtshof. Vgl. über dieses Reichsgerichtsurteil und die Meinungsverschiedenheit zwischen den beiden Gerichten: *Pr. Crt.* 416 f. und *Pagenstecher:* *Jur. Rdsch.* 1929, 216 ff.

¹¹⁾ *SanjDG.* 1 U 132/37 v. 1. Okt. 1937; vgl. *SanjRGZ.* 1937, Abs. B, Sp. 403 ff.

RG. im gegebenen Fall auch § 538 Abs. 1 Nr. 2 ZPO. entsprechend anwenden würde.

3. Ein Sachurteil, das ergeht, obwohl dem Gericht die facultas jurisdictionis fehlt, ist stets „als nichtig anzusehen“.

Prof. Dr. P a g e n s t e c h e r, Hamburg.

*

31. OLG. — § 511 ZPO.; § 1568 BGB. Die Berufung des obliegenden Kl. im Ehescheidungsprozeß, die durch Klagerücknahme darauf zielt, die Ehe aufrechtzuerhalten, ist — insbes. wenn in der Klagerücknahme ein Verzicht auf den Scheidungsanspruch überhaupt zu erblicken ist — auch bei zerrütteter Ehe begründet.

Die Parteien, die die deutsche Reichsangehörigkeit besitzen, haben am 16. Febr. 1925 vor dem Standesbeamten in K. die Ehe miteinander geschlossen, aus der eine Tochter im Alter von etwa jetzt elf Jahren hervorgegangen ist. Seit April 1937 leben die Parteien voneinander getrennt.

Die Ehefrau hat Klage auf Scheidung erhoben, weil der Bekl. seit etwa fünf Jahren ihr jeglichen ehelichen Verkehr verweigere und dadurch physische und psychische Störungen bei der Kl. hervorgerufen habe. Der Bekl. ist im ersten Rechtszuge nicht vertreten gewesen, jedoch vom LG. in der mündlichen Verhandlung persönlich vernommen worden.

Das LG. hat darauf die Ehe der Parteien geschieden und den Bekl. für allein schuldig an der Scheidung erklärt.

Die Kl. hat Berufung eingelegt mit der Erklärung, die Berufung sei lediglich zwecks Klagerücknahme eingereicht, um die Ehe aufrechterhalten zu können.

Die Kl. hat in der mündlichen Verhandlung eine dementisprechende Erklärung abgegeben.

Der Bekl. beantragt, die Berufung der Kl. kostenpflichtig als unzulässig zu verwerfen, da die Ehe der Parteien zerrüttet sei und eine innerlich zerrüttete Ehe nicht dem äußeren Bande nach aufrechterhalten werden dürfe.

Das OLG. hat dahin erkannt, daß die Kl. die Kosten des durch Verzicht auf den Klageanspruch erledigten Rechtsstreits zu tragen habe.

Obwohl die Kl. im ersten Rechtszuge obgesiegt hat, und obwohl ihrem Klageantrag entsprechend erkannt worden ist, ist die Berufung zulässig. Allerdings ist die Kl. durch die ergangene Entsch. nach allgemeinen Gesichtspunkten nicht beschwert. Indessen hat die Rspr. seit jeher den Standpunkt vertreten, daß im Ehescheidungsprozeß auch der in erster Instanz obliegende Kl. Berufung zu dem Zwecke einlegen könne, die Klage zurückzunehmen. Die Zulässigkeit einer derartigen Berufung wird von der Rspr. aus dem Grundsatz gefolgert, daß die Zurücknahme der Aufrechterhaltung der Ehe diene und der Staat ein Interesse an der Aufrechterhaltung der Ehe habe (vgl. RGZ. 91, 365; 100, 209; 115, 374 = JW. 1927, 844). Dieser Standpunkt ist vom RG. noch bis in die letzte Zeit hinein aufrechterhalten worden (vgl. RG.: JW. 1935, 1024¹¹). In einer neueren Entsch. hat freilich das OLG. Hamm die Auffassung vertreten, diese Grundsätze könnten nur dann gelten, wenn die Berufung dazu diene, die rechtliche Grundlage für die Fortführung der ehelichen Gemeinschaft zu schaffen. Die Berufung dürfe aber keine Handhabe dafür bieten, eine innerlich zerrüttete Ehe nur dem äußeren Bande nach aufrechterhalten, weil an der Erhaltung einer solchen Ehe die Volksgemeinschaft kein Interesse habe. Allein einer derartigen Einschränkung des Grundsatzes vermag der erf. Sen. nicht zuzustimmen. Ob eine Ehe zerrüttet ist, und ob es vor allen Dingen möglich sein wird, eine bestehende Zerrüttung zu beheben, hängt von der persönlichen Auffassung der Parteien ab. Ein Ehegatte, der die Scheidungsklage erhebt, wird in diesem Zeitpunkt stets die Auffassung haben, daß die Ehe unheilbar zerrüttet sei. Damit ist nicht gesagt, daß er diese Auffassung auch im weiteren Verlauf des Scheidungsprozesses, in dem alle in Betracht kommenden Momente von den Parteien einer sorgfameren Prüfung unterzogen werden, als dies meist zur Zeit der Erhebung der Scheidungsklage der Fall ist, auch aufrechterhalten wird. In zahlreichen Fällen wird bei sorgfamer Prüfung der Ehegatte zu der Überzeugung gelangen, daß die Zerrüttung der Ehe heineswegs so groß ist, daß eine Fortsetzung nicht möglich wäre, wird dem anderen Ehegatten selbst schwerere Verfehlungen verzeihen und dadurch seiner Scheidungsklage den Boden entziehen. Es ist daher keineswegs mit Sicherheit zu entscheiden, ob nicht eine von den Parteien angenommene Zerrüttung durch Verständigung beseitigt werden kann. Die Volksgemeinschaft hat aber ein erhebliches Interesse daran, daß geschlossene Ehen bestehen bleiben, daß eine vorhandene Zerrüttung beseitigt wird und daß vor allem dann, wenn aus der Ehe Kinder hervorgegangen sind, diese Kinder von beiden Elternteilen erzogen werden. Der Senat sieht daher keinerlei Anlaß, den bisher allgemein geltenden Grundsatz, daß auch der obliegende Kl. sich noch nach Erlaß des Urteils vor ein-

getretener Rechtskraft dazu entschließen kann, die Klage zurückzunehmen und auf seinen Scheidungsanspruch zu verzichten, einzuschränken. Die von der Kl. eingelegte Berufung muß daher für zulässig erachtet werden.

Ist die Berufung aber zulässig, so ist die Kl. auch befugt, die Klage zurückzunehmen. Der Bekl. würde der Zurücknahme der Klage nur dann widersprechen können, wenn bereits zur Hauptsache darüber verhandelt wäre. Das ist aber nicht der Fall, da der Bekl. im ersten Rechtszuge nicht vertreten war und im zweiten Rechtszuge lediglich über die Zulässigkeit der Berufung verhandelt hat. Im übrigen ist aber auch die Zurücknahme der Klage seitens der Kl. im vorl. Falle offenbar so zu verstehen, daß die Kl. auf ihren Scheidungsanspruch überhaupt verzichten will, denn es ist nicht anzunehmen, daß sie beabsichtigt, die zurückgenommene Klage binnen kurzem wieder aufzunehmen. Gegenüber einem Verzicht auf den Klageanspruch aber ist der Widerspruch des Bekl. überhaupt bedeutungslos.

Da der Bekl. seinen Antrag darauf beschränkt hat, daß die Berufung der Kl. für unzulässig erklärt werde, fehlt es an einem Sachantrag, der sich auf den Klageanspruch selbst bezieht. Die Klage konnte daher nicht abgewiesen werden, vielmehr mußte sich der Urteilspruch darauf beschränken, daß der Klageanspruch der Kl. durch den Verzicht auf den Klageanspruch erledigt sei (vgl. RGZ. 115, 375).

(OLG. Düsseldorf, Urf. v. 14. Juni 1938, 5 U 34/38.)

*

32. OLG. — § 566 a Abs. 2 ZPO. i. Verb. m. §§ 89, 46, 52 RAGebD. Dem erstinstanzlichen Anwalt, der die schriftliche Erklärung der Einwilligung zur Einlegung der Sprungrevison abgibt, steht eine aus §§ 89, 46, 52 RAGebD. zu bemessende $\frac{5}{10}$ -Gebühr zu. Diese ist auch dann erstattungsfähig, wenn die Einlegung der Sprungrevison unterbleibt.

Beabsichtigt die unterlegene Partei die Sprungrevison einzulegen, so wird die Tätigkeit des erstinstanzlichen Anwalts der Gegenpartei, die er durch Abgabe der Einwilligungserklärung (§ 566 a Abs. 2 ZPO.) entwickelt, nicht durch die Prozeßgebühr des ersten Rechtszuges abgegolten, da sie außerhalb dieses Rechtszuges liegt. Dem Anwalt steht dafür eine besondere Vergütung zu, die mangels einer besonderen Bestimmung des Gesetzes aus § 89 RAGebD. mit der durch § 52 RAGebD. gebotenen Erhöhung festzusetzen ist (vgl. OLG. Braunschweig v. 27. Okt. 1937: JW. 1938, 132²⁸; B a u m b a c h, „Kostengesetz“ 7, Anm. zu § 52 RAGebD. u. a.). Es erscheint angemessen, diese Vergütung, da die Tätigkeit des Rechtsanwalts in der Anfertigung eines Schriftsatzes besteht, aus § 46 RAGebD. auf $\frac{5}{10}$ der Prozeßgebühr zu bemessen. Der Umstand, daß die unterlegene Partei alsdann doch von der Einlegung der Sprungrevison Abstand genommen hat, kann die Entstehung der Gebühr für die Zustimmungserklärung und deren Notwendigkeit i. S. des § 91 ZPO. nicht berühren. Da die Erklärung der Revisionschrift beizufügen ist, muß sie stets vor der Einlegung des Rechtsmittels beschafft werden und bleibt es immer in das Belieben der unterlegenen Partei gestellt, ob sie davon Gebrauch machen will oder nicht.

(OLG. Düsseldorf, Beschl. v. 17. Juni 1938, 1 W 163 a/38.)

*

33. RG. — § 566 a ZPO.; §§ 14, 52, 89 RAGebD. Für Beschaffung und Abgabe der Einwilligungserklärung zur Sprungrevison steht den damit befaßten erstinstanzlichen Anwälten eine halbe Prozeßgebühr zu.

Die sofortige Beschw. richtet sich dagegen, daß das LG. eine Gebühr für den erstinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten der Bekl. für seine Tätigkeit bei der Abgabe der Einwilligungserklärung in die Sprungrevison neben der Prozeßgebühr des Revisionsanwalts für erstattungsfähig erklärt hat. Das Rechtsmittel ist nicht begründet.

Die mit Novelle vom 13. Febr. 1924 als § 566 a in die ZPO. neu eingefügte Rechtsanordnung der Sprungrevison erfordert neben den sonstigen Förmlichkeiten der Revison die schriftliche Erklärung des Prozeßgegners, daß er in die Übergebung der VerJust. einwilligt. Die Erklärung ist der Revisionschrift beizufügen; sie kann auch von dem Prozeßbevollmächtigten der ersten Instanz abgegeben werden.

Die von den beiderseitigen Rechtsanwältinnen hierbei entwickelte Tätigkeit hat in der RAGebD. keine Erwähnung gefunden. Sie konnte es in deren früherer Fassung nicht, da dem Gesetze damals die Sprungrevison unbekannt war. Aber auch bei der Einführung der neuen Rechtsanordnung im Jahre 1924 wurde eine Änderung der Gebührenvorschriften mit Rücksicht auf diese nicht vorgenommen. Es bleibt daher zu prüfen, ob die Tätigkeit der Anwälte unter eine der in der RAGebD. vorgesehenen Gebührenvorschriften fällt.

Wie die Vorschrift des § 78 ZPO. ergibt, und auch in der Rspr. des RG. seit langem klargestellt ist (vgl. RGZ. 118, 294 = JW. 1928, 112), unterliegt die Einwilligungserklärung des Gegners dem Anwaltszwange. Sie muß also an sich von dem Prozeßbevollmächtigten beim RevG., kann aber nach der ausdrücklichen Bestimmung des § 566 a Abs. 2 Satz 2 auch von dem Prozeßbevollmächtigten der ersten Instanz abgegeben werden.

In jedem Falle gehört die Tätigkeit der Prozeßbevollmächtigten der RevInst., die sich auf diese Erklärung bezieht, zur RevInst. Das kann nicht zweifelhaft sein für die Beifügung der bereits unterzeichneten Erklärung zur Revisionschrift auf Seiten des RevSt. Es muß aber auch von der vorhergehenden Tätigkeit beider Anwälte, soweit sie die Ausstellung der Erklärung betrifft, ebenso gelten. Die Sachlage ist insoweit keine andere als beispielsweise bei der Vereinbarung eines Gerichtsstandes vor der Erhebung der Klage oder anderen von den Parteien vor diesem Zeitpunkte zulässigerweise getroffenen Abmachungen, wie etwa über die zu wählende Prozeßart oder eine Beschränkung des Prozeßstoffes. Da die Erklärung der Revisionschrift beizufügen ist, muß bei ordnungsmäßigem Verfahren die Einforderung und Ausstellung der Einwilligungserklärung vor dem formellen Beginn der RevInst. liegen und dient der Vorbereitung der Einlegung des Rechtsmittels, dessen Zulässigkeit von ihrer ordnungsmäßigen Erledigung mit abhängig ist. Im anwaltsgebührenrechtlichen Sinne gehören nun zur Instanz, die mit dem Auftrage beginnt (§ 29 RAGebD.), auch diejenigen Tätigkeiten des Rechtsanwalts, die vor der Einreichung der Klage- oder Rechtsmittelschrift liegen, sich aber im Rahmen dieses Auftrages halten, wie z. B. Informationserteilung, Einsicht von Grundbuch, Vormundschafts-, Strafakten für den Prozeßzweck, die Anfertigung und Absendung eines zur Klagebegründung noch erforderlichen Mahn- oder Aufforderungs-schreibens u. a. m. Da sie einen Teil der Instanz bilden, werden sie gemäß § 25 RAGebD. durch die entsprechende Gebühr mit abgegolten, die der Prozeßbevollmächtigte für die Tätigkeit in dieser Instanz erhält.

Das ist im allgemeinen die Prozeßgebühr (§ 13 Nr. 1 RA-GebD.). Sie umfaßt den Geschäftsbetrieb, wobei das Gesetz die Information als hierzu gehörig ausdrücklich hervorhebt. Die auf Grund der erteilten Information zu gewährenden Rechtsberatung ist davon nicht zu trennen. Aber auch die übrigen oben beispielsweise angeführten Tätigkeiten gehören ebenso hierher wie der schriftliche und mündliche Verkehr mit der Partei und dem Anwalt des Gegners, Anfertigung und Entgegennahme von Schriftsätzen, Beratungen über den Fortgang des Prozesses u. a. m. In der RevInst. wird auch diejenige Tätigkeit der Prozeßbevollmächtigten beim RevG. dazu gerechnet werden müssen, die sich auf die Abgabe der Einwilligungserklärung zur Sprungrevision erstreckt. Ihr Inhalt ist nur die Beschaffung der verfahrensrechtlich notwendigen Unterlage für die Zulässigkeit der Rev., sie ist im Wesen insoweit nicht verschieden von der Beschaffung der Prozeßvollmacht und des Sühnezeugnisses im Scheidungsprozeß, des Wechsels und Protestes im Wechselprozeß sowie sonstiger Urkunden im Urkundenprozeß. Daß der Anwalt des RevSt. deshalb an den Prozeßgegner herantreten muß, fällt ebensowenig aus dem Rahmen des Geschäftsbetriebes heraus wie der Umstand, daß jeder der beiden Prozeßbevollmächtigten mit seiner Partei die Frage der rechtlichen Zulässigkeit wie der praktischen Zweckmäßigkeit der Sprungrevision besonders zu prüfen und zu erörtern haben wird. Die Tätigkeit der beiderseitigen Prozeßbevollmächtigten der RevInst. wird daher, auch soweit sie sich mit der Einwilligungserklärung des RevBefl. befaßt, durch die Prozeßgebühr unbedenklich mit abgegolten.

Zu prüfen bleibt, ob das Ergebnis sich ändert, wenn der Prozeßbevollmächtigte der ersten Instanz die Erklärung des Einverständnisses mit der Sprungrevision abgibt. Hier ist zunächst festzustellen, daß die Tätigkeit nicht schon bloß deswegen, weil sie der Prozeßbevollmächtigte der ersten Instanz vornimmt, nunmehr noch als zur ersten Instanz gehörig anzusehen ist. Zwar bedeutet die Verkündung des Urteils und die Entgegennahme der Urteilsausfertigung für den Anwalt nicht schon schlechthin die Beendigung des Auftrages und damit seiner Tätigkeit und der Instanz. Die Entgegennahme der Zustellung der Rechtsmittelschrift bei Einlegung der Berufung seitens des Gegners fallen unbestritten in das Gebiet der Tätigkeit des erstinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten, und im § 29 Nr. 7 und 8 RAGebD. ist ferner ausdrücklich klargestellt, daß auch die Mitteilung der Entsch. an den Auftraggeber und die Übersendung der Handakten an den Bevollmächtigten der höheren Instanz noch hierher gehören. Aus § 44 Abs. 2 RAGebD. wird ferner entnommen werden müssen, daß auch eine mit der Übersendung der Handakten an den Prozeßbevollmächtigten der höheren Instanz verbundene gutachtliche Äußerung, zu der die Partei einen Auftrag nicht gegeben hatte, durch die Prozeßgebühr

erster Instanz mit abgegolten wird. Durch ausdrückliche Vorschrift (§ 35 RAGebD.) ist schließlich festgelegt, daß dem Prozeßbevollmächtigten der ersten Instanz für die einmalige Erwirkung des Rechtskraftzeugnisses oder der Vollstreckungsklausel eine besondere Gebühr neben der Prozeßgebühr nicht zusteht (vgl. B a u m b a c h, Anm. 2 und R i t t m a n n - W e n z, Anm. 2 zu § 13 RAGebD.).

Für die Tätigkeit des Prozeßbevollmächtigten erster Instanz bei der Einwilligungserklärung zur Sprungrevision ist nun eine Vorschrift nicht gegeben. Daraus ergibt sich einmal, daß eine Bestimmung in dem Sinne der zuletzt angeführten, wonach diese Tätigkeit durch die Prozeßgebühr erster Instanz abgegolten würde, nicht besteht. Möglich wäre trotzdem, daß die Prozeßgebühr erster Instanz auch diese Tätigkeit abgibt, dann nämlich, wenn sie als ohnehin in den Rahmen des Aufgabentranges des erstinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten fallend und von dem ihm erteilten Auftrag mit umfaßt angesehen werden können (vgl. B a u m b a c h, Anm. 1 B zu § 25 RAGebD.: Die Instanz dauert „bis zum Abschluß der auftragsmäßigen Tätigkeit“).

Dies letzte kann jedoch bei genauer Prüfung nicht angenommen werden. Der im Verhältnis zwischen Anwalt und Partei die Instanz beginnende und für ihren Umfang maßgebende Auftrag der Partei erschöpft sich regelmäßig in der Führung des Rechtsstreites bis zur Erwirkung der gerichtlichen Entsch. oder sonstigen Erledigung des Streites, wobei die der Durchführung dieser Aufgabe dienenden, sie begleitenden und abschließenden Nebentätigkeiten mit einbegriffen sind. Daher gehört die Entgegennahme und Mitteilung der gerichtlichen Entsch. an die Partei ebenso ohne weiteres noch zur Erfüllung des Auftrages wie die Abrechnung mit der Partei, die Aushändigung der erledigten Handakten an sie oder deren Übersendung an den Prozeßbevollmächtigten der höheren Instanz, mit deren Durchführung ein anderer Prozeßbevollmächtigter betraut wurde. Die Einforderung und Erteilung der Einwilligung zur Sprungrevision unterscheidet sich von diesen Tätigkeiten wesentlich dadurch, daß nicht die erste Instanz abzuschließen, sondern die höhere einzuleiten, und die unumgängliche prozessuale Voraussetzung hierfür zu schaffen bestimmt ist. Sie überschreitet damit die Grenzen des Auftrages zur Prozeßführung in erster Instanz oder zur Führung des Schriftwechsels mit dem Prozeßbevollmächtigten dieser Instanz und kennzeichnet sich als zur RevInst. und nur zu dieser gehörig insbes. dadurch, daß beim Fehlen der formgerechten Einwilligungserklärung des RevBefl. die Sprungrevision als unzulässig verworfen werden muß, was das RevG. von Amts wegen nachzuprüfen hat (RGZ. 118, 294). Zutreffend hat daher die Rspr. schon dem Verkehrsanwalt (OLG. Stettin v. 10. Nov. 1930: JW. 1930, 3869¹⁷) und dem Prozeßbevollmächtigten erster Instanz des RevSt. (OLG. Königsberg v. 13. Juni 1929: JW. 1929, 3174¹⁸) für die Beschaffung der Einwilligung zur Sprungrevision, aber auch dem erstinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten des RevBefl. (OLG. Braunschweig vom 27. Okt. 1937: JW. 1938, 132¹⁹) für ihre Erteilung eine besondere Gebühr neben der Prozeß- oder Schriftwechselgebühr zugewilligt und dabei die Zustimmung des Schriftstums gefunden (vgl. JW. 1929, 3174; desgl. B a c h: JW. 1938, 132; B a u m b a c h, Anm. zu § 52 RAGebD.; W i l l e n b ü c h e r, Anm. 1 zu § 52 RAGebD.). Mit Recht hat demgemäß auch im vorl. Falle der angefochtene Beschluß dem erstinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten der Befl. eine besondere Gebühr zugesprochen.

Die von der Beschw. hiergegen erhobenen Einwendungen können nicht als stichhaltig anerkannt werden. Zuzugeben ist ihr nur, daß dem Prozeßbevollmächtigten der RevInst. diese besondere Gebühr nicht zukommt. Daß damit für den Prozeßbevollmächtigten erster Instanz nichts gesagt ist, wurde im Vorstehenden dargelegt. Wenn die Anwälte der LG. und OLG. regelmäßig sich ohne besondere Gebührensrechnung auch über die Zulässigkeit und Aussicht eines Rechtsmittels gutachtlich äußern, so ist auch damit für die hier zu entscheidende Frage nichts gewonnen. Denn hier handelt es sich um etwas anderes und um mehr: der unterliegende Teil wird nicht nur über die Zulässigkeit eines Rechtsmittels beraten und dessen Aussichten geprüft, sondern er gibt, nachdem er sich darauf zur Einlegung der Sprungrevision entschlossen hat, den Auftrag zur Beschaffung der dazu nötigen Einwilligungserklärung, und gerade die hierfür aufzuwendende Tätigkeit soll durch die streitige Gebühr abgegolten werden. Mag sie im einen Fall auch in einer einfachen kurzen Anfrage an den Gegner bestehen, so kann sie im anderen auch noch eingehende, dazu unter dem zeitlichen Druck des drohenden Ablaufs der Rechtsmittelfrist stehende Verhandlungen erfordern. Im Falle des Erfolges aber erspart die Maßnahme die vollen Kosten der RevInst. Auf der Seite des Obliegenden wird der Anwalt, nachdem er bereits die Beratung über Zulässigkeit und Aussichten eines Rechtsmittels abgeschlossen hat, aufs neue mit dieser Frage unter dem Gesichtswinkel befaßt, ob er es als zulässig, als sachlich gerechtfertigt und

als zweckdienlich erachtet, dem Gegner die Sprungrevision zu ermöglichen, während er auf die Einlegung der Berufung durch den Gegner keinen Einfluß ausüben vermag. Die Beratung der Partei, auch hier unter Umständen nach eingehenden Verhandlungen mit der Gegenseite, und die Abgabe der Einwilligungserklärung stellen auch auf der Seite des künftigen RevBefl. zusätzliche Aufgaben dar, die den Rahmen des Geschäftsbetriebes erster Instanz sprengen und auch über die bloße Prüfung der Zweckmäßigkeit eines Rechtsmittels hinausgehen, so daß sie durch die Prozeßgebühr erster Instanz nicht als abgegolten angesehen werden können. Wenn schließlich die Beschw. auch insofern Recht hat, daß die Kosten der Prozeßführung nicht ohne Not erhöht werden dürfen, so besteht doch auch andererseits die kostenrechtliche Erwägung zu Recht, daß der Rechtsanwalt für jede Einzelstätigkeit, die nicht durch eine der Pauschalgebühren abgegolten wird, Vergütung durch eine entsprechende Gebühr zu beanspruchen hat.

Hinsichtlich der Höhe kann nur eine $\frac{1}{10}$ -Gebühr in Frage kommen. Es liegt nach dem bisher Gesagten hier ein echter Fall der Anwendbarkeit des § 89 RAGebD. vor, wo dem Rechtsanwalt innerhalb des Geltungsbereichs des § 1 RAGebD. ein Geschäft übertragen wurde, für welches die RAGebD. eine Gebühr nicht bestimmt, das also insbes. auch nicht unter eine der bestehenden Pauschalgebühren fällt (vgl. Beschl. v. 19. März 1938, 20 W 1013/38; JW. 1938, 1610⁴²). Die Gebühr ist daher unter entsprechender Anwendung der RAGebD. zu bemessen. Allerdings erscheinen die bisher hierfür herangezogenen Bestimmungen nicht zutreffend. Die Vorschrift des § 23 Nr. 7 RAGebD., die OLG. Stettin heranzieht, betrifft nur äußerliche Zuständigkeitsfragen, die Regelung der Erledigung einer Angelegenheit, für die an sich die Instanz bereits gegeben ist, während in den Fällen des § 566 a ZPO. der Verzicht auf eine Instanz in Frage steht. Ebenso wenig erscheint die Bestimmung des § 46 RAGebD. anwendbar, der lediglich die Anfertigung eines Schriftsatzes zum Gegenstand hat. Auch von den sonstigen Einzelgebühren der RAGebD. ist keine zum Vergleiche heranzuziehen.

Auf den richtigen Weg führt die Überlegung, daß die in Rede stehende Tätigkeit an sich zum Geschäftsbetrieb des Prozeßbevollmächtigten der RevInst. gehört, so daß sie durch die Prozeßgebühr des Prozeßbevollmächtigten der RevInst. abgegolten wird, wenn dieser mit der Beschaffung oder Abgabe der Einwilligungserklärung beauftragt wurde. Es kann daher nur die Prozeßgebühr selbst als die zum Vergleiche heranzuziehende Gebühr in Frage kommen, allerdings nur mit der Einschränkung des § 14 RAGebD., wie die folgenden Ausführungen ergeben. Diese Vorschrift schränkt den Gebührensatz der Prozeßgebühr für den Fall allgemein ein, daß der Auftrag vor Beginn des zur mündlichen Verhandlung bestimmten Termins erledigt ist. Gerade das trifft für den vorl. Tatbestand zu. Denn der Auftrag an den Prozeßbevollmächtigten erster Instanz beschränkt sich ja auf die Beschaffung oder Abgabe der Einwilligungserklärung, und diese muß der Revisionschrift beigelegt werden, auf welche hin überhaupt erst Termin anberaumt werden kann. Der Auftrag muß also seinem Inhalte nach vor Beginn des Verhandlungstermins erledigt sein. Weiter bestimmt § 14 RAGebD., daß die dort festgesetzte Beschränkung der Prozeßgebühr ihr Ende findet, sobald der Prozeßbevollmächtigte entweder die Klage eingereicht hat, oder einen Schriftsatz hat zustellen lassen. Der Fall der Einreichung der Klage scheidet ohne weiteres aus, da es sich um die RevInst. handelt. Aber auch die Zustellung eines Schriftsatzes kommt nicht in Frage. Die Beschaffung ebenso wie die Abgabe der Einwilligungserklärung vollzieht sich außerhalb des Wechsels von zu stellenden Schriftsätzen durch mündliche, telephonische oder briefliche Verhandlung der Beteiligten; der Auftrag ist erledigt und die Gebühr erwachsen spätestens mit der Überlegung der Einwilligungserklärung an den Prozeßbevollmächtigten der RevInst., und erst die darauf zu fertigende Revisionschrift mit der ihr als Anlage dienenden Erklärung stellt den nächsten der Zustellung bedürftigen Schriftsatz dar. Für die hier erörterte Gebühr bleibt er indessen schon deswegen unmaßgeblich, weil er, um überhaupt Rechtswirkung zu haben, von einem anderen Anwalt, dem Prozeßbevollmächtigten der RevInst., unterzeichnet werden muß; im übrigen liegt er zeitlich nach der Beendigung des Auftrages, die die Beschränkung der Gebühr begründet. Hiernach stände einem Prozeßbevollmächtigten, der nur die Beforgung der Einwilligungserklärung erledigt hat, beispielsweise einem Anwalt der RevInst., der in diesem Zeitpunkt, aber noch vor Einlegung der Rev. stirbt oder gelöst wird, gemäß § 14 RAGebD. die Prozeßgebühr nur in Höhe von $\frac{1}{10}$ zu, und nichts anderes kann auf Grund des § 89 RAGebD. für den Anwalt erster Instanz gelten, der für den RevBefl. die Einwilligungserklärung beschafft, oder für den RevBefl. sie abgegeben hat.

Außer Streit ist bisher in Schrifttum und Rspr., daß in Fällen solcher Art die im § 52 RAGebD. vorgesehene Erhöhung

um drei Zehnteile einzutreten hat. Denn nach dieser Vorschrift muß jede anwaltliche Tätigkeit abgegolten werden, die mit Bezug auf den Auftrag zur Einlegung der Berufung oder Rev. ausgeübt wird, wie z. B. die Fertigung eines Armenrechtsgesuches für die höhere Instanz oder die Führung des Schriftwechsels in dieser Instanz (vgl. Wilkenbücher, Anm. 1 zu § 52; Baumbach, zu § 52 RAGebD.). Die Vergütung des Anwalts erster Instanz bemißt sich nach alledem auf $\frac{13}{20}$ der Sätze des § 9 RAGebD. Die im § 48 RAGebD. verordnete Höchstgrenze wird damit nicht überschritten.

Zu erwähnen bleibt schließlich nur, daß auch die Erstattungsfähigkeit der Gebühr außer Zweifel steht. Sie ergibt sich aus dem Gesetze selbst. Gemäß § 566 a ZPO. kann die Einwilligungserklärung von dem Prozeßbevollmächtigten der ersten Instanz abgegeben werden. Seine Beauftragung ist daher verfahrensrechtlich ordnungsmäßig. Die Gebühren und Auslagen des Rechtsanwalts sind nach § 91 Abs. 2 ZPO. in allen Fällen zu erstatten, die Kosten mehrerer Anwälte, soweit sie die Kosten eines Rechtsanwalts übersteigen, jedoch nur insoweit, als in der Person des Rechtsanwalts ein Wechsel eintreten mußte. Die Notwendigkeit dieses Wechsels ergibt sich aus dem Anwaltszwange (§ 78 ZPO.). Da der zulässigerweise mit der Einwilligungserklärung beauftragte Anwalt beim RevG. nicht zugelassen ist, muß ein Wechsel in der Person des Anwalts mit dem Augenblicke der Bestellung des Prozeßbevollmächtigten für die RevInst. eintreten. Von vornherein einen beim RevG. zugelassenen Rechtsanwalt im Hinblick auf dessen spätere Zuziehung zu beauftragen, ist keiner der Parteien so lange zuzumuten, als nicht schon die Erteilung der Einwilligung feststeht; in diesem Zeitpunkte aber sind die Mehrgebühren bereits entstanden.

(RG., 20. Zivilsen., Beschl. v. 21. Mai 1938, 20 W 1936/38.)

*

34. RG. — § 697 ZPO.; §§ 23 Nr. 5, 16, 38 RAGebD.

1. Mehrkosten durch grundloses, nur Verzögerungszwecken dienendes Widerspruchsverfahren treffen den Schuldner.

2. Beschränkt sich die Verhandlung auf übereinstimmenden Verteilungsantrag, so entsteht nur eine $\frac{1}{20}$ -Verhandlungsgebühr.

Die Besl. hatten irgendeine sachliche Einwendung gegen den unstreitigen Klageanspruch weder vor der Klagerhebung noch im Rechtsstreite geltend gemacht. Gerade für solche Fälle ist das Mahnverfahren eingeführt worden, um dem Gläubiger einen billigen und schnellen Weg zur Erlangung eines vollstreckbaren Titels zu geben. Es ist selbstverständlich und in der Rspr. des Senats ständig anerkannt, daß in derartigen Fällen der Gläubiger sich nicht darauf vertreiben zu lassen braucht, wegen eines — dem widerstrebenden Schuldner jedergzeit möglichen — unbegründeten Widerspruches schon für den Zahlungsbefehl den beim LG. zugelassenen Anwalt zu beauftragen; vielmehr kann er sich, da beim AG. Anwaltszwang nicht vorgeschrieben ist, jedes Anwalts, der sein Vertrauen genießt, bedienen (vgl. 20 W 4723/29 v. 2. Juli 1929). Die durch den grundlosen Widerspruch des Schuldners entstehenden Mehrkosten werden mit Recht diesem zur Last gelegt. Nur wo die vorangegangenen Verhandlungen den Gläubiger mit der Möglichkeit oder Wahrscheinlichkeit des Widerspruches rechnen lassen mußten, ist aus der grundsätzlichen Erwägung, daß die Prozeßführung unnötige Kosten nach Möglichkeit ersparen soll, im Einzelfalle den Gedanken des angefochtenen Beschlusses folgend der Mehraufwand für den besonderen Anwalt des Mahnverfahrens dem Gläubiger zur Last zu legen.

Nur so gelangt man auch zu einem billigen Ergebnis. Es widerspricht jedem gesunden Rechtsempfinden, wenn es dem Schuldner, der bereits, obwohl bar jedes sachlichen Einwandes, durch geschickte Ausnutzung formaler Möglichkeiten eine durch nichts gerechtfertigte Verschleppung der Sachentscheidung erreicht hatte, dazu auch noch gelingen sollte, die allein durch seine Verzögerungstaktik verursachten Mehrkosten ganz oder teilweise dem obliegenden Gläubiger zur Last zu legen.

Besüglich in der Höhe der Verhandlungsgebühr bedarf die Festsetzung des AG. einer Richtigstellung. Nachdem die Kl. schon im Gesuche um Erlassung des Zahlungsbefehls für den Fall des Widerspruches die Verweisung des Rechtsstreits an das LG. erbeten hatte, hat sie folgerichtig, wie das Sitzungsprotokoll des AG. ergibt, in dem trotzdem dort anberaumten Termine keinen Antrag zur Sache gestellt, sondern sofort und nur die Verweisung an das LG. beantragt. Diesem Antrage haben sich die Besl. angeschlossen. Danach ist zur Hauptsache überhaupt nicht, sondern ausschließlich zur Prozeß- und Sachleitung, und zwar unstreitig, verhandelt worden. Demzufolge berechnet sich die Verhandlungsgebühr beim AG. nicht auf $\frac{1}{10}$, sondern gemäß §§ 23 Nr. 5, 16 RAGebD. auf $\frac{1}{20}$ der vollen Gebühr.

(RG., 20. Zivilsen., Beschl. v. 11. Juni 1938, 20 W 2515/38.)

*

35. **OBG.** — §§ 722 ff., 328 **ZPO.**; § 9 **Österr. Exekut. D.** vom 27. Mai 1896; § 466 **Österr. ZPO.** Klage des deutschen ZeSSIONARS auf Erlaß des Vollstreckungsurteils bzgl. eines vom tschechoslowakischen Zedenten erwirkten tschechoslowakischen Urteils, das auf Zahlung von Tschechenkronen lautet. Nachweis der Klagebefugnis des ZeSSIONARS und der Rechtskraft des tschechoslowakischen Urteils. Die Anpassung des auf ausländische Währung lautenden ausländischen Zahlungsurteils an die deutsche Devisengesetzgebung stellt keine sachlich-rechtliche Änderung des ausländischen Urteils dar.

Durch Veräumnisurteil des Kreisgerichts in Leitmeritz (Tschechoslowakei) vom 11. Juni 1933 ist der Bekl. zur Zahlung von 10 425,29 Kronen nebst 6 % Zinsen seit 1. Jan. 1931 und zur Zahlung der Prozeßkosten in Höhe von 679,40 Kronen an die tschechische Firma S., die damalige Kl., verurteilt worden. Diesen Anspruch hat die Firma S. durch Urkunde vom 11. Sept. 1937, die von dem Kreisgericht in Leitmeritz beglaubigt ist, an den Kl. abgetreten. Der Kl. will aus dem von der Firma S. erwirkten Veräumnisurteil, das am 9. Sept. 1937 für vollstreckbar erklärt worden ist, gegen den sich zur Zeit in Deutschland aufhaltenden Bekl. vollstrecken.

Er hat im ersten Rechtszuge beantragt, die Zwangsvollstreckung aus dem Urteil für zulässig zu erklären, hilfsweise den Bekl. zur Zahlung von 10 425,29 Tschechenkronen und der Prozeßkosten von 679,40 Tschechenkronen zu verurteilen.

Der Bekl. hat um Klageabweisung gebeten. Er ist der Ansicht, daß die zu einer Klage auf Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung erforderlichen Prozeßvoraussetzungen nicht erfüllt seien.

Das **OG.** hat die Klage abgewiesen, weil der Kl. veräumt habe, die Devisengenehmigung rechtzeitig beizubringen. Gegen dieses Urteil hat der Kl. frist- und formgerecht Berufung eingelegt. Er hat unter Vorlegung des Devisengenehmigungsbescheides des **Österr. Präs.** in Magdeburg vom 31. März 1938, auf dessen Inhalt Bezug genommen wird, beantragt: unter Abänderung des angefochtenen Urteils die Zwangsvollstreckung aus dem Veräumnisurteil des Kreisgerichts in Leitmeritz vom 12. Juni 1933 zugunsten des Kl. detart für zulässig zu erklären, daß der Bekl. die Urteils- und Kostensumme des obengenannten Urteils, umgerechnet in Reichsmark nach dem amtlichen Kurs der Tschechischen Krone vom Tage vor der Zahlung an der Mitteldeutschen Börse in Leipzig, auf ein Sperrkonto nach § 18 **Ges.** über die Devisenbewirtschaftung v. 4. Febr. 1935 bei der Dresdner Bank in Halle a. S. zu zahlen hat, hilfsweise stellt der Kl. den Zahlungsantrag des ersten Rechtszuges mit der gleichen, durch den Devisengenehmigungsbescheid bedingten Maßgabe.

Der Bekl. dittet, die gegnerische Berufung zurückzuweisen.

Er befreit die Wirksamkeit der Abtretung, da ein Anspruch der früheren Kl. gegen ihn zur Zeit der Abtretung nicht bestanden habe.

Der Kl. behauptet, er habe zunächst den ihm gegen den Bekl. ursprünglich zustehenden Anspruch an die frühere Kl. abgetreten gehabt, diese habe den Anspruch eingeklagt und nach Beendigung des Geschäftsverhältnisses an ihn zurückübertragen.

Die Berufung mußte nach dem Hauptantrag aus folgenden Gründen Erfolg haben:

Der Kl. ist als Rechtsnachfolger der Firma S. zur Erhebung der Klage befugt. Die Wirksamkeit der Rechtsnachfolge, die nach tschechoslowakischem Recht zu beurteilen ist, ergibt sich aus § 9 der in den weislichen (ehemals österreichischen) Teilen der Tschechoslowakei geltenden **Österr. Exekutions D.** v. 27. Mai 1896 (vgl. **ZW.** 1936, 1873: „Zur Vollstreckung tschechoslowakischer Forderungen und Urteile in Deutschland“ von **Öst. Dr. Pohle**, Berlin). Danach „kann zugunsten einer anderen als der im Exekutions-titel als berechtigt bezeichneten Person ... die Exekution nur so weit stattfinden, als durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen wird, daß der im Exekutionstitel anerkannte Anspruch ... von den daselbst benannten Personen auf diejenigen Personen übergegangen ist, von welchen ... die Exekution beantragt wird“. Da die Exekutionsbewilligung bereits dann zu erteilen ist, wenn der neue Gläubiger seine Berechtigung durch eine öffentlich beglaubigte Urkunde nachweist, reicht die vom Kl. überreichte Abtretungsurkunde, die vom Kreisgericht in Leitmeritz beglaubigt ist, zum Nachweis seiner Klagebefugnis aus. Einer Umschreibung des Titels auf den Kl., die bei Anwendung deutschen Rechts nach § 727 **ZPO.** erforderlich wäre, bedarf es nach dem in der Tschechoslowakei geltenden Prozeßrecht nicht.

Nach § 723 **Abf. 2 S. 2 ZPO.** ist das Vollstreckungsurteil nicht zu erlassen, wenn die Anerkennung des Urteils nach § 328 **ZPO.** ausgeschlossen ist. Im vorl. Falle stehen der Anerkennung des Urteils keine Bedenken entgegen. Das tschechoslowakische Gericht war für den Bekl., der tschechoslowakischer Staatsangehöriger ist, zur Zeit der Urteilsfällung auch nach den deutschen Gesetzen zuständig (§ 328 **Ziff. 1**); denn der Bekl. wohnte damals in der

Tschechoslowakei und unterlag somit auch der tschechoslowakischen Gerichtsbarkeit.

Da dem Kl. nunmehr die Devisengenehmigung erteilt worden ist, verstößt die Anerkennung des Urteils auch nicht mehr gegen den Zweck der deutschen Devisengesetzgebung. Damit ist die gesetzliche Grundlage für das klageabweisende Urteil des ersten Rechtszuges weggefallen. Die nach § 328 **Ziff. 5** erforderliche Gegenleistung ist in Bezug auf die Tschechoslowakei durch die Befanntmachung vom 25. Juni 1924 verbürgt.

Die nach § 328 für die Anerkennung eines ausländischen Urteils erforderlichen Voraussetzungen liegen somit vor.

Nach § 723 **Abf. 2 S. 1 ZPO.** ist die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung aus einem ausländischen Urteil weiter davon abhängig, daß das Urteil des ausländischen Gerichts nach dem für dieses Gericht geltenden Recht die Rechtskraft erlangt hat. Aus dem tschechoslowakischen Zivilprozeßrecht ergibt sich, daß die Zwangsvollstreckung nur aus rechtskräftigen Entscheidungen stattfindet.

Nach § 1 **Ziff. 1** der Exekutionsordnung sind Exekutionstitel Endurteile und andere in Streitfachen ergangene Urteile, wenn ein weiterer Rechtszug oder doch ein die Exekution hemmendes Rechtsmittel nicht gewährt ist. Voraussetzung für die Vollstreckbarkeitsklärung ist somit die formelle Rechtskraft des Urteils. Dies folgt auch aus § 466 **Österr. ZPO.**, die ebenfalls in der Tschechoslowakei Geltung hat. Danach wird durch die rechtzeitige Erhebung der Berufung der Eintritt der Rechtskraft und Vollstreckbarkeit des angefochtenen Urteils im Umfange der Berufungsanträge bis zur Erledigung des Rechtsmittels gehemmt. Es ist deshalb davon auszugehen, daß die Vollstreckungsklausel nicht erteilt worden wäre, wenn der Bekl. Berufung eingelegt hätte, zumal nach § 411 **Österr. ZPO.** die Rechtskraft des Urteils von Amts wegen zu berücksichtigen ist.

Da der Bekl. nach tschechoslowakischem Recht das gegen ihn ergangene Veräumnisurteil mit einem anderen Rechtsmittel als der Berufung nicht anfechten konnte, ist das Urteil bei Erteilung der Vollstreckungsklausel — die vorläufige Vollstreckbarkeit kennt das tschechoslowakische Recht nicht — bereits rechtskräftig gewesen.

Der Bekl. meint, der materiellrechtliche Inhalt des Urteils erfahre eine Änderung, wenn die Zwangsvollstreckung — entsprechend dem Berufungsantrag des Kl. — mit der Maßgabe für zulässig erklärt werde, daß die im Urteil festgestellten Beträge in Reichsmark nach dem amtlichen Kurs der Krone am Tage vor der Zahlung zu leisten seien. Das ist jedoch unzutreffend. Von einer Änderung des Inhalts des ausländischen Urteils kann deshalb keine Rede sein, weil der Kursstand der Krone, also die tschechische Währung, für die Höhe des zu zahlenden Reichsmarkbetrages maßgebend ist. Bis zum Vortage der Zahlung ist alleiniger Wertmaßstab nicht die deutsche, sondern die tschechische Währung.

Die vom Bekl. vertretene Rechtsansicht steht auch im Widerspruch zur deutschen Devisengesetzgebung; denn danach würde die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung aus ausländischen Urteilen in den meisten Fällen zu verneinen sein.

Für die Behauptung des Bekl., ein Anspruch der Firma S. gegen ihn habe zur Zeit der Abtretung an den Kl. nicht bestanden, fehlt es an jeder näheren Darlegung. Sie ist auch belanglos, da es nur darauf ankommt, ob der Klageanspruch, d. h. die Forderung des jetzigen Kl., bestanden hat.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 **Abf. 2 ZPO.** Der Kl. hat im ersten Rechtszuge veräumt, die Devisengenehmigung beizubringen, obwohl er vom Gericht darauf hingewiesen worden war. Da der Kl. bei Vorliegen der Devisengenehmigung bereits im ersten Rechtszuge obgesiegt hätte, waren ihm die Kosten der Berufung aufzuerlegen. Die Kosten des ersten Rechtszuges treffen dagegen den Bekl. (§ 91 **ZPO.**).

(**OBG.** Raumburg, 6. **ZivSen.**, **Urt.** v. 29. Juni 1938, 6 U 6/38.)

*

36. **AG.** — §§ 766, 851 **ZPO.**; **Ges.** zur Sicherung von Bauforderungen v. 1. Juni 1909 (**RSBl.** I, 449 ff.); **Ges.** über die Abtretung von Beamtenbezügen zum Heimstättenbau vom 30. Juni 1927 (**RSBl.** I, 133 f.). Die Pfändung des Anspruchs auf Auszahlung des Bauparguthabens und des Rechtes auf Kündigung ist zulässig, solange nicht mit Sicherheit das Vorhandensein sämtlicher Voraussetzungen für die künftige Auszahlung des Darlehns feststeht.

Durch den angefochtenen Pfändungs- und Überweisungsbeschuß sind die Ansprüche des Schuldners aus einem Bauparvertrag mit der Beamtenheimstättenengesellschaft mbH. in Berlin, sowie auf Kündigung und Auszahlung des Guthabens gepfändet worden. Hiergegen richtet sich die Erinnerung des Schuldners. Die Erinnerung ist unbegründet.

Die Ansprüche des Schuldners aus dem Bauparvertrage sind der Pfändung unterworfen. Einzelne aus einem bestimmten Rechtsverhältnis entspringende Ansprüche sind pfändbar. Der Einwand des Schuldners, die angeblidhe Zweckgebundenheit seiner Ansprüche schließe jede Pfändungsmöglichkeit aus, kann nicht durchschlagen. Zwar sollen die von dem Schuldner in Erfüllung des Bauparvertrages regelmäßig geleisteten Einzahlungen ihm in späterer Zeit ein Darlehn zur Ausführung eines Hausbaues sichern. Aus diesem Umstande allein kann jedoch nicht auf eine Zweckgebundenheit der Ansprüche des Schuldners aus dem Vertrage geschlossen werden. Die Gewährung des in Aussicht gestellten Darlehns ist nicht nur von den durch den Schuldner zu leistenden Einlagen, sondern auch davon abhängig, daß die weitere Finanzierung des Baues gesichert und seine Ausführung mit Bestimmtheit zu erwarten ist. Solange nicht mit Sicherheit festgestellt ist, daß diese Voraussetzungen, die für die künftige Auszahlung des Darlehns nach den allgemeinen den Bauparverträgen zugrunde liegenden Bedingungen unerlässlich sind, vorliegen, kann mithin von einer Zweckgebundenheit der geleisteten Einlagen nicht die Rede sein. Zum anderen würde es zu einem nicht zu billigen Ergebnis führen, wenn man mit Rücksicht auf die zu einem ungewissen Zeitpunkt eintretende Zweckgebundenheit der Spareinlagen, deren Unpfändbarkeit annehmen wollte. Es wäre dann jedem Bauparere die Möglichkeit gegeben, sich im weitestem Maße unpfändbar zu machen. Eine derartige Auslegung des von dem Schuldner erwähnten Gesetzes über die Abtretung von Beamtenbezügen zum Heimstättenbau ist aber von dem Gesetzgeber weder gewollt noch beabsichtigt.

(OG. Wuppertal-Barmen, Beschl. v. 27. Juni 1938, 6 b M 1366/38.)

*

37. RG. — § 825 ZPO.; §§ 1, 5 AbzG. § 825 ZPO. ist wegen Umgehung des AbzG. grundsätzlich nicht anwendbar, wenn der Abzahlungsverkäufer die von ihm gepfändete Abzahlungssache erwerben will.

Zur Entsch. steht die Frage, ob es zulässig ist, daß eine Abzahlungsverkäuferin auf Grund eines Zahlungsurteils die verkaufte Sache pfänden läßt und gemäß § 825 ZPO. auf Anordnung des Vollstreckungsgerichts als Eigentum erwirbt. Die frühere 57. ZR., deren Arbeitsgebiet die erkennende Kammer übernommen hat, hatte die Frage bejaht (vgl. ZW. 1934, 1870 und 257 T 5788/37) und die entscheidende Kammer war dieser Auffassung zunächst beigetreten (vgl. 227 T 10345 37/687).

Dieser Standpunkt läßt sich bei erneuter Prüfung nicht aufrechterhalten.

Die §§ 1, 3 und 5 AbzG. v. 16. Mai 1894 bestimmen, daß bei Auslösung des Vertrages insolge Rücktritt (auch in der Form des § 1 Abz. 2 a. a. D.) oder Rücknahme der unter Eigentumsvorbehalt verkauften Sache Verkäufer und Käufer verpflichtet sind, die empfangenen Leistungen Zug um Zug zurückzugewähren. Die Bestimmungen sollen den Käufer, der mit den Ratenzahlungen in Rückstand gerät, davor schützen, gleichzeitig den gekauften Gegenstand und sämtliche auf ihn geleisteten Zahlungen zu verlieren. § 2 a. a. D. regelt daher ausschließlich, wie hoch sich bei Auslösung des Vertrages der Gesamtbetrag der vom Käufer zurückzugewährenden Leistungen stellt.

Es würde, wie das OG. zutreffend ausführt, eine Umgehung des Gesetzes darstellen, wenn der Abzahlungsverkäufer unter Vermeidung der ausdrücklichen Auslösung des Vertrages nach den §§ 1, 5 a. a. D. ohne Feststellung der anzurechnenden Leistungen des Käufers den verkauften Gegenstand im Wege der Pfändung und Selbstversteigerung oder nach § 825 ZPO. auf Grund eines Zahlungstitels zurückerwerben könnte (vgl. Crisolli: ZW. 1934, 1817 ff.; Danielcit: ZW. 1937, 290 ff.; mit gewissen Einschränkungen OG. Berlin: ZW. 1937, 335; OLG. Dresden: ZW. 1937, 2291).

Daß das AbzG. schon von vornherein derartigen Umgehungsversuchen hat vorbeugen wollen, ergibt die Ausdehnungsvorschrift des § 5 a. a. D. Es ergibt sich hiernach die Forderung, alle Willenserklärungen des Verkäufers, die im Ergebnis auf die Beendigung des Vertrages, sei es für die Vergangenheit oder für die Zukunft, hinauslaufen, den Folgen zu unterwerfen, die das Gesetz an die Ausübung des Rücktrittsrechts oder die Rücknahme der Sache nach § 5 a. a. D. knüpft. Solche Willenserklärungen sind bereits in dem Pfändungsauftrag, wenn er sich auf die verkaufte Sache richtet, sicher aber in dem Antrag auf Übereignung nach § 825 ZPO. zu erblicken. Ein Verkäufer, der die verkaufte Sache pfänden läßt, will dem Käufer nicht länger dem diesen nach dem Vertrag zustehenden Besitz überlassen, der Antragsteller aus § 825 ZPO. bringt in noch entschiedenerer Weise seinen Willen zum Ausdruck, den Vertrag, zum mindesten, soweit seine eigenen Verpflichtungen in Frage stehen, aufzulösen. Eine derartige Willensbindung kann nur als Rücktritt vom Vertrage entsprechend den

§§ 1, 5 a. a. D. beurteilt werden. Die Folge ist die, daß an Stelle der aus dem Kaufvertrage bestehenden Forderungen auf Zahlung des Kaufpreises und Übereignung der verkauften Sache die Ansprüche auf Rückgewähr der empfangenen Leistungen nach den §§ 1, 2 a. a. D. treten.

Dem durch Urteil festgestellten Kaufpreisanspruch steht also die Einwendung des Käufers entgegen, daß die Kaufpreissforderung rückwirkend durch Ausübung des Rücktrittsrechts oder des gleichzeitigen Antrages aus § 825 ZPO. erloschen sei. Die Durchführung einer Übereignung nach § 825 ZPO. würde demnach auf Grund eines Schuldtitels erfolgen, dessen Bestand der materiellen Rechtslage nicht mehr entspricht (vgl. Crisolli a. a. D., S. 1820). Da die Anordnung aus § 825 ZPO. dem pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts anheimgestellt ist — „kann“ —, darf das Gericht die wahre Rechtslage, wie sie sich aus der Aufhebung des Vertrages ergibt, nicht außer acht lassen und muß aus diesem Grunde die beantragte Maßnahme ablehnen (Crisolli a. a. D.). Die Auffassung der Gläubigerin, daß sie die begonnene Vollstreckung ungehindert fortführen könne, ist nicht zutreffend. Dem Schuldner steht es, wie die obigen Ausführungen erkennen lassen, frei, die Vollstreckungsgegenklage zu erwidern und die Fortsetzung der Vollstreckung durch eine Anordnung aus § 769 ZPO. zu hindern (Crisolli a. a. D.).

Der von der Gläubigerin gemachte Vorschlag, die aus den §§ 1, 2 AbzG. sich ergebenden gegenseitigen Verpflichtungen bei der Anordnung aus § 825 ZPO. mit zu berücksichtigen, kann an diesem Ergebnis nichts ändern.

Es ist nicht die Aufgabe des Vollstreckungsgerichts und nicht der Zweck des § 825 ZPO., über materielle Ansprüche der Parteien zu entscheiden (a. A.: Crisolli a. a. D.), noch dazu, wenn die Bewertung dieser Ansprüche in Aspr. und Rechtslehre die verschiedenartigste Bewertung erfahren haben (vgl. Crisolli, „Abzahlungsgeschäfte“, 4. Aufl., § 2 Anm. 43 ff.). Dabei ist auch zu beachten, daß bei höheren Objekten infolge Verschiebung des Instanzenganges die Herbeiführung von Entsch. des RG. völlig unterbunden würde.

Auch in dieser Ausschaltung des Prozeßverfahrens, das in anderer Weise zur Klärung der gegenseitigen materiellen Ansprüche berufen ist, liegt eine Umgehung des Gesetzes. Demgegenüber kann der Hinweis auf die Prozeßökonomie nicht ausschlaggebend sein, zumal die Gläubigerin für künftige Fälle es in der Hand hat, von vornherein den vom Gesetz gewollten Weg — Klage auf Herausgabe — zu beschreiten.

Wenn in der Entsch. des OG. Berlin (ZW. 1934, 1780²) eingewendet wird, der Gläubiger habe nach Ablehnung des Antrages aus § 825 ZPO. die Möglichkeit, die Vollstreckung nach § 814 ff. ZPO. fortzusetzen und die Sache selbst zu versteigern, so ist das nach den vorstehenden Ausführungen deshalb wohl nicht richtig, weil dem Schuldner dagegen die Vollstreckungsgegenklage und Maßnahme aus § 769 ZPO. zur Seite stehen.

Die Kammer vertritt aber darüber hinaus den Standpunkt, daß dem Schuldner auch dann die Vollstreckungsgegenklage zusteht, wenn der Gläubiger von vornherein, also ohne Antragstellung aus § 825 ZPO., die Vollstreckung auf die verkaufte Sache richtet. Denn spätestens im Zeitpunkt, in dem der Gerichtsvollzieher im Auftrage des Gläubigers Versteigerungstermin anberaunt, gibt dieser zu erkennen, daß er den Vertrag nicht mehr erfüllen will. Auch hier muß er sich wie ein vom Vertrag Zurücktretender behandeln lassen. Daraus folgt, daß von dem genannten Zeitpunkt — spätestens — der Schuldner die Zwangsvollstreckungsgegenklage erheben und Maßnahmen aus § 769 ZPO. erwirken kann. Daß der Abzahlungsverkäufer danach im Verhältnis zu einem gewöhnlichen Verkäufer geringere Vollstreckungsmöglichkeiten hat, ist zuzugeben.

Es liegt dies aber in dem Willen des Gesetzes begründet, vor Herausgabe der Sache an den Verkäufer, sei es auch nur im Wege der Zwangsvollstreckung nach den §§ 808 ff. ZPO., eine Klärung der gegenseitigen Ansprüche durch das Prozeßgericht herbeizuführen.

(OG. Berlin, 27. ZR., Beschl. v. 14. Juni 1938, 227 T 4945/38.)

*

38. RG. — §§ 1025 ff. ZPO.; §§ 339 ff. BGB. Ein Verband hat das Recht, durch Verhängung von Strafen seine Mitglieder zu einem verbandsgemäßen Verhalten zu zwingen. Es handelt sich dann nicht um Vertragsstrafen, sondern um regelrechte Strafen kraft Verbandsautonomie. Wird diese Befugnis einem Schiedsgericht übertragen, so übt dieses nur die Befugnisse eines Verbandsorganes aus, es kann sich dann nicht um ein schiedsrichterliches Verfahren und ein Schiedsurteil nach §§ 1025 ff. ZPO. handeln, das vollstreckbar erklärt werden könnte. †)

Die Zulässigkeit der von der Antragstellerin beantragten Vollstreckbarerklärung des Schiedsurteils v. 12. Aug. 1937 hängt

davon ab, ob es sich bei dem in Frage kommenden Schiedsurteil um ein solches handelt, das auf Grund eines Schiedsverfahrens gemäß §§ 1025 ff. ZPO. ergangen ist oder nicht. Der Vorderrichter hat die Frage verneint und angenommen, daß es sich nicht um ein Schiedsurteil i. S. des 10. Buches der ZPO. handelt. Dieser Ansicht ist beizutreten.

Bei der Beurteilung der Frage, ob ein schiedsrichterliches Verfahren gemäß §§ 1025 ff. ZPO. vorliegt oder nicht, ist davon auszugehen, welchen Charakter die dem Vekl. durch das angegebene Schiedsurteil auferlegte „Vertragsstrafe“ hat. Die Kl. will in dieser eine echte Vertragsstrafe i. S. der §§ 339 ff. BGB. erblicken. Zur Begründung führt sie aus, die Vertragsstrafe sei ein vereinfachter Ersatz für eine Schadensersatzforderung, da es gerade bei Wettbewerbshandlungen sehr schwer sei, einen konkreten Schaden nachzuweisen. Auch sei nur sehr schwer festzustellen, welches Mitglied des Verbandes gerade geschädigt sei. An Stelle der Geltendmachung eines speziellen Schadensersatzes trete daher die „Vertragsstrafe“. Die Entsch. der Höhe derselben sei in Anwendung des § 317 BGB. dem billigen Ermessen eines Dritten, nämlich eines Schiedsgerichts, übertragen.

Daß es sich bei der hier in Frage kommenden „Vertragsstrafe“ nicht um eine echte Vertragsstrafe i. S. der §§ 339 ff. BGB. handelt, ergibt sich aber noch aus einer Reihe anderer Gesichtspunkte. Dabei muß vor allem der Wortlaut der Satzung des Verbandes über Kohlenhandlungen näher berücksichtigt werden. Nach § 3 Ziff. 3 desselben sind die Mitglieder verpflichtet, allen Anordnungen des Vereinsführers usw. Folge zu leisten, insbes. die von dem Ausschuss für die Regelung des Wettbewerbs festgesetzten Preis-, Wettbewerbs- und Lieferungsbedingungen innezuhalten. Den Mitgliedern ist weiterhin verboten, mit anderen Mitgliedern in unlauteren Wettbewerb zu treten, insbes. in unlauterer Weise Brennstoffe anzubieten oder zu verkaufen usw. Nach § 3 Ziff. 4 der Satzung können Mitglieder, die das Ansehen oder die Interessen des Vereins oder des Berufes schädigen oder den Bestimmungen der Ziff. 3 dieses Paragraphen zuwiderhandeln, „bestraft“ werden, und zwar

- a) durch Verwarnung,
- b) durch Auflegung einer Vertragsstrafe,
- c) durch Ausschluß aus dem Verein.

Nach dem unmißverständlichen Wortlaut dieser Bestimmung handelt es sich bei der „Vertragsstrafe“ also um eine „Bestrafung“ des Mitgliedes für Zuwiderhandlungen gegen die Wettbewerbsbestimmungen usw. Schon daraus folgt, daß die zivilrechtliche Konstruktion einer echten Vertragsstrafe i. S. der §§ 339 ff. BGB. unhaltbar ist. Aber auch wenn man ohne Rücksicht auf den Wortlaut den Sinn und Zweck der Bestimmung des § 3 Ziff. 3 und 4 der Satzung näher untersucht, muß man zu dem gleichen Resultat kommen.

Aus dem Gedanken des § 3 Ziff. 3 und 4 der Satzung folgt, daß der Verband seine Mitglieder durch die in der Satzung festgelegten Mittel zwingen will, die von ihm herausgegebenen Wettbewerbs- und Lieferungsbedingungen zu beachten, und der Verband berechtigt sein soll, solche Mitglieder, die diesen Bestimmungen zuwiderhandeln, in Strafe zu nehmen. Die Befugnisse, solche Strafen zu verhängen, muß dem Verband zuerkannt werden. Denn insoweit handelt es sich bei der Verhängung von Strafen um einen Selbstverwaltungsakt des Verbandes, dem sich die einzelnen Mitglieder des Verbandes durch ihren Beitritt zum Verband unterwerfen. Diese zur Aufrechterhaltung der Vereinsordnung erlassenen Entscheidungen sind aber regelrechte „Strafen“ wegen Verletzungen der Vereinspflichten, beruhend auf der Vereinsautonomie zur Aufrechterhaltung der Vereinszucht. Sie stellen daher keine Vertragsstrafen i. S. der §§ 339 ff. BGB. dar. In Übereinstimmung hiermit ist es auch nur folgerichtig, die anerkannten „Strafen“, soweit es sich um Geldstrafen handelt, an den Verband (Verein) abzuführen.

Gegen diese Auffassung spricht auch nicht der Umstand, daß die Strafe nicht von einem Organ des Verbandes, sondern von einem selbständigen Schiedsgericht ausgesprochen wird. An sich wäre wohl der Vorstand oder ein sonstiges Organ des Verbandes berufen, durch ein besonderes Verfahren solche Verletzungen der Vereinspflichten festzustellen und mit den vorgesehenen Strafen zu belegen. Wird diese Tätigkeit einer anderen Stelle übertragen, wie hier einem Schiedsgericht, so übt das Schiedsgericht doch nichts anderes aus als die Befugnisse (eventuell sogar die Pflicht) eines Vereinsorgans, für die Aufrechterhaltung der Vereinszucht zu sorgen. Das Schiedsgericht übt daher insoweit nur Befugnisse eines Vereinsorgans aus, selbst wenn es selbst in der Satzung nicht als Organ des Verbandes aufgeführt ist.

Aus alledem folgt aber, daß es sich vorliegend nicht um eine Vertragsstrafe i. S. der §§ 339 ff. BGB. handelt, die durch ein Schiedsgericht auf Grund des vereinbarten Schiedsverfahrens festgesetzt ist, sondern um eine auf Grund der Vereinsautonomie fest-

gesetzte „Strafe“. Auch eine solche Strafe kann in einem schiedsrichterlichen Verfahren festgesetzt werden, es handelt sich aber dann insoweit nicht um ein schiedsrichterliches Verfahren und Schiedsurteil i. S. der §§ 1025 ff. ZPO. (vgl. *Jonas*, Anm. 11 i. U. zu § 1025 ZPO.).

Hieraus folgt, daß der Vorderrichter es mit Recht abgelehnt hat, den Schiedspruch für vollstreckbar zu erklären, da ein Schiedspruch i. S. des § 1041 ZPO. bzw. ein Schiedsvertrag i. S. dieser Vorschrift nicht vorlag.

(RG. Köln, Ur. v. 8. März 1938, 11 S 10/38.)

Anmerkung: Der Streitfall befaßt sich mit einer interessanten Frage, die schon zu verschiedenen Erörterungen geführt hat, ohne daß, wie die Entsch. zeigt, bisher eine gemeinsame Linie gefunden worden ist, der Frage der Verbandsstrafen und der sätzungsmäßigen Schiedsgerichtsklausel.

Der Tatbestand ist der in diesen Fällen übliche: Die Verbandsatzungen enthielten eine Bestimmung, daß Mitglieder, die das Ansehen oder die Interessen des Vereins oder Berufes schädigen oder Anordnungen des Vereinsführers und anderer Organe nicht Folge leisten, insbes. die von einem Ausschuss für die Regelung des Wettbewerbs festgesetzten Preis-, Wettbewerbs- und Lieferungsbedingungen nicht beachten, bestraft werden können, a) durch Verwarnung, b) durch Auflegung einer Vertragsstrafe, c) durch Ausschluß aus dem Verein. Die Vertragsstrafe wird durch das in § 11 der Satzungen bestimmte Schiedsgericht festgesetzt.

Das Schiedsgericht hatte ein Mitglied zu 250 RM Vertragsstrafe verurteilt. Der Verband hatte beantragt, das Schiedsurteil für vollstreckbar zu erklären. RG. und LG. haben den Antrag abgewiesen.

Auch die von den Parteien vorgebrachten Gründe für und wider sind die bei diesen Streitigkeiten immer wiederkehrenden, ohne daß freilich die Parteien — und die beiden Instanzen — Klpr. und Schrifttum zu diesen Fragen vollständig gewürdigt haben.

Der Kernpunkt der Entsch. ist der: Es liege kein echtes schiedsgerichtliches Verfahren vor, weil das Schiedsgericht nichts anderes sei als ein Organ des Verbandes, welches die Verbandsstrafgewalt ausübe; es handele sich auch gar nicht um eine wirkliche Vertragsstrafe, die vielmehr bestimmt sein müsse. Die erste Instanz hatte unter Bezugnahme auf verschiedene von einer der Parteien zitierte Entscheidungen und Abhandlungen in einem „Anhang“ zu dem Urteil ausgesprochen, daß auch das ordentliche Gericht nicht hätte entscheiden können, wenn die Schiedsgerichtsklausel aufgehoben worden wäre, denn einer Klage auf Zahlung einer angemessenen Geldstrafe fehle es mangels einer Bestimmung, wie sie etwa in § 938 ZPO. enthalten sei, an dem „Klagegrund“, mithin fehle der „Klagegrund“ auch in dem schiedsgerichtlichen Verfahren.

Hierzu ist folgendes zu bemerken: Die Urteile beider Instanzen beruhen im wesentlichen auf demselben Gedankengang, wie die Entsch. des LG. Frankfurt a. M. v. 11. Sept. 1935 (ZB. 1935, 3493 ff. m. Anm. von *Risch*). Dort hatten hauptsächlich materiellrechtliche Erwägungen zu einer Ablehnung der Vollstreckbarerklärung geführt, da nach § 1025 ZPO. nur solche Gegenstände einem Schiedsgerichtsverfahren unterworfen werden können, über die sich die Parteien vergleichen können. Eine Vertragsstrafe liege schon deshalb nicht vor, weil der Schuldner die Nachteile, die ihn treffen können, nicht von vornherein voll übersehen könne, eine Festsetzung durch Dritte endlich nach §§ 317, 319 BGB. sei nur ausnahmsweise möglich, eine Vertragsstrafe verfallende auch und werde nicht verhängt; es gehe nicht an, daß derartige Strafen den Charakter von Ordnungsstrafen, die im Rahmen der Selbstverwaltung verhängt werden, verlieren und in einem besonderen Strafverfahren verhängt werden. Alle diese Argumente, die *Risch* in der erwähnten Anmerkung zutreffend widerlegt hat, haben auch in dem vorl. Rechtsstreit eine erhebliche Rolle gespielt. Ich kann in der Tat nicht einsehen, weshalb eine Verbandsstrafe nicht als Vertragsstrafe wie jede andere gewertet werden soll, denn sie erhält ihren Vertragscharakter ohne weiteres durch die vertragliche Unterwerfung unter die Satzung, gleichgültig, aus welchem Motiv dies geschieht¹⁾. Ebenso bin ich, wie *Risch*, der Ansicht, daß die Strafhöhe nicht von vornherein feststehen braucht. Schließlich bin ich der Ansicht, daß auch ein Vergleich über die Höhe der Strafe möglich ist und daß mithin derartige Verbandsstrafen sehr wohl einer Schiedsgerichtsklausel zugänglich sind (oder bei Fehlen einer solchen eingeklagt werden können).

Im vorl. Falle erinnert nun das Schiedsurteil, worauf die

¹⁾ Vgl. auch RG. ZB. 1937, 554²⁴ und *Röding*: *Kart.-Rdsch.* 1937, 33?

erste Instanz richtig hingewiesen hat, äußerlich in der Tat sehr stark an strafprozessuale Entsch., indessen berührt diese Tatsache nicht den wirklichen Rechtscharakter.

Wesentlicher sind die Erwägungen von Kalsbach, „Privates Verbandsstrafrecht“: JW. 1937, 1753 ff. (die in dem zur Besprechung stehenden Rechtsstreit ebenfalls eine große Rolle gespielt haben), der in Fällen dieser Art ein echtes Schiedsgerichtsverfahren verneint, weil dieses sich nur mit Rechtsfragen oder der Beurteilung eines Tatbestandes nach rechtlichen Erwägungen befassen kann, während bei zahlreichen Schiedsgerichtsklauseln bei verbandlichen Strafbestimmungen nicht eine solche Entsch., sondern eine Entschickung, also ein Willensakt gefordert werde, so daß das sogenannte Schiedsgericht nichts als ein getarntes Organ des Verbandes sei.

Ich kann dieser Ansicht nicht beipflichten. Wird das Schiedsgericht in Bewegung gesetzt, so liegt darin schon die auf Beurteilung zur Zahlung der Vertragsstrafe gerichtete Willensäußerung des Verbandes, und das Schiedsgericht hat zu entscheiden, ob es eine Verurteilung für angebracht hält und in welcher Höhe. Daß der Antrag nicht beziffert zu sein braucht, steht schon für das gerichtliche Verfahren fest (Jonas, § 253 Anm. 4) und wird auch in der Praxis stets so gehandhabt (vgl. auch Rörting: PartRdsch. 1937, 330 ff.).

Erwähnt werden mag noch die RGEntsch. v. 11. Mai 1936 (RGZ. 151, 229 ff. = JW. 1936, 2538²² m. Anm. von Jonas). In dieser vertritt das RG. sogar den Standpunkt, daß ein echtes Schiedsgericht als Organ des Verbandes vorhanden sein könne, nur daß dann als Folge davon, wenn das Schiedsgericht aus irgendwelchen Gründen nicht zustande kommt, nicht etwa das ordentliche Gericht angerufen werden könne, aber auch nicht etwa der Straffestsetzungsbeschluß rechtskräftig würde, weil die Strafbefugnis auf das Schiedsgericht endgültig übergegangen sei.

Alles in allem beweist auch dieser Abschnitt des Schiedsgerichtswezens, zu welchen Schwierigkeiten es auf Schritt und Tritt führt, und daß die so gern verbreitete Ansicht von der Einfachheit und der so schönen Formlosigkeit des Schiedsgerichtsverfahrens in der Praxis wesentlich anders aussieht.

RA. Walther Steffen, Berlin.

Armenrecht und §§ 114—127 Zivilprozessordnung

39. AG. — ArmAnwG.; RAGebD. Dem ArmAnw. sind die vollen Gebühren auch dann zu erstatten, wenn in der Verhandlung nicht der Rechtsanwalt, sondern der ihm zur Ausbildung überwiesene Referendar aufgetreten ist.

Die weitere Verhandlungsgebühr nebst dazugehöriger Umsatzsteuer (7,50 RM + 0,15 RM) ist abgesetzt worden, weil der ArmAnw. in der streitigen mündlichen Verhandlung nach der Beweisaufnahme durch den Anwaltssozietät, der der ArmAnw. angehört, zugewiesenen Referendar vertreten wurde. Die Absetzung stützt sich auf Gelinský-Meyer, „Armenanwaltskosten“, 1936, S. 251—252 und die dort aufgeführten Entsch. Demgegenüber führt die Erinnerung aus, daß der ArmAnw. in der Erfüllung der ihm obliegenden Ausbildungspflicht den zur Ausbildung überwiesenen Referendar mit der Vertretung beauftragt habe. Daraus dürfe dem ArmAnw. ein Schaden nicht entstehen. Der zu der Erinnerung gehörte Bezirksrevisor hat namens der Reichskasse beantragt, die Erinnerung zurückzuweisen, und hat sich auf Gaedele, „Armenanwaltskosten“, S. 89 Riff. 2 Abs. 2 und 3 bezogen.

Grundsätzlich muß der Rechtsanwalt seine Dienste in Person leiten. Das kann er nicht immer. Dann, und auch sonst häufig nach allgemeiner Übung, mit der der Auftraggeber mangels ausdrücklicher Abrede rechnen muß, wird ein Vertreter tätig. Es fragt sich, wann der Rechtsanwalt für die Tätigkeit seiner Vertreter nach der RAGebD. berechnen darf. Es ist vermuthlicher Parteiville, daß der Rechtsanwalt einem bei ihm beschäftigten Referendar die Vertretung vor dem AG. übertragen kann. Der Rechtsanwalt kann nach der RAGebD. berechnen, wo er die Vertretung vertragsmäßige übertragen kann. Baumhach, „Die Reichskostengebühren“, 6. Aufl., S. 172/173, § 1 RAGebD. Anm. C, Danielzik v. Meden, „RAGebD.“, S. 4/5, Anm. 4 c zu § 1 bejaht die Gebührenfälligkeit bei Vertretung des ArmAnw. durch Stationsreferendar. Zu dem gleichen bejahenden Ergebnis, auch für Ausbildungsreferendar, kommt der Justiz-Bezirksrevisor Witte, Berlin, in seinem Aufsatz „Können Armenanwaltsgebühren, insbes. die Prozeßgebühren, aus der Reichskasse erstattet

werden, wenn ein Probeassessor oder ein Anwaltsassessor den Rechtsanwalt vertritt?“, JW. 1937, 1982. Die Frage ist jedoch noch nicht eindeutig entschieden. Gelinský-Meyer, „Armenanwaltskosten“ für eine Reihe gegenteiliger Entsch. und Ansichten. Auch Gaedele, „Armenanwaltskosten“, S. 89 Abs. 2 und 3 ist dagegen.

Bemerkenswert ist aber die Ansicht von Willenbücher, 12. Aufl., 230, Anm. 2 b und § 1 RAGebD., der auf den Widerstreit der Entsch. mit dem Bemerkten hinweist, daß die meisten Entsch. dazu neigen, die Gebührenfälligkeit zu bejahen.

Alle verneinenden Meinungen gehen von dem Grundsatz aus, daß der Anwalt seine Dienste in Person leisten müsse. Mit Recht weist aber die Erinnerung darauf hin, daß diese Pflicht sich mit der Ausbildungspflicht überschneide, daß es dem pflichtgemäßen Ermessen des Anwalts überlassen bleiben müsse, diese widerstrebenden Pflichten in Einklang zu bringen, und daß die Gebühren des Anwalts fällig werden, sobald der Anwalt das unter diesen Umständen mögliche getan hat. Das hamburgische Brauchtum hat immer auf diesem Standpunkt gestanden, der auch in der Rechtsprechung des AG. Hamburg v. 15. Jan. 1937 einen Ausdruck fand. Das Gericht schließt sich diesem an und hat daher der Erinnerung entsprochen.

(AG. Hamburg, Beschl. v. 22. Juni 1938, 33 C 1641/37.)

*

40. OLG. — §§ 91, 114 ZPO.; §§ 1564 ff. BGB. Erledigt sich nach Austellung der Scheidungsklage des Mannes die Hauptfrage durch Ausöhnung der Eheleute, ohne daß eine formelle Klagerücknahme erfolgt, so hängt die Frage, ob der bisher durch einen Wahlanwalt vertretenen Bekl. für die Fortsetzung des Verfahrens wegen der Kosten das Armenrecht zu bewilligen ist, davon ab, ob die Klage des Mannes Erfolg gehabt hätte. In der Ausöhnung der Parteien liegt kein Sich-selbst-Klaglos-Stellen des Mannes, das ihn zur Kostentragung verpflichten könnte.

Zwischen den Parteien hat bereits im Jahre 1937 ein Vorprozeß geschwebt, der durch Rücknahme der vom Kl. erhobenen Anfechtungs- und Scheidungsklage seine Erledigung gefunden hat, nachdem sich die Parteien ausgeöhnt hatten. Im Febr. 1938 erhob der Mann erneut Anfechtungs- und Scheidungsklage im Armenrecht, wobei er das Scheidungsbegehren u. a. auf hartnäckige Verweigerung des ehelichen Verkehrs stütze. Das hat die Bekl. zu Protokoll der Geschäftsstelle mit der Erklärung zugegeben, sie möge eben den Kl. nicht mehr und werde ihm auch in Zukunft jeden Geschlechtsverkehr verweigern. Nach Zustellung der Klage ließ sich die Bekl. durch RA. K. als Wahlanwalt vertreten. Im Verhandlungstermin erklärten die Parteien übereinstimmend: „Wir haben uns wieder einmal veröhnt.“ Der Anwalt des Kl. lies vortragen, daß der Kl. keine Kostenerstattungsansprüche gegen Bekl. stelle. Der Anwalt der Bekl. beantragte, der Bekl. für den Antrag, die Hauptfrage für erledigt zu erklären und dem Kl. die Kosten des Rechtsstreits aufzuerlegen, das Armenrecht zu bewilligen. Das OLG. lehnte den Antrag mit der Begründung ab, daß die erhobene Klage nach den Protokollerklärungen der Bekl. bearbeitet gewesen wäre. Darauf legte RA. K. namens der Bekl. Beschw. ein mit folgender Begründung: Durch die Ausöhnung habe sich der Kl. selbst klaglos gestellt. Richtig betrachtet, liege lediglich eine unausgesprochene Klagerücknahme vor, die ihn zur Kostentragung verpflichtet, ohne daß es auf die Ansichten der Rechtsverteidigung der Bekl. ankomme. Schließlich hält die Beschw., wie sie durch ihren Anwalt vortragen läßt, die Beurteilung des Kl. in die Kosten für aus rechtspolitischen Gründen notwendig, weil der Kl., wie die wiederholten, in kürzester Frist erhobenen und durch alsbaldige Ausöhnung erledigten Klagen bewiesen, mit dem Armenrecht auf Kosten der Allgemeinheit Mißbrauch treibe und seine Beurteilung in die Kosten ihn in Zukunft von jedem Mißbrauch abhalten würde. Das OLG. hat der Beschw. nicht abgeholfen und in der Überfundungsverfügung zum Ausdruck gebracht, daß die Bekl. durch die Ausöhnung habe erkennen lassen, daß sie die Streitigkeiten restlos als erledigt ansehen wolle, auch habe die Ausöhnung der Parteien ihren Streit in erster Linie zugunsten der Bekl. erledigt, ihr Begehren sei daher mutwillig.

Die Beschw. ist aus folgenden Gründen zurückgewiesen worden: Das OLG. hat mit Recht angenommen, daß die von der Bekl. beabsichtigte Rechtsverfolgung wegen der Kosten keine Aussicht auf Erfolg bietet. Nach den übereinstimmenden Erklärungen der Parteien zu Prot. v. 27. Mai 1938 hat zwischen ihnen alsbald nach der Klageerhebung durch den Ehemann eine Ausöhnung stattgefunden. Danach ist der Rechtsstreit durch beiderseitiges Nachgeben in der Hauptfrage erledigt worden. Die Verpflichtung zur Tragung der Kosten hängt daher, wie das OLG. mit Recht ausübt hat, davon ab, ob die Klage begründet gewesen wäre. Die Auffas-

lung der Bekl., der Kl. habe sich selbst durch einseitige Rechtsbehandlung kluglos gestellt und müsse sich deshalb so behandeln lassen, als habe er die Klage zurückgenommen, ist unzutreffend. Sie berücksichtigt nicht, daß eine Ausföhnung in aller Regel voraussetzt, daß jede Partei der andern Vorwürfe wegen ebewidrigen Verhaltens gemacht hat — wie es auch hier nach dem Parteivorbringen geschehen ist — und daß der Streit durch Nachgeben beider Parteien beendet worden ist. Unzweifelhaft ist dabei, ob nur die eine Partei die Scheidungsklage erhoben hat.

Das OLG. hat auch mit Recht angenommen, daß die Rechtsverteidigung der Bekl. in der Sache selbst mit Rücksicht auf ihre Einlassung zu Protokoll der Geschäftsstelle nicht aussichtsvoll gewesen wäre. Dahingestellt kann bleiben, ob nicht in der vorbehaltenen Ausföhnung der Eheleute ein Verzicht auf gegenseitige Kostenerstattung zu erblicken ist.

(OLG. Raumburg (S.), 6. (Kosten-) Zivilsen., Beschl. v. 25. Juni 1938, 6 W 100/38.)

*

41. OLG. — § 125 ZPO. i. Verb. m. § 82 Abs. 2 OAG. Solange die zum Armenrecht zugelassene Partei nicht für die Kosten haftet, weil diese durch gerichtliche Entsch. der Gegenpartei auferlegt worden sind (§ 82 Abs. 2 OAG.), ist gegen sie ein Nachzahlungsbeschluß aus § 125 ZPO. nicht zu erlassen.

Durch das rechtskräftige Urteil des OLG. v. 20. April 1938 sind die gesamten Kosten des Rechtsstreits den Bekl. auferlegt worden. Nach § 82 Abs. 2 OAG. kann daher der Kl. nur dann als Kostenschuldner in Anspruch genommen werden, wenn eine Vermögensvollstreckung in das bewegliche Vermögen der Bekl. erfolglos geblieben ist oder aussichtslos erscheint. Daß diese Voraussetzung bei den Bekl. vorliege, ist in keiner Weise ersichtlich oder gar festgestellt. Eine Kostenhaftung des Kl. besteht daher zur Zeit nicht, es ist auch gar nicht anzunehmen, daß sie in Zukunft eintreten wird. Die im Beschluß des OLG. zum Ausdruck gebrachte Ansicht, der Kl. sei durch die Anordnung nach § 125 ZPO. nicht beschwert, da er die von ihm eingezogenen Kosten von den Bekl. wieder Beitreiben könne, vermag die angefochtene Entsch. nicht zu rechtfertigen, da sie auf dem Umwege über § 125 ZPO. den Grundsatz des § 82 Abs. 2 OAG. aufheben würde (vgl. auch Beschl. des Sen. v. 12. Febr. 1937, 1 W 35/37).

(OLG. Düsseldorf, Beschl. v. 22. Juni 1938, 1 W 180/38.)

Rechtsanwaltsgebührenordnung

42. OLG. — § 13 Ziff. 4 RAGebO.; § 272 b Ziff. 2, 4, 5 ZPO. Gebührenrechtliche Unterschiede der Tatbestände des § 272 b ZPO. Es wird an der ständigen Rspr. des Senats festgehalten, daß die Anordnung der Ladung von Zeugen gemäß § 272 b Ziff. 4 die anwaltliche Beweisgebühr nicht begründet. Die Ansetzung eines Termins zur Beweisaufnahme und mündlichen Verhandlung an Ort und Stelle bedeutet noch nicht die Anordnung der Einnahme eines Augenscheins. Die Weitergabe dieser gerichtlichen Anordnung durch den Anwalt an seine Partei ist daher auch im Hinblick auf eine etwaige spätere Augenscheinseinnahme kein Tätigwerden des Anwalts in einem Beweisaufnahmeverfahren.

Der Erinnerungsführer war dem VerBekl. in zweiter Instanz als ArmAnw. beigeordnet worden. Nach einem Termin vor dem Einzelrichter hatte der Senatsvorsitzende auf dessen Vorschlag

1. Termin zur Beweisaufnahme sowie mündlichen Verhandlung an Ort und Stelle (Unfallstelle) angefahrt und
2. die Ladung einiger Zeugen gemäß § 272 b ZPO. zum Ortsstermin angeordnet.

Die dem Erinnerungsführer zugewandene Terminsbenachrichtigung lautete im gleichen Sinne. Der Termin wurde jedoch im Einverständnis der Parteien wegen schwebender und später erfolgreicher Vergleichsverhandlungen aufgehoben. In diesem Vergleich sind die außergerichtlichen Kosten gegeneinander aufgehoben worden. Der ArmAnw. hat eine Beweisgebühr gefordert, indem er, abgesehen von der Ladung von Zeugen, in der Bestimmung eines Termins zur Beweisaufnahme und mündlichen Verhandlung an Ort und Stelle die Anordnung einer Augenscheinseinnahme erblickte.

Der UrV. der Geschäftsstelle hat die Beweisgebühr abgesetzt. Hierneben richtet sich die Erinnerung, der vom UrV. der Geschäftsstelle nicht abgeholt worden ist. Sie ist auch sachlich unbegründet.

Eine Beweisgebühr ist nicht entstanden. Diese fällt gemäß § 13 Ziff. 4 RAGebO. für die „Vertretung im Beweisaufnahmeverfahren“ an. Voraussetzung für ihre Entstehung ist also, daß ein Beweisaufnahmeverfahren mindestens begonnen haben und daß der Anwalt in diesem Verfahren tätig geworden sein muß. Weder das objektive noch das subjektive Erfordernis liegt vor. Die gemäß § 272 b ZPO. erfolgte Anordnung des Vorsitzenden, einige Zeugen zu laden, stellt sich noch nicht als Beginn eines Beweisaufnahmeverfahrens dar. Hierbei handelt es sich um eine „vorbereitende Maßnahme“, die dem Gericht lediglich die Möglichkeit geben soll, eine erst noch zu beschließende Beweisaufnahme infolge Bereitstellung der Beweismittel sofort durchzuführen. Zur eigentlichen Beweiserhebung bedarf es in aller Regel einer Willensäußerung des Gerichts. Der Vorsitzende allein ist hierzu nur in den Fällen befugt, in denen ihm das durch das Gesetz ausdrücklich übertragen ist (so der Senat in ständiger Rspr. und Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung; vgl. Gelinster-Meyer, Armenanwaltskosten III, S. 82). Eine solche Übertragung ist aber nur bei den Maßnahmen aus § 272 b Ziff. 2 ZPO. (Einforderung von amtlichen Auskünften) und Ziff. 5 (Einnahme des Augenscheins und Anordnung der Begutachtung durch einen Sachverständigen) erfolgt, die der Vorsitzende allein anordnen und durchführen kann. Auch sie haben, wie Ziff. 4, an sich nur vorbereitenden Charakter, aber bei ihnen geht die Vorbereitung weiter als in Ziff. 4. In Ziff. 2 und 5 wird eine Beweisaufnahme durch den Vorsitzenden praktisch vorweggenommen, es findet also zur Vorbereitung der mündlichen Verhandlung ein wirkliches Beweisaufnahmeverfahren statt, das den objektiven Tatbestand des § 13 Ziff. 4 RAGebO. erfüllt. Dagegen werden im Fall der Ziff. 4 des § 272 b ZPO. nur Beweismittel für eine später eventuell zu beschließende Beweisaufnahme bereit gestellt; ein Beweisaufnahmeverfahren wird damit noch nicht eröffnet.

Das gleiche gilt bzgl. der Bestimmung des Termins zur Beweisaufnahme und Verhandlung an Ort und Stelle. Hier ist schon der Ausgangspunkt des Erinnerungsführers unrichtig. Wird ein Termin zur Verhandlung an Ort und Stelle angesetzt, so braucht das in keiner Weise zur Erhebung eines Augenscheinbeweises über streitige Parteibehauptungen geschehen zu sein. Auch ohne das Vorliegen streitiger Behauptungen über die Drillichkeit oder über Tatsumstände, die nur an Ort und Stelle aufgestellt werden können (z. B. Standpunkt einzelner Zeugen u. ähnliches), wird häufig Verhandlung an Ort und Stelle zweckmäßig, ja notwendig sein, um das Bild der tatsächlichen Vorgänge für die Verhandlung und für die Abwicklung einer evtl. zu beschließenden Zeugenvernehmung lebensnäher und plastischer zu gestalten (vgl. Reitensteiner, DZ. 1936, 1321 ff., 1326). Danach befaßt die fragliche Verfügung des Vorsitzenden keineswegs, daß eine Beweisaufnahme durch Augenschein stattfinden soll, sondern bestimmt lediglich, wo die Verhandlung und eine etwa zu beschließende Beweisaufnahme vor sich gehen soll. § 272 b Ziff. 5 ZPO., den der Erinnerungsführer anscheinend im Auge hat, liegt zudem tatsächlich gar nicht vor. Dort ist der Fall gemeint, daß der Vorsitzende — zur Vorbereitung der späteren Verhandlung — eine Augenscheinseinnahme anordnet und durchführt, damit also an Stelle des Gerichts ein regelrechtes Beweisaufnahmeverfahren kraft der ihm gesetzlich übertragenen Befugnis eröffnet und ablaufen läßt. Hier liegt ein solches Verfahren nicht vor: eine solche Vorbereitung einer Beweisaufnahme war weder beabsichtigt noch hätte sie — ohne den späteren Veraleichschluß — stattgefunden. Sinn und Zweck der fraglichen Verfügung — ebenso wie bei der schon erörterten Ladung von Zeugen — war vielmehr lediglich, durch die Verhandlung an Ort und Stelle das Gericht in die Lage zu versetzen, sofort eine Augenscheinseinnahme zu beschließen und durchzuführen, falls sie sich als notwendig herausstellen sollte. Die Verfügung des Vorsitzenden hat mithin ein Beweisaufnahmeverfahren nicht eröffnet; sie diente, wie der UrV. mit Recht angenommen hat, lediglich der Vorbereitung eines späteren solchen Verfahrens. Infolge des Veraleichschlusses ist es dann weder zur Verhandlung an Ort und Stelle noch zu einem Beweisaufnahmeverfahren gekommen. Es fehlt also schon an der objektiven Voraussetzung der Entstehung der Beweisgebühr. Was die subjektive Voraussetzung angeht, so ist jede Tätigkeit, die der Erinnerungsführer im Hinblick auf den angefochtenen Verhandlungstermin ausgeübt hat — in Frage kommt offenbar lediglich die Weitergabe der gerichtlichen Anordnung an die Partei — durch die Prozeßgebühr abgegolten. Es handelt sich hierbei lediglich um eine rein bürotechnische, unter den Prozeßbetrieb fallende Tätigkeit. Die Rspr. des Senats, die den Beginn des Tätigwerdens des Anwalts im Beweisaufnahmeverfahren auf den Zeitpunkt verlegt, in dem er den schriftlich abgesetzten Beweisbeschluß erhält, prüft und an die Partei weiterleitet (Gelinster-Meyer, Armenanwaltskosten S. 39) kann hier keine Anwendung finden, weil

es, wie dargelegt, an einem Beweisaufnahmeverfahren fehlt und ein einer Prüfung fähiger und bedürftiger Beweisbeschluss gar nicht vorliegt.

(OLG. Raumburg (S.), 6. (Kosten-) ZivSen., Beschl. v. 18. Juni 1938, 6 W 92/38.)

*

43. RG. — § 13 Ziff. 4 RAGebD.; § 20 Ziff. 2 GRG. Widerspruch gegen die Verwertung einer Beweisaufnahme aus früherem Prozeß und Antrag auf erneute Zeugenvernehmung verhindern eine Beweiserhebung im Wege des Urkundenbeweises, so daß für eine Beweisgebühr vor Anordnung der Zeugenvernehmung kein Raum ist.

Die Erinnerung wendet sich zu Unrecht gegen die Absetzung der Beweis- und weiteren Verhandlungsgebühr, indem sie annimmt, daß eine weitere Beweisaufnahme durch Verwertung des Inhalts der Akten des früheren Scheidungsprozesses stattgefunden habe. Diese Annahme beruht indes auf einem Trugschluß. Wenn der Kl. und VerBekl., wie dies im Tatbestand des Urteils festgestellt ist, der Verwertung der Beweisaufnahme des Vorprozesses für den jetzigen Prozeß im Wege des Urkundenbeweises widersprochen hat, der Senat im Urteil aber erklärt hat, daß es auf das Ergebnis der Beweisaufnahme in dem Vorprozeß nicht ankomme, so bedeutet das keineswegs, daß im jetzigen Prozeß eine Beweisaufnahme durch Urkundenbeweis bereits stattgefunden hat und daß nur die Verwertung des Ergebnisses dieser Beweisaufnahme an dem Widerspruch des Kl. gescheitert wäre. Vielmehr ist dieser Widerspruch des Kl. verfahrensrechtlich dahin zu deuten, daß der Kl. einer Beweiserhebung im Wege des Urkundenbeweises im vorl. Prozeß widersprochen und statt dessen eine Beweiserhebung nur durch Zeugenvernehmung beantragt hat. Dieser Widerspruch gegen die Verwertung einer in einem anderen Prozeß stattgehabten Beweisaufnahme bezweckt und bewirkt also gerade die Vereitelung einer Beweisaufnahme in dem laufenden Prozeß auf dem — einfachen — Wege des Urkundenbeweises und bewirkt, daß, wenn das Prozeßgericht nunmehr überhaupt die Erhebung eines Beweises für notwendig hält, es dazu nur den Weg der Zeugenvernehmung beschreiten kann. Es ist daher rechtsirrig, wenn der Erinnerungsführer aus diesem Sachverhalt herzuleiten sucht, daß in dem laufenden Prozeß — nur darauf kommt es an — bereits eine Beweisaufnahme stattgefunden habe. Eine solche hat vielmehr das Prozeßgericht, wie es in den Gründen durch die Erklärung, auf die Ergebnisse der Beweisaufnahme in dem anderen Streit sei es nicht angekommen, eindeutig klar zum Ausdruck gebracht, für entbehrlich gehalten.

Damit entfällt die Berechtigung zum Ansatz der Beweis- und weiteren Verhandlungsgebühr.

(RG., 20. ZivSen., Beschl. v. 22. Juni 1938, 20 Wa 94/38.)

*

44. RG. — § 27 RAGebD. Die Verhandlungsgebühr des Rechtsanwalts für Erwirkung des Veräumnisurteils bei Zulassung und bei Verwerfung des Einspruchs.

Nachdem am 12. Mai 1937 streitig verhandelt, sodann Urteil erlassen worden war, in der VerInst. über das Urteil die Parteien sich wegen dieses Teils verglichen hatten, ist im weiteren Verfahren vor dem LG. über den restlichen Anspruch am 2. März 1938 Veräumnisurteil gegen die Bekl. ergangen. Gegen dieses Veräumnisurteil hat die Bekl. Einspruch eingelegt. Im Termin vom 6. April 1938 ist ausweislich des Sitzungsprotokolls mit den beiderseitigen Anträgen zunächst zur Sache verhandelt worden. Alsdann ist der Antrag des Anwalts der Bekl. auf vorläufige Zulassung gemäß § 56 Abs. 2 ZPO. zurückgewiesen und durch Veräumnisurteil vom 6. April 1938 der Einspruch gegen das Veräumnisurteil mit Rücksicht auf die fehlende gültige Prozeßvollmacht des Anwalts der Bekl. gemäß § 341 ZPO. als unzulässig verworfen worden.

Die Kl. hat nunmehr u. a. die Festsetzung einer Prozeß-, Verhandlungs-, Beweis- und weiteren Verhandlungsgebühr sowie für das erste und zweite Veräumnisurteil je einer $\frac{5}{10}$ -Verhandlungsgebühr beantragt. Der UrV. hat indessen für jedes Veräumnisurteil nur je eine $\frac{5}{20}$ -Verhandlungsgebühr in Ansatz gebracht, LG. diese Festsetzung bestätigt.

Die hiergegen gerichtete sofortige Beschw. der Kl. ist begründet. Die Berechnung weder des UrV. noch der Kl. trifft zu. Alle Beteiligten gehen irrigerweise von einer Sondergebühr aus § 27 Abs. 2 RAGebD. aus. Für diese ist indes hier kein Raum. Vielmehr sind folgende Gebühren für die Tätigkeit des RA. J. vom 2. März 1938 einschließlich ab entstanden: In diesem Termin ist nichtstreitig — nach vorhergegangener Beweisaufnahme — ver-

handelt worden. Folglich ist die nichtstreitige weitere Verhandlungsgebühr des § 17 RAGebD., d. h. eine solche in Höhe von $\frac{5}{20}$, erwachsen. Nachdem Einspruch eingelegt war, ist im Einspruchstermin zunächst streitig zur Sache verhandelt worden. Alsdann ist durch Veräumnisurteil der Einspruch als unzulässig verworfen worden. Die Sondergebühr aus § 27 Abs. 2 RAGebD. setzt aber voraus, daß der Einspruch zugelassen wird. Daran fehlt es. Auch die streitige Verhandlung in diesem Termin bedeutet für sich allein noch nicht die Zulassung des Einspruchs. Folglich ist § 27 Abs. 2 überhaupt nicht anwendbar.

Wohl aber greift die Bestimmung des § 27 Abs. 1 Satz 3 RAGebD. Platz: wenn der Einspruch verworfen wird, dann ist das Verfahren über den Einspruch entsprechend der Vorschrift des Satz 1 daselbst gebührenrechtlich zu behandeln, d. h. es gilt mit Ausnahme der Prozeßgebühr ebenso als neue Instanz, als ob eine Zurückverweisung aus höherer Instanz erfolgt wäre. Eine vorher etwa erwachsene Verhandlungs- oder weitere Verhandlungsgebühr bleibt also außer Betracht. Es ist für eine nunmehr einsetzende Verhandlung eine böllig neue Verhandlungsgebühr zu berechnen, so als ob eine solche in dem gesamten Verfahren noch nicht berechnet war, d. h. bei streitiger Verhandlung eine $\frac{10}{10}$ -Gebühr, bei nichtstreitiger Verhandlung eine $\frac{5}{10}$ -Gebühr. Sie tritt zu den übrigen (Verhandlungs-) Gebühren hinzu, nicht etwa als Sondergebühr für die Erwirkung des ersten Veräumnisurteils, sondern als echte neue Gebühr für die neue Tätigkeit des Anwalts in einer — kraft gesetzlicher Fiktion — neuen Instanz. Sie ist danach, auch wenn der Rechtsstreit sich sonst im Stadium der weiteren Verhandlung nach stattgehabter Beweisaufnahme befindet, niemals nach § 17, sondern stets nur nach §§ 13 Ziff. 2, 16 RAGebD. zu berechnen.

Es sind deshalb hier festzusetzen: Für die Verhandlung vom 2. März 1938 $\frac{5}{20}$ -Verhandlungsgebühr (§§ 13 Ziff. 2, 16, 17 RAGebD.), für die Verhandlung vom 6. April 1938 $\frac{10}{10}$ -Verhandlungsgebühr (§§ 13 Ziff. 2, 27 Abs. 1 Satz 3 RAGebD.).

Die zweite Veräumnisverhandlung konnte angesichts der vollen Verhandlungsgebühr nicht noch eine weitere Gebühr auslösen, insbes. nicht nach § 27 Abs. 2 für das frühere oder wenigstens das zweite Veräumnisurteil, da ohnehin gegen zweite Veräumnisurteile nur eine Berufung gegeben ist, Voraussetzung aber für § 27 Abs. 2 RAGebD. ausdrücklich Einspruch, d. h. das Verbleiben des Rechtsstreits in derselben Instanz, ist. Eine ausdehnende Auslegung dieser Sondervorschrift nur deshalb, weil es sich um die Aufhebung eines Veräumnisurteils handelt, ist nicht statthaft (so auch Baumhach 2 zu § 27 RAGebD.), würde im übrigen an dem Sinn und Zweck der Vorschrift scheitern, die mit Rücksicht auf eine in derselben Instanz aus Anlaß der Aufhebung des Veräumnisurteils zu entwickelnde Mehrtätigkeit des Anwalts nachträglich die frühere, bei Erwirkung des Veräumnisurteils entwickelte Tätigkeit des Anwalts des Veräumnisklägers mit einer höheren Gebühr, eben durch die zufällige Sondergebühr, entlohnen will.

Demgemäß bestehen gegen die Festsetzung der von der Kl. in Ansatz gebrachten Kosten keine Bedenken. Der UrV., an welchen die Sache zu diesem Zweck zurückzuverweisen war, wird danach nunmehr im Rahmen der gestellten Anträge die bisherige Festsetzung zu ändern haben.

(RG., 20. ZivSen., Beschl. v. 2. Juli 1938, 20 W 2811/38.)

Gerichtskostengesetz

45. RG. — § 23 GRG. Grundsätzlich keine entsprechende Anwendung gerichtskostenrechtlicher Vorschriften. Kein Wegfall der gerichtlichen Beweisgebühr bei Ausöhnung der Parteien im Ehestreit mit nachfolgender Klagerücknahme.

Die Beschw., die sich gegen die Gerichtskostenrechnung des LG. über 51,54 RM wendet, ist der Ansicht, daß in Anwendung des § 23 GRG. die gerichtliche Beweisgebühr entfalle. Sie geht davon aus, daß, wenn es auch in Ehefällen einen Vergleich nicht gebe, so doch die Parteien, indem sie sich ausgeöhnt haben, noch mehr getan als sich verglichen haben. Da in Verfolg der Ausöhnung die Klage zurückgenommen worden sei, müsse der Kl. in fittigemäßiger Anwendung der Rechtswohlthat des § 23 GRG. teilhaftig werden. Diesem Standpunkt kann indes nicht beigegeben werden. § 23 GRG., welcher im Falle eines gerichtlichen oder eines — seinem wesentlichen Inhalt nach — dem Gericht mitgeteilten außergewöhnlichen Vergleichs die in der Instanz erwachsene gerichtliche Beweisgebühr entfallen läßt, stellt sich als eine eng auszulegende Ausnahmegesetz dar. Denn er führt zur Befreiung eines an sich der Reichskasse rechtmäßig erwachsenen Kostenanspruchs. Folglich ist für eine ausdehnende Auslegung die-

ler Bestimmung auf rechtsähnliche Tatbestände kein Raum, ganz abgesehen davon, daß eine entsprechende Anwendung kostenrechtlicher Vorschriften auf nicht besonders geregelte Tatbestände im allgemeinen schon als nicht zulässig abgelehnt werden muß (so auch RG. v. 14. Nov. 1933: Höchstrspr. 1934 Nr. 434).

Wie der Beschw. selbst zugibt, ist in Ehesachen begrifflich ein Vergleich ausgeschlossen, da der Streitgegenstand einer materiellrechtlichen Verfügung der Streitparteien entzogen ist (zu vgl. die grundsätzliche Entsch. des Sen. v. 28. Sept. 1931 bei Gaedeker, Höchstrspr. 1938 Nr. 253 und die daselbst weiter angeführten Entsch.; ferner RG. v. 10. März 1938: JW. 1938, 1123). Damit steht aber fest, daß in der Tat nur unter entsprechend ausdehnender Auslegung des § 23 der Wegfall der gerichtlichen Beweisgebühr sich rechtfertigen ließe. Das ist indes nicht angängig. Wenn hinsichtlich der anwaltlichen Beweisgebühr vielleicht eine entsprechende Anwendung des § 13 Ziff. 3 RWGed. anerkannt werden kann, so bedeutet dies keinen Widerspruch zu der Handhabung im Falle des § 23 OAB. Denn bzgl. der Rechtsanwaltsgebühren ist für diejenigen Fälle, in welchen eine besondere gesetzliche Regelung nicht getroffen ist, durch § 89 RWGed. ausdrücklich die entsprechende Anwendung gleichartiger Vorschriften ermöglicht und gesichert. Das OAB. enthält jedoch eine gleiche Regelung nicht, ermöglicht infolgedessen schon rechtsgrundsätzlich die entsprechende Anwendung gerichtskostenrechtlicher Tatbestände auf ähnlich liegende Tatbestände nicht, am allerwenigsten naturgemäß dann, wenn diese entsprechende Anwendung zu einem Eingriff in der Reichskasse ordnungsmäßig erwachsene Gebührenausprüche führen würde. Eine solche Handlung ist unter allen Umständen selbst dann abzulehnen, wenn im Ergebnis die Nichtanwendung von Vorschriften, die der Partei eine Gebührenentlastung verschaffen, als unbillige Härte erscheint. So hat der Senat auch bereits abgelehnt, bei Vergleichen im Armenrechtsverfahren, durch welche ein gleichzeitig neben diesem Verfahren schwebender Prozeß seine Erledigung findet, etwa die Gebührenfreiheit des Armenrechtsverfahrens auf den Prozeß zu übertragen oder auch nur in entsprechender Anwendung der §§ 29, 30 OAB. wenigstens die bei einer Zurücknahme von Klage und Rechtsmittel geltenden Ermäßigungsbestimmungen in Anwendung zu bringen.

Wenn daher nach Ausföhrung der Parteien im Ehestreit die Klage zurückgenommen wird, dann wird dadurch eine im Ehestreit etwa bereits erwachsene gerichtliche Beweisgebühr, die durch Klagerücknahme niemals in Wegfall kommt, nicht berührt.

(RG., 20. ZivSen., Beschl. v. 17. Juni 1938, 20 W 2682/38.)

*

46. RG. — § 77 OAB. Eine Widerklage bildet verfahrens- und kostenrechtlich stets eine selbständige angriffsweise Maßnahme, die eine gesonderte Instanz einleitet und die Antragstellerhaftung begründet, auch wenn sie im Einzelfalle nur als Verteidigungsmaßnahme gedacht ist.

Die Beschw. ist gemäß § 4 OAB., § 567 ZPO. als einfache Beschw. zulässig, sachlich aber unbegründet. Sie wendet sich gegen die Inanspruchnahme des Bekl. in seiner Eigenschaft als Widerkläger wegen der im ersten Rechtszuge durch die Widerklage erwachsenen, mit den durch die Klage selbst erwachsenen Kosten identischen Gerichtskosten. Der Bekl. ist der Ansicht, daß trotz der von ihm erhobenen Widerklage er nicht Antragsteller der Instanz i. S. des § 77 OAB. sei. Denn die Widerklage habe er lediglich zu seiner Verteidigung erhoben. Widerklagen stellen auch an sich nur Verteidigungsmittel dar, durch deren Geltendmachung den Bekl. keine besonderen Kostenschulden entstehen könnten. Denn das Verfahren der Instanz bleibe trotzdem ein durch den Kl. veranlaßtes. Nur der Kl. könne daher zur Kostenhaftung herangezogen werden.

Dieser Standpunkt ist jedoch verfahrens- und kostenrechtlich vollkommen irrig. Denn verfahrensrechtlich unzutreffend ist es, die Widerklage nur als eine Verteidigungsmaßnahme des Gegners anzusprechen, obwohl im einzelnen Falle vielleicht eine Widerklage nur zur Verteidigung gegen die Klage erhoben werden kann (s. B. wenn eine Leistungswiderklage gegenüber der negativen Feststellungsklage erhoben wird). Auch dann ändert sich indes an ihrer Rechtsnatur als verfahrensrechtlich selbständiges Angriffsmittel, das seinerseits eine selbständige verfahrensrechtliche Instanz einleitet, nichts. Vielmehr wird in jedem Falle, auch dann, wenn eine Erhöhung des Streitwerts durch die Widerklage infolge völliger Identität des Streitgegenstandes von Klage und Widerklage nicht eintritt, durch die Erhebung der Widerklage der Widerkläger im Rahmen seiner Widerklage gleichfalls, neben dem Kl., zum Antragsteller der Instanz und damit zum Kostenschuldner gemäß § 77 OAB. (so bereits Entsch. des Sen. v. 30. Mai 1932 bei Gaedeker, Höchstrspr. 1938 Nr. 40).

Die danach erwachsende Kostenhaftung des Widerklägers umfaßt, wenn, wie im vorl. Falle, der Streitgegenstand von Klage und Widerklage der gleiche ist, so daß nach § 13 OAB. die Gebühren nur nach dem einfachen Wert des Streitgegenstandes zu berechnen sind, in vollem Umfange die Gebühren für diejenigen Akte, die die Klage und Widerklage gemeinsam betreffen (zu vgl. RGZ. 110, 366).

Damit entfallen aber die Bedenken, die der Bekl. gegen seine Heranziehung zu dem im ersten Rechtszuge entstandenen Gerichtskosten erhoben hat, so daß seine Beschw. kostenpflichtig (§ 38 Abs. 2 OAB.) zurückzuweisen war.

(RG., 20. ZivSen., Beschl. v. 22. Juni 1938, 20 W 2721/38.)

*

47. RG. — § 90 DOKG.; §§ 8 Ziff. 1, 115 PrOGAB.; AnpassungsVO. v. 27. März 1936 (RGBl. I, 319); § 10 RKostD. Die Gebührenfreiheit der für Rechnung des Reichs oder eines Landes verwalteten öffentlichen Anstalten und Kassen selbst ist aufgehoben. Sie gilt weiter für die „gleichgestellten“ Institute. Die Reichsanstalt für Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung genießt weiter Gebührenfreiheit.

Zur Entsch. steht die Frage, ob die Reichsanstalt für Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung Gebührenfreiheit genießt.

A. Der Senat hat die Frage bisher bejaht. In der Entsch. v. 5. März 1932 ist ausgeführt, daß die Gebührenfreiheit zwar nicht auf Abs. 1 des § 90 DOKG. gestützt werden könne, wohl aber aus Abs. 2 daselbst i. Verb. m. § 115 und § 8 Ziff. 1 PrOGAB. folge. Daran hat der Senat in der Entsch. v. 26. Okt. 1935 auch nach der Überleitung der Rechtspflege auf das Reich festgehalten (vgl. JW. 1936, 27).

B. Zu prüfen ist jetzt, ob sich an diesem Rechtszustand durch die Neuregelung in der RKostD. v. 24. Nov. 1935 (RGBl. I, 1371) und in der AnpassungsVO. v. 27. März 1936 (RGBl. 319) etwas geändert hat.

C. Die Beantwortung dieser Frage setzt eine vergleichende Betrachtung der alten und der neuen gesetzlichen Regelung voraus.

1. Das bisherige Recht (§ 90 DOKG. a. F., § 8 PrOGAB.).

2. Das neue Recht (§ 90 DOKG. n. F., § 10 RKostD., Art. 2 Abs. 2 AnpassungsVO.).

D. Die vergleichende Betrachtung dieser alten und neuen Regelung zeigt nun folgendes:

1. Für die hier zu entscheidende streitige Frage können besondere reichsrechtliche Befreiungsvorschriften (vgl. § 90 Abs. 2 DOKG. n. F. und § 10 Abs. 2 Satz 1 RKostD.) außer Betracht bleiben. Desgleichen die Befreiung des Reichs, der Länder und der NSDAP. nebst Gliederungen (vgl. § 90 Abs. 1 DOKG. a. F., insoweit § 8 Ziff. 1 PrOGAB., insoweit § 90 Abs. 1 DOKG. n. F. und § 10 Abs. 1 RKostD.). Darunter fällt die Reichsanstalt für Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung nicht.

2. Soweit landesrechtliche Gebührenbefreiungen aufrechterhalten sind, gilt das in gleicher Weise für das Gebiet des DOKG. (Rechtssachen, auf welche die ZPO., die StPO., die RD. oder das Gef. über den Vergleich zur Anwendung des Konkurses Anwendung findet; vgl. § 1 DOKG. bzw. streitige Gerichtsbarkeit, vgl. § 115 Abs. 1 Satz 1 PrOGAB.) wie auch für das Gebiet der RKostD. (Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen; vgl. § 1 RKostD. bzw. § 115 Abs. 1 Satz 2 PrOGAB.). Die Fassung der Vorbehaltsbestimmungen für das Gebiet des DOKG. und der RKostD. ist zwar eine verschiedene. In § 10 Abs. 2 RKostD. ist die Rede von Befreiungsvorschriften für „bestimmte“ Angelegenheiten oder „bestimmte“ Personengruppen (Satz 1) nach geltendem Reichsrecht, für „gewisse“ Angelegenheiten oder „gewisse“ Personen (Satz 2) nach künftiger (Reichs-) Verordnung, bis zu deren Erlaß die einschlägigen landesrechtlichen Vorschriften in Kraft bleiben sollen (Satz 3). In Art. 2 Abs. 2 zu b der AnpassungsVO. sind „die landesrechtlichen Gebührenbefreiungsvorschriften“ unberührt gelassen und der einheitlichen Regelung durch (Reichs-) Verordnung vorbehalten. Nach dieser verschiedenen Fassung könnte es so scheinen, als ob die landesrechtlichen Gebührenbefreiungsvorschriften für das Gebiet des DOKG. ganz allgemein (vgl. AnpassungsVO.), für das Gebiet der RKostD. aber nur in beschränktem Umfange, nämlich für „bestimmte“ oder „gewisse“ Angelegenheiten und Personen (§ 10 Abs. 2 Satz 3 RKostD.) einseitig in Kraft bleiben sollen. Dem ist aber nicht so. Die scheinbar engere Fassung in § 10 Abs. 2 RKostD. erklärt sich aus einer Anlehnung an die Fassung des § 90 Abs. 2 DOKG. a. F. Die später ergangene AnpassungsVO., die nach ihrer Überschrift auch die „Aufhebung landesrechtlicher Kostenvorschriften“ umfaßt, stellt klar, daß ganz allgemein „die landesrechtlichen Gebührenbe-

freiungsvorschriften“ unberührt bleiben. Dieser allgemeine Vorbehalt erfaßt in gleicher Weise das Gebiet des DRG. wie das der RKostD. (so auch RG., Beschl. v. 27. Aug. 1937, 1 Wx 1004/37: JWB. 1937, 342 = HöchstRspr. 1937, 1670).

3. Insbes. für die Gebührenfreiheit der für Rechnung des Reichs oder eines Landes verwalteten öffentlichen Kassen und Anstalten ergibt sich folgendes:

Auf Grund des Vorbehalts in § 90 Abs. 2 DRG. a. F. genossen Gebührenfreiheit nach § 8 Ziff. 1 PrGRG. „alle öffentlichen Anstalten und Kassen, welche für Rechnung des Reichs oder Staates verwaltet werden“.

Nunmehr bestimmt § 90 Abs. 1 DRG. n. F. (gleichlautend mit § 10 Abs. 1 RKostD.) Gebührenfreiheit für „die nach den Haushaltsplänen des Reichs und der Länder für Rechnung des Reichs oder eines Landes verwalteten öffentlichen Anstalten und Kassen“.

Neu ist also die Beschränkung dahin, daß die Verwaltung jener Anstalten und Kassen „nach den Haushaltsplänen des Reichs und der Länder“ erfolgen muß. Damit sind nunmehr bisherige Zweifel über den Umfang der begünstigten Anstalten und Kassen klargestellt, die bei der früheren, allgemeineren Fassung des § 8 Ziff. 1 PrGRG. entstehen konnten. Es war fraglich, ob eine Gebührenfreiheit den öffentlichen Anstalten und Kassen auch dann zugute käme, wenn sie einen selbständigen, eigenen Haushalt hatten, oder wenn sie Reichszuschüsse empfingen (vgl. dazu die oben zu A erwähnten Entsch. des Senats, ferner RArbG.: DRZ. 1934, 170 u. 344), oder wenn wenigstens ihre Wirtschaftsergebnisse irgendwie in den Reichs- oder Länderhaushaltsplänen erschienen. Diese sich aus dem früheren Rechtszustand ergebenden Zweifelsfragen hat die beschränkende Neufassung in § 90 Abs. 1 DRG. und § 10 Abs. 1 RKostD. ausgeräumt. Nunmehr können nur noch solche öffentlichen Anstalten und Kassen Anspruch auf Gebührenfreiheit erheben, deren Einnahmen und Ausgaben in den Haushaltsplan des Reichs oder der Länder aufzunehmen sind (so schon RG.: JWB. 1914, 529, die erwähnten Entsch. des Senats und jetzt RG.: DRZ. 1936, 358 = RGWarn. 1936 Nr. 98 = JWB. 1936, 2142).

Da jetzt für jene öffentlichen Anstalten und Kassen eine reichsrechtliche Neuregelung erfolgt ist und Reichsrecht vor Landesrecht geht (Art. 13 Abs. 1 WeimVerf.), ist im Geltungsbereich des § 90 Abs. 1 DRG. n. F. und § 10 Abs. 1 RKostD. die landesrechtliche Bestimmung in § 8 Ziff. 1 PrGRG. beseitigt!

E. Damit ist aber für die hier zu beantwortende Frage, ob die Reichsanstalt für Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung noch Gebührenfreiheit genießt, noch nichts gewonnen.

Die Reichsanstalt zählt nicht zu den öffentlichen Anstalten und Kassen, die nach den Haushaltsplänen des Reichs oder der Länder für Rechnung des Reichs oder eines Landes verwaltet werden. Die Gebührenfreiheit der Reichsanstalt ist denn auch bisher schon nicht aus § 90 Abs. 1 DRG. a. F. hergeleitet worden und kann es um so weniger aus der neuen engeren Fassung des § 90 Abs. 1 DRG. n. F. und § 10 Abs. 1 RKostD.

Ihre Gebührenfreiheit wurde vielmehr aus § 90 Abs. 2 DRG. a. F. i. Verb. m. § 8 Ziff. 1 PrGRG. entnommen, der Gebührenfreiheit nicht — nur — für jene öffentlichen Anstalten und Kassen selbst, sondern — auch — für solche bestimmte, die „diesem gleichgestellt sind“, indem dazu auch die Reichsanstalt für Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung gezählt wurde (vgl. die erwähnten Entsch. des Senats und ferner RG. v. 3. Febr. 1931, VII 202/30, RG. v. 12. Juni 1931, 1 a X 504/31: BBl. 1931, 226).

Die Rechtsfrage spitzt sich also dahin zu:

Ist durch die reichsrechtliche Neuregelung in § 90 Abs. 1 DRG. n. F. und § 10 Abs. 1 RKostD. die Gebührenfreiheit der öffentlichen Anstalten und Kassen abschließend geregelt worden, derart, daß die entsprechende landesrechtliche Vorschrift in § 8 Ziff. 1 PrGRG. g a n z beseitigt ist?

Über:

Betrifft diese neue reichsrechtliche Regelung nur jene öffentlichen Anstalten und Kassen selbst, so daß kraft der Ausbreitung der landesrechtlichen Gebührenbefreiungsvorschriften (Art. 2 Abs. 2 zu b AnpassungsVD. und § 10 Abs. 2 Satz 3 RKostD.) die landesrechtliche Vorschrift des § 8 Ziff. 1 PrGRG. wenigstens noch insoweit weiter gilt, als sie Gebührenfreiheit öffentlichen Anstalten und Kassen gewährt, die jenen g l e i c h g e s t e l l t sind?

Die erste Auffassung wird vertreten vom Senat, „DRG.“, 3. Aufl., zu § 90 Anm. 2 c und 4 b, Jona s = M e l s h e i m e r = H o r n i g = S t e m m l e r, „RKostD.“ 1936, zu § 10 Anm. 3 E. 114 und Anm. 4 E. 115; R i t t m a n n = W e n z, „DRG.“,

17. Aufl., zu § 90 Anm. 2 E. 494, anscheinend auch M e l s h e i m e r in Pfundtner = R e u b e r t, II 40 E. 7 zur AnpassungsVD.

Die zweite Auffassung wird vertreten vom RG.: JWB. 1937, 342 = HöchstRspr. 1937, 1670; DLG. Frankfurt: HöchstRspr. 1938, 114; B ü r k e l: JWB. 1936, 3039; v. W e l s e n = W i e d e m a n n = G ö t t e, „RKostD.“ 1936, zu § 10 Anm. 4; angeblich auch DLG. Stettin im Beschl. v. 9. April 1937, 5 W 33/36.

Die von R i t t m a n n = W e n z angeführte Entsch. des RG.: DRZ. 1936, 358 (vgl. auch oben D 3) besagt zu dieser Frage (der landesrechtlich „gleichgestellten“ Anstalten und Kassen) nichts, sie nimmt Stellung nur zu der anderen, oben unter D 3 behandelten Frage (betr. die reichsrechtliche Regelung für jene Anstalten und Kassen selbst).

F. Der beschließende Senat tritt der zweiten Auffassung bei.

1. Allerdings mißt der Senat keine entscheidende Bedeutung der Erwägung bei (vgl. RG.: JWB. 1937, 342), daß nach der ersten Auffassung sich eine Ungleichheit in der gebührenrechtlichen Behandlung der Reichsanstalt für Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung ergeben würde, für Preußen (Gebührenpflichtigkeit) und für diejenigen Länder, in denen zu ihren Gunsten besondere (Gebührenbefreiungs-) Vorschriften bestehen sollten. Dieses gewiß unerwünschte Ergebnis könnte durch eine reichsrechtliche Vorschrift (nach § 90 Abs. 2 DRG. n. F. und § 10 Abs. 2 Satz 1 RKostD.) umschieden werden.

2. Entscheidend aber ist die Bedeutung, die die neue Regelung gegenüber dem bisherigen Rechtszustande hat.

a) Soweit das Reichsrecht neu geregelt wird, hat sich der Gesetzgeber im wesentlichen auf eine „Anpassung“ des alten Rechtszustandes an die neuen durch den nationalsozialistischen Umbruch geschaffenen Verhältnisse beschränkt. Diese Anpassung geht nach verschiedenen Richtungen. Zunächst war der Überleitung der Rechtspflege auf das Reich Rechnung zu tragen. Es gibt keine Landesgerichte mehr. Demgemäß wurde die frühere Unterscheidung zwischen Reich und Ländern (§ 90 Abs. 1 DRG. a. F.) und deren Fisci (§ 8 Ziff. 1 PrGRG.) beseitigt und eine einheitliche reichsrechtliche Regelung getroffen (§ 90 Abs. 1 DRG. n. F. und § 10 Abs. 1 RKostD.). Sodann wurde dem Träger der nationalsozialistischen Bewegung, der NSDAP, nebst ihren Gliederungen, reichsrechtlich Gebührenfreiheit gewährt (§ 90 Abs. 1 DRG. n. F. und § 10 Abs. 1 RKostD.). Der Fortbestand reichsrechtlicher Vorschriften über Gebührenfreiheit für bestimmte Angelegenheiten oder bestimmte Personengruppen wurde gesichert (§ 90 Abs. 2 DRG. n. F. und § 10 Abs. 2 Satz 1 RKostD.).

Im Rahmen dieser Anpassung an die neuen staatsrechtlichen Verhältnisse ergriff alsdann der Gesetzgeber die Gelegenheit, zugleich für die für Rechnung des Reichs oder eines Landes verwalteten öffentlichen Anstalten und Kassen die früheren, zu Zweifeln Anlaß gebenden Fassungen der sie betreffenden landesrechtlichen Vorschriften der inzwischen ergangenen Rspr. anzupassen und sie ins Reichsrecht zu übernehmen. So wurde insoweit § 8 Ziff. 1 PrGRG. durch § 90 Abs. 1 DRG. n. F. und § 10 Abs. 1 RKostD. ersetzt. Neu ist insoweit nur, daß an Stelle des Landesrechts Reichsrecht tritt. Der Inhalt des bis dahin geltenden Rechtszustandes wurde nicht geändert, sondern nur klargestellt. Hierin zeigt sich eine bewußte Selbstbeschränkung des Gesetzgebers, der grundsätzlich in die landesrechtlichen Gebührenbefreiungsvorschriften einstweilen nicht eingreifen wollte.

b) Diese Absicht des Gesetzgebers erhellt ganz klar aus den für das Landesrecht gegebenen ausdrücklichen Übergangsbestimmungen. Selbstverständlich (vgl. Art. 13 Abs. 1 WeimVerf.) war es, daß das Landesrecht insoweit außer Kraft trat, als neues Reichsrecht gesetzt wurde. Die bewußte Beschränkung in dieser Richtung ist bereits dargelegt. So wurden denn auch nur die „entsprechenden“ bzw. „einschlägigen“ landesrechtlichen Vorschriften ausdrücklich aufgehoben (Art. 2 Abs. 2 AnpassungsVD. bzw. § 10 Abs. 2 Satz 2, 3 RKostD.). Diese Begriffe können richtig verstanden werden nur im Zusammenhang mit dem beschränkten Bereich des neuen „entsprechenden“ bzw. „einschlägigen“ Reichsrechts. Im übrigen bleiben „die landesrechtlichen Gebührenbefreiungsvorschriften“ (a. a. D.) unberührt. Zugleich hat der Gesetzgeber bereits zu erkennen gegeben, daß dafür eine spätere einheitliche Regelung in besonderer Verordnung in Aussicht genommen ist (a. a. D.). Diese soll naturgemäß dann das ganze Gebiet der — einstweilen noch aufrechterhaltenen landesrechtlichen — Gebührenbefreiungsvorschriften umfassend und abschließend reichsrechtlich regeln. So zeigt sich, daß der Gesetzgeber in das bestehende Landesrecht einstweilen möglichst wenig eingreifen wollte, um der vorbestehenden reichsrechtlichen Gesamtregelung tunlichst nicht durch augenblickliche Teilregelungen vorzugreifen.

o) Zusammenfassend kann also gesagt werden: Auf der einen Seite enthält die neue reichsrechtliche Regelung eine Beschränkung auf die Anpassung des bisherigen Rechtszustandes an die durch den Umbruch geschaffenen neuen Verhältnisse und an die bisherige Rspr. Auf der anderen Seite macht sie denkbar weitgehende Vorbehalte zugunsten des bestehenden Landesrechts, dessen umfassende und abschließende Regelung späterer Verordnung überlassen bleibt.

Daraus folgt: die Neuregelung durch Reichsrecht ist engstens anzulegen, der Geltungsbereich des aufrechterhaltenen Landesrechts weitestens zu fassen.

3. Von dieser Grundlage aus kann die hier zu entscheidende Frage (vgl. oben E am Ende) nur i. S. einer Weitergeltung des § 8 Ziff. 1 PrGRG. für die „gleichgestellten“ Anstalten und Kassen beantwortet und muß deren Gebührenfreiheit — wie bisher — beachtet werden.

Dem Gesetzgeber ist zweifellos nicht entgangen, daß § 8 Ziff. 1 PrGRG. Gebührenfreiheit nicht nur für die dort bezeichneten, für Rechnung des Reiches oder des preußischen Staates verwalteten öffentlichen Anstalten und Kassen vorsieht, sondern auch für solche, „die diesen gleichgestellt sind“. Danach waren also zwei verschiedene Gruppen von öffentlichen Anstalten und Kassen begünstigt.

Von diesen beiden Gruppen erwähnt § 90 Abs. 1 DRG. n. F. und § 10 Abs. 1 RKostD. nur die eine Gruppe, nämlich jene Anstalten und Kassen selbst, nicht aber die andere Gruppe der „gleichgestellten“.

Die Nichterwähnung der letztgenannten Gruppe kann — beide Gruppen waren dem Gesetzgeber bekannt — nur bewußt erfolgt sein. Diese bewußte Nichterwähnung kann nun allerdings an sich verschieden gedeutet werden. Sie kann bedeuten, daß hinfür nur noch jene erste Gruppe (die Anstalten und Kassen selbst) Gebührenfreiheit genießen soll; gesetzes technisch würde also die zweite Gruppe (die „gleichgestellten“) reichsrechtlich von der Gebührenbefreiung ausgenommen und das bisherige Landesrecht aufgehoben sein. Sie kann aber auch bedeuten, daß hinfür für die erste Gruppe (die Anstalten und Kassen selbst) schon jetzt eine reichsrechtliche Regelung i. S. der Gebührenfreiheit getroffen werden, für die andere Gruppe aber (die „gleichgestellten“) das Landesrecht einstweilen weitergelten sollte.

Zu der ersteren Deutung könnte man, da nur die erste Gruppe im Reichsgesetz erwähnt ist, nur auf dem Wege einer ausdehnenden Auslegung gelangen, die auch die zweite Gruppe stillschweigend einbeziele. Solche ausdehnende Auslegung steht aber — wie oben Ziff. 2 dargelegt — in Widerspruch zur Bedeutung und Tragweite der neuen reichsrechtlichen Regelung, die gerade als ihren Sinn eine Beschränkung auf reichsrechtlichem und weitesten Vorbehalt auf landesrechtlichem Gebiet erkennen läßt. Die Deutung kann also schon aus diesem Grunde nur dahin vorgenommen werden: Die Nichterwähnung der zweiten Gruppe (die „gleichgestellten“) im Gesetz (§ 90 DRG., § 10 RKostD., jeweils Abs. 1) hat den Sinn, daß ihre Behandlung weiterhin dem Landesrecht überlassen bleibt (Art. 2 Abs. 2 zu b AnpassungsVD., § 8 Ziff. 1 PrGRG.).

So gesehen erklärt sich auch die sonst auffällige Tatsache, daß der Gesetzgeber zwar hinsichtlich der ersten Gruppe (die Anstalten und Kassen selbst), nicht aber hinsichtlich der zweiten Gruppe (die „gleichgestellten“) die in der Rspr. aufgetauchten Zweifelsfragen geklärt hat: solche bestanden nach beiden Richtungen, und zwar für den künftigen Begriff der „Gleichstellung“ naturgemäß in noch weiterem Maße. Einer reichsrechtlichen Klarstellung für die zweite Gruppe (die „gleichgestellten“) bedurfte es nicht, weil eben für sie nicht neues Reichsrecht gesetzt, sondern bisheriges Landesrecht lebhaftig aufrechterhalten wurde. Der Rspr. konnte hier freies Feld gelassen werden.

Sinnig kommt noch eines. Hätte der Gesetzgeber eine reichsrechtliche Regelung für beide Gruppen treffen wollen, so wäre das gesetzes technisch auf dem einfachsten Wege durch die Einfügung des Wortes „nur“ in § 90 DRG. n. F. und § 10 Abs. 1 Satz 1 RKostD. zu erreichen gewesen. Das Gesetz hätte dann gelautet:

„Von der Zahlung der Gebühren sind befreit: ... sowie nur die nach den Haushaltsplänen des Reichs und der Länder für Rechnung des Reichs oder eines Landes verwalteten öffentlichen Anstalten und Kassen.“

Damit wären nicht bloß die zur ersten Gruppe aufgetauchten Zweifel ausgeräumt, sondern es wäre zugleich klar gestellt worden, daß eben nur die bezeichneten Anstalten und Kassen, nicht auch ihnen „gleichgestellte“ noch Gebührenfreiheit genießen sollen. Daraus hätte sich dann die Aushebung der „entsprechenden“ bzw. „entsprechenden“ landesrechtlichen Vorschriften zweifelsfrei ergeben, insbej. des ganzen § 8 Ziff. 1 PrGRG.

4. Das Ergebnis ist also: § 8 Ziff. 1 PrGRG. ist außer Kraft gesetzt, soweit er die dort bezeichneten öffentlichen Anstalten und Kassen selbst betrifft (§ 90 DRG. n. F., § 10 RKostD., jeweils Abs. 1; Art. 2 Abs. 2 Einleitung der AnpassungsVD.). § 8 Ziff. 1 PrGRG. gilt weiter, soweit er die dort jenen „gleichgestellten“ betrifft (Art. 2 Abs. 2 zu b AnpassungsVD., § 10 Abs. 2 Satz 3 RKostD.).

5. Die (oben zu E erwähnten) Erläuterungsbücher haben allerdings zum Teil Verfasser, die an der neuen Reichsgesetzgebung maßgeblich beteiligt sind. Ihrer Meinungsäußerung ist daher an sich besonderer Wert beizumessen. Sie vertreten eine gegenteilige Auffassung. Schon in RG. ZfVBl. 1937, 342 ist indessen mit Recht in jenen Erläuterungsbüchern eine nähere Begründung für die dort niedergelegte Auffassung vermisst worden. Im Gegensatz dazu hat die vom beschließenden Senat vertretene Meinung nicht nur den Wortlaut (es fehlt ein „nur“ im Gesetz; vgl. oben Ziff. 3), sondern auch Sinn und Bedeutung (vgl. oben Ziff. 2) des Gesetzes für sich.

G. Die Reichsanstalt für Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung ist als eine den nach den Haushaltsplänen des Reichs und der Länder für Rechnung des Reichs oder eines Landes verwalteten öffentlichen Anstalten und Kassen gleichgestellte öffentliche Anstalt anzusehen. An dieser Auffassung hat auch die Neufassung des Gesetzes, die nur der bisherigen Rspr. entspricht, nichts geändert.

Unter Aufrechterhaltung der bisherigen Rspr. ist daher festzustellen, daß die bezeichnete Reichsanstalt auch weiterhin Gebührenfreiheit genießt.

H. Nur der Vollständigkeit halber sei erwähnt, daß der beschließende Senat grundsätzlich die Weitergeltung des § 8 PrGRG. auch in seiner Ziff. 5 (gemeinnützige Wohnungsunternehmen) ausgesprochen hat, auch für die Zeit nach der AnpassungsVD. und nach der RKostD. (Beschl. v. 24. April 1937, 20 W 77/37; JW. 1937, 2135/39). Für das Gebiet des Wohnungsbaus hat der Senat dort die Weitergeltung des § 8 Ziff. 5 PrGRG. auch für die in der RKostD. bestimmten Gebühren anerkannt; eine Gebührenfreiheit für Gerichtskosten in Angelegenheiten der streitigen Gerichtsbarkeit (DRG.) allerdings verneint, aber nur in Hinblick auf die Sonderregelung in § 3 VD. v. 27. Aug. 1936 (RGBl. I, 702) (ebenso: LG. Berlin: JW. 1937, 2478 40; OLG. Hamm: ZfVBl. 1937, 150; OLG. Raumburg: JW. 1937, 3055 55; a. A.: Nebermann in Anm. JW. 1937, 2137 ff.). Auch die Weitergeltung des § 8 Ziff. 6 PrGRG. hat der Senat auf dem Gebiete des Kleingartenwesens bejaht (Beschl. v. 26. Juni 1937, 20 Wa 129/37).

I. Es besteht aber nur Gebührenfreiheit, nicht auch Auslagenfreiheit (vgl. Entsch. des Sen. v. 12. Juli 1928, 20 W 6421/28 und v. 5. März 1932, 20 W 1322/32).

(RG., 20. ZivSen., Beschl. v. 21. Mai 1938, 20 W 2003/38.)

*

48. DRG. — § 90 GRG.; Gef. v. 10. Febr. 1937 (RGBl. II, 47). Seit dem Erlasse des Gef. v. 10. Febr. 1937 sind gegen die Reichsbahn Gerichtskosten nicht mehr in Ansatz zu bringen. Vor diesem Zeitpunkt von ihr übernommene und gezahlte Gerichtskosten sind ihr gemäß § 90 GRG. zurückzuerstatten.

Durch das Gef. v. 10. Febr. 1937 (RGBl. II, 47) ist die Deutsche Reichsbahn-Gesellschaft in die Verwaltung des Reiches eingegliedert worden, ihre Dienststellen sind Reichsbehörden, ihre Beamten unmittelbare Reichsbeamten geworden. Schon hieraus ergab sich, daß die Reichsbahn-Gesellschaft nunmehr als „Reich“ i. S. des § 90 GRG. anzusehen war und daß ihr die dort angeordnete Freiheit von der Zahlung der Gerichtskosten zustand. Der UrfB. hätte deshalb davon absehen müssen, nach dem 10. Febr. 1937 Gerichtskosten gegen sie in Ansatz zu bringen. Die W. des RM. v. 3. Juli 1937 (W. 1029) bestätigt diesen Rechtsstandpunkt, indem sie ausdrücklich anordnet, daß Gerichtskosten von der Deutschen Reichsbahn „nicht mehr zu erheben“ seien, Wortlaut und Sinn der Verordnung lassen erkennen, daß sie auf den Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gef. v. 10. Febr. 1937 zurückwirken will. Dem steht der Umstand, daß die Übernahme der Gerichtskosten vor der Eingliederung in das Reich erfolgt ist, ebensowenig entgegen wie die bereits erfolgte Zahlung der Gerichtskosten. Da die Reichsbahn eine selbständige Vermögensverwaltung beibehalten hat (vgl. Art. 2 Abs. 3 Gef. v. 10. Febr. 1937) bleibt sie auch als Teil des Reichsfiskus daran interessiert, die dem Reichsfiskus bezahlten Beträge wiederzuerhalten; die Rückzahlung steht das Gesetz in § 90 GRG. ausdrücklich vor.

(OLG. Düsseldorf, 1. ZivSen., Beschl. v. 8. Juni 1938, 1 W 165/38.)

Reichsarbeitsgericht

49. §§ 618, 196 Nr. 8, 328 BGB.

1. Schadenersatzansprüche aus § 618 sind keine Ansprüche auf Dienstbezüge und unterliegen demnach nicht der zweijährigen Verjährung.

2. Die Fürsorgepflicht aus § 618 kann, wo keine unmittelbaren dienstvertraglichen Beziehungen bestehen, durch stillschweigenden Vertrag über Leistung an einen Dritten begründet werden.

Der Kl. stand von 1909 bis 1930 in Diensten der inzwischen in Konkurs geratenen Kaufirma B. in W. Seit 1914 war er Schießmeister und hat seit etwa 1918 für die genannte Firma auf den der Veffl. gehörigen Schachtanlagen in den Ammoniafsalzlagern der dortigen Kofereien Sprengungen vorgenommen. Er leidet an einer schweren Bronchitis mit asthmatischen Begleiterscheinungen und ist infolgedessen seit dem 4. April 1931 arbeitsunfähig. Das Leiden führt er auf die Sprengarbeiten in den Betrieben der Veffl. zurück und will diese deshalb für die schädlichen Folgen haftbar machen. Er hat dazu vorgetragen, in den Ammoniafsalzlagern habe immer eine starke Staubentwicklung bestanden; auf der Kofereianlage sei seit 1928 das Ammoniafsalz mit Gas getrocknet worden, das durch ein Rohr in die Lagerräume geleitet und dort entzündet worden sei; infolge unsachgemäßer Anlage der Lagerräume seien diese ständig mit dichten Gas- und Staubwolken angefüllt gewesen; zudem hätten sich beim Schießen nitrofe Gase entwickelt; Beschwerden bei den Betriebsführern wären erfolglos geblieben; erst später, im Jahre 1931, seien Änderungen vorgenommen, insbes. sei eine bessere Entlüftung geschaffen worden. Seine jetzigen Schadenersatzansprüche hat der Kl. u. a. gestützt auf Verletzung der Fürsorgepflicht (§ 618 BGB.).

Die Parteien streiten darüber, ob die Verjährungseinrede auch gegenüber etwaigen Schadenersatzansprüchen aus § 618 BGB. durchgreift. Das BG. hat diese Frage verneint. Es ist dazu auf die von der Veffl. angezogene Entsch. RAG 208/35 v. 27. Nov. 1935 (ArbRSamml. 26, 13) eingegangen. Dort war die Ansicht der Vorinst., daß gegenüber den auf § 618 BGB. gegründeten Schadenersatzansprüchen die zweijährige Verjährung aus § 196 Nr. 8 BGB. Platz greife, nicht beanstandet worden. Allerdings handelte es sich dort, anders als hier, um Schadenersatzansprüche, die innerhalb eines Dienstvertragsverhältnisses von dem Dienstverpflichteten gegenüber dem Dienstberechtigten erhoben wurden. Gleichwohl können auch in einem solchen Fall die Schadenersatzansprüche nicht als Dienstbezüge i. S. des § 196 Nr. 8 BGB. behandelt werden. Sollte der genannten Entsch. eine andere Auffassung zugrunde gelegen haben, so wird daran nicht festgehalten. Zur Anwendung kommen fann hier nur die regelmäßige Verjährungsfrist von 30 Jahren nach § 195 BGB.

Es fragt sich nun, ob dem Kl., trotzdem er in keinem Dienstvertragsverhältnis zu der Veffl. gestanden hat, überhaupt irgendwelche Schadenersatzansprüche aus § 618 BGB. gegenüber der Veffl. erwachsen konnten. Diese Frage haben beide Vorinst. bejaht. Das ist rechtlich nicht zu beanstanden. Die Sachlage war so, daß die Veffl. die Firma B. werkvertraglich mit der Ausführung der in den Ammoniafsalzlager notwendigen Sprengungen beauftragt hatte. Die Firma bediente sich zur Erledigung des Auftrages des Kl. als ihres Erfüllungsgehilfen. Alles, was für die Sprengungen selbst nötig war, hatte die Unternehmerfirma zu stellen. Die Veffl. ihrerseits hatte lediglich Ort und Zeit anzugeben, wo und wann gesprengt werden sollte. Das ArbG. hat nun angenommen, dadurch, daß die Veffl. als Bestellerin sich einen Gefolgsmann der Unternehmerin zur Erledigung der bestellten Arbeiten in ihren Betrieb habe schicken lassen, sei stillschweigend ein Vertrag zugunsten des Kl. als eines Dritten i. S. des § 328 BGB. zustande gekommen, wonach der Kl. einen unmittelbaren Anspruch gegen die Veffl. dahin erworben habe, daß er „gemäß § 618 BGB. zu behandeln“ sei.

Das ArbG. hat richtig erkannt, daß mangels einer dienstvertraglichen Beziehung zwischen den Parteien eine Haftung aus § 618 BGB. nicht ohne weiteres hergeleitet werden konnte. Es wäre dann nur eine außervertragliche Haftung in Frage gekommen. Wenn das ArbG. aber hier nach den gegebenen Umständen einen stillschweigenden Vertrag zugunsten eines Dritten (des Kl.) angenommen hat, durch den die Veffl. eine gewisse Fürsorgepflicht, wie sie § 618 BGB. für jedes Dienstvertragsverhältnis aufstellt, gegenüber dem Kl. übernommen habe, so liegt das im wesentlichen auf tatsächlichem Gebiet. Rechtliche Bedenken sind dagegen nicht zu erheben. Die Entsch. darüber, wie weit sich dann hier die Fürsorgepflicht der Veffl. erstreckte, war Sache der Vertragsauslegung. Wenn das BG. dabei angenommen hat, daß sich die Fürsorgepflicht der Veffl. beschränkt habe auf die einwandfreie Gestaltung

des Raumes, in dem die Sprengarbeiten zu leisten waren, so ist das vom Rechtsstandpunkt aus nicht zu beanstanden.

(R ArbG., Ur t. v. 27. April 1938, 288/37. — Duisburg.)

*

50. Eine am Urlaubstichtag vorliegende dauernde Arbeitsunfähigkeit schließt den Urlaubsanspruch aus. Das gilt besonders heute, wo die bisherige Auffassung von der Doppelnatur des Urlaubs aufgegeben und der Entgeltcharakter des Urlaubs nicht mehr aufrechterhalten wird.

Das ArbG. hat den Urlaubsanspruch für unbegründet erklärt, weil der Kl. an dem maßgebenden Stichtag (1. April 1937) bereits für die Dauer unfähig war, seine vertragliche Arbeit als Hauer zu verrichten. Es hat sich dabei auf die Entsch. des R ArbG. RAG 583/29 v. 19. März 1930 (R ArbG. 5, 222 = ArbRSamml. 9, 38) und RAG 153/30 v. 16. Okt. 1930 (R ArbG. 6, 336 [dort Datum fälschlich mit 12. Nov. 1930 angegeben] = ArbRSamml. 10, 527) bezogen und daraus als auch heute noch maßgebenden Gesichtspunkt entnommen: Sinn und Zweck des Urlaubs sei es, dem Gefolgsmann, der längere Zeit ununterbrochen gearbeitet habe, eine Reihe von arbeitsfreien Tagen zu gewähren, damit er sich von den bisherigen Anstrengungen erholen und neue Kräfte für seine weitere Arbeit sammeln könne. Um den Erholungszweck zu erreichen, müsse mit der Gewährung der Freizeit die Fortzahlung des Lohnes Hand in Hand gehen. Den eigentlichen Inhalt des Urlaubsanspruchs bilde aber stets die für die Erholung notwendige Freizeit; der Urlaubsvergütungsanspruch könne nicht selbständig für sich allein erworben werden, sondern nur an die Stelle eines bereits erworbenen Urlaubsanspruchs treten, wenn dessen Erfüllung mit seinem ursprünglichen Inhalt nicht mehr möglich sei.

Die hier wiedergegebene Auffassung des Urlaubsanspruchs und die daraus gefolgerte Ansicht, daß durch eine dauernde Arbeitsunfähigkeit des Gefolgsmannsangehörigen zur Zeit des maßgebenden Stichtages die Entstehung eines Urlaubsanspruchs schlechthin ausgeschlossen werde, hat das ArbG. noch in weiteren Entsch. vertreten (vgl. u. a. RAG 330/30 v. 20. Dez. 1930: ArbRSamml. 11, 164; RAG 382/31 v. 13. Jan. 1932: ArbRSamml. 10, 87 = ArbRSamml. 15, 229 = JW. 1932, 3478¹¹ m. Anm.; RAG 422/31 v. 13. Jan. 1932: ArbRSamml. 15, 252 und RAG 406/31 v. 13. Jan. 1932, nicht veröffentlicht). Dabei ist insbes. in den letztgenannten beiden Entsch. betont worden, daß es für den Ausschluß des Urlaubsanspruchs ausreiche, wenn nur eine Freistellung von der vertraglich zu leistenden Arbeit am Stichtag schon dauernd unmöglich geworden sei.

Es ist dem Vorderrichter beizupflichten, wenn er diese Grundsätze auch heute noch maßgebend sein lassen will und sie auf den vorl. Fall anwendet. Gerade heute, wo die bisherige Auffassung von der Doppelnatur des Urlaubsanspruchs immer mehr aufgegeben wird und auch der vom R ArbG. in seinem Ur t. vom 11. März 1936, RAG 9/36 (R ArbG. 16, 283 ff. = ArbRSamml. 26, 321 ff. = JW. 1936, 2426¹⁰) noch betonte Entgeltcharakter des Urlaubs schwerlich noch aufrechterhalten werden kann (so RAG 254/37 v. 16. März 1938), müssen jene Grundsätze erst recht zur Geltung kommen. Wird ein Gefolgsmannmitglied, wie hier, schon vor dem für den Erwerb eines neuen Urlaubsanspruchs maßgebenden Stichtag wegen Unfähigkeit zur Leistung seiner vertraglichen Dienste krank und ist dieser Zustand, wie hier unstreitig ist, ein dauernder, so daß bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses überhaupt keine Arbeit mehr geleistet, also auch keine Freistellung von solcher Arbeit gewährt werden kann, so fehlt es eben an jeder Möglichkeit für die Gewährung einer Freizeit zu Erholungszwecken. Deshalb kann solchenfalls ein Urlaubsanspruch nicht anerkannt werden. Die gegenteilige Ansicht müßte gerade dazu führen, neben dem eigentlichen Urlaubsanspruch auf Freizeitzugewährung einen selbständigen Anspruch auf Urlaubsentgelt anzuerkennen. Das geht heute weniger denn je.

Der Kl. hatte sich im Hinblick auf seine Unfähigkeit zu weiterer Hauerarbeit unter Tage darauf berufen, die Veffl. sei dann nach § 2 ArbDG. verpflichtet gewesen, ihn mit anderen Arbeiten über Tage zu beschäftigen. Er hatte sich dazu auf RAG 226/35 v. 18. März 1936 (R ArbG. 16, 202 = ArbRSamml. 26, 161 = JW. 1936, 2015¹⁰⁵) bezogen und meint, hiernach könne seine Unfähigkeit zu weiterer Hauerarbeit dem Urlaubsanspruch nicht im Wege stehen. Wie schon der Vorderrichter mit Recht betont hat, liegt der gegenwärtige Fall wesentlich anders als derjenige, der der genannten Entsch. v. 18. März 1936 zugrunde lag. Jene Entscheidung darf nicht dahin verallgemeinert werden, daß nun jede Feherverwaltung einen Gefolgsmann, der seine vertragliche Arbeit nicht mehr verrichten kann, ohne weiteres auf einem anderen Arbeitsplatz zu beschäftigen verpflichtet wäre. Der Versuch, hier auf dem Umwege über § 2 ArbDG. einen Urlaubsanspruch zu begründen, der nach der das Urlaubsrecht für den rheinisch-

westfälischen Steinkohlenbergbau abschließenden Urlaubsordnung nicht begründet ist, ist verfehlt.

(RArbG., Ur. v. 27. April 1938, RAG 246/37. — Duisburg.)

51. § 826 BGB. Den Maßstab für die Feststellung eines Verstoßes gegen die guten Sitten bildet das Anstandsgefühl eines billig und gerecht denkenden Durchschnittsmenschen. Hierbei sind stets auch die Anschauungen der unmittelbar beteiligten Kreise zu berücksichtigen; doch ist es unrichtig, für das Arbeitsrecht einen irgendwie anders gearteten Begriff der Sittenwidrigkeit aufzustellen als für das sonstige Rechtsleben.

Das BG. ist in der Begründung seines Urteils zu § 826 BGB. davon ausgegangen, daß sich die Beurteilung eines Verstoßes gegen die guten Sitten nach dem herrschenden Volksbewußtsein zu richten habe, daß es darauf ankomme, wie ein „anständig denkender Durchschnittsmensch“ in der Lage des Bekl. gehandelt hätte. Dieser Ausgangspunkt ist richtig. Dann hat das BG. ausgeführt, wenn auch allgemein der Grundsatz gelte, daß die Verletzung einer jemandem gesetzlich oder vertraglich obliegenden Verpflichtung an sich nicht gegen die guten Sitten verstoße und damit die Rechtsverletzung als Maßstab für die Erfordernisse der guten Sitten außer Betracht bleiben solle, so sei doch für das Arbeitsrecht eine andere Einstellung gerechtfertigt. Es hat dann auf das heute allgemein anerkannte besondere Treueverhältnis zwischen dem Führer eines Betriebes und seinen Gefolgsleuten und auf das daraus sich ergebende „sittliche Band“ zwischen ihnen hingewiesen und hat dazu ausgeführt: damit, daß das Recht des einzelnen durch den Gemeinschaftsgedanken seinem Inhalt als seiner Ausübung nach beschränkt werde, sei der gleiche Zweck erreicht, den die Vorschrift des § 826 BGB. im Auge habe, die einzelnen aus dem Grundsatz getragen werde, daß über dem einzelnen als das Höhere die Gemeinschaft des Volkes stehe, die rechtlichen Verfehr und sittliches Verhalten erfordere und alles vermerke, was dem zuwiderlaufe. Unter diesen Umständen sei deshalb für das Arbeitsverhältnis das Recht und die sittliche Ordnung auf eine Stufe zu stellen und danach das Verhalten des Bekl. zu beurteilen. Im weiteren hat das BG. ausgeführt: Der Kl. habe 15 Jahre hindurch für den Bekl. gearbeitet und seinen Betrieb zu einem Musterbetrieb gestaltet, während der ganzen Zeit habe der Bekl. von ihm nur Gutes erfahren; dieser habe ihm deshalb auch das gute „vorläufige“ Zeugnis ausgestellt und sei ihm bei der Suche nach einer anderen Stellung behilflich gewesen. Vermutlich seien beide dann aber in Unfrieden voneinander geschieden. Durch die Streitigkeiten sei der Bekl. verärgert und das bisherige Vertrauensverhältnis getrübt worden. In dieser Stimmung habe der Bekl. auf den gegebenen Augenblick gewartet, um seinem Arger Luft machen zu können. Es möge zugegeben werden, daß der Bekl. von dritter Seite gehört habe, der Kl. hätte sich nicht so „korrekt“ verhalten, wie er (Bekl.) es bisher angenommen habe. Solchen „Zuträgereien“, die erfahrungsgemäß gern gemacht würden, hätte der Bekl. als denkender Mensch nicht ohne weiteres Glauben schenken dürfen. In dem Augenblick aber, als er von dem Kreisobmann der Deutschen Arbeitsfront um Auskunft über den Kl. gebeten worden sei, habe er geglaubt, seinen Arger entladen zu können. In der Auskunft habe er deshalb mit keinem Wort der früheren Verdienste des Kl. um sein Gut gedacht, habe vielmehr sein früheres Zeugnis in vollem Umfang widerrufen und dann sogar noch von „denkbar“ schlechtem Ruf des Kl. gesprochen und unnötigerweise noch hinzugefügt, die fristlose Entlassung des Kl. aus seiner letzten Stellung sei der Deutschen Arbeitsfront „wohl“ bekannt. Damit habe der Bekl. ein Urteil über den Kl. gefällt, bei dem seine eigene Überzeugung völlig in den Hintergrund getreten sei und in dem nur die Einschüflerungen und Zuträgereien Dritter ihren Ausdruck gefunden hätten.

Dieses Verhalten des Bekl. beurteilt der Vorderrichter dann als sittlich verwerflich. (Wird ausgeführt.)

Die solchermaßen begründete Sittenwidrigkeit i. S. des § 826 BGB. erscheint nicht frei von Rechtsirrtum. Bedenken unterliegt es zunächst, für das Arbeitsrecht einen irgendwie anders gearteten Begriff der Sittenwidrigkeit aufzustellen als für das sonstige Rechtsleben. Der Begriff, wie ihn die Rspr. zu § 826 BGB. herausgebildet hat, kann nur als ein einheitlicher zur Anwendung kommen. Daß bei der Anlegung des gewonnenen Maßstabes, des Anstandsgefühls eines billig und gerecht denkenden Durchschnittsmenschen, stets auch die Anschauungen der unmittelbar beteiligten Kreise berücksichtigt werden müssen, ist allgemein anerkannt. Vielleicht hat das RArbG. mit seiner Betonung des Treueverhältnisses zwischen Betriebsführer und Gefolgsmann und seinen diesbezüglichen Ausführungen das auch nur besonders hervorheben wollen.

Zu Unrecht hat das BG. jedenfalls die Frage unerörtert gelassen, ob der Inhalt der die Klagegrundlage bildenden Auskunft wahrheitswidrig war. Gewiß gibt es Fälle, in denen auch eine durchaus wahre Auskunft sittenwidrig i. S. des § 826 BGB. sein und zum Schadenserlass verpflichten kann, nämlich dann, wenn die Auskunft ohne jedes berechnete Interesse lediglich zu dem Zweck erfolgt, den Gefolgsmann in seinem Fortkommen zu schädigen. Davon kann hier aber keine Rede sein. Wenn der Vorderrichter die Sittenwidrigkeit allein schon damit begründen will, daß die Form der Auskunft eine besonders feindselige Gesinnung verrate, so ist das nicht gerechtfertigt. Bei unbefangener Betrachtung der Auskunft kann man daraus eine solche Gesinnung unmöglich ohne weiteres entnehmen. Es ist auch nicht richtig, wenn das BG. meint, der Bekl. habe sein früheres gutes Zeugnis in vollem Umfang, auch bezüglich der Leistungen des Kl., widerrufen. Die Auskunft will ersichtlich nur sagen, daß die moralische Beurteilung des Kl. nicht mehr aufrechterhalten werden könne. Unterstellt man als wahr — wofür Beweis angetreten und auch schon erhoben war, was aber das BG. unerörtert gelassen hat —, daß der Kl. im Kreise N. tatsächlich in schlechtem Rufe stand (wozu natürlich nicht genügt, daß nur einzelne Personen absichtlich über ihn urteilten), so bedeutet es eine Verkennung des Begriffes der Sittenwidrigkeit i. S. des § 826 BGB., wenn man dann aus Inhalt und Form der Auskunft einen Verstoß gegen die guten Sitten herleiten will. Man mag dann in dem Zusatz „denkbar“ eine ungerechtfertigte Übertreibung sehen, würde in der Beifügung dieses Zusatzes aber auch noch keine Sittenwidrigkeit finden können, wenn es richtig ist, was unter Beweis gestellt war, daß der Kl. an der heimlichen Beiseiteschaffung von Getreide beteiligt war, daß er sich der Entwendung von Spiritus schuldig gemacht und danach einen Arbeiter zu einer falschen Aussage veranlaßt hat, ferner daß er wiederholt den Amtsvorsteher belogen hat, einmal sogar unter Berufung auf sein Ehrenwort. Auf alles das ist das BG. mit keinem Wort eingegangen. Das vermißt die Rev. mit Recht.

(RArbG., Ur. v. 13. April 1938, RAG 269/37. — Königsberg i. Pr.)

52. § 61 Abs. 1 ArbGG.; § 91 ZPO. Reisekosten des Angestellten einer Prozeßpartei können erstattungsfähig sein. Die auswärtige Partei ist nicht genötigt, zum Zweck der Kostenersparnis sich durch die Deutsche Arbeitsfront am Sitz des Prozeßgerichts vertreten zu lassen.

Nach § 61 ArbGG. besteht im Arbeitsgerichtsprozeß kein Anspruch der obliegenden Partei auf Erstattung der Kosten für die Zugiehung eines Prozeßbevollmächtigten. Insofern ist § 91 ZPO. für den Arbeitsgerichtsprozeß ausgeschaltet; § 91 ZPO. gilt insofern, als die unterliegende Partei die dem Gegner erwachsenen Kosten zu erstatten hat, soweit sie zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung erforderlich waren. Insbesondere hat die unterliegende Partei dem auswärtig wohnenden Gegner die notwendigen Fahrtkosten für die Wahrnehmung der Termine beim ArbG. zu erstatten. Die Bekl. ist eine KommGef. mit dem Sitz in Berlin. Wenn einer der persönlich haftenden Gesellschafter der Bekl. von Berlin zu den Verhandlungsterminen vor dem ArbG. nach Frankfurt a. M. gereist wäre, so hätte der unterlegene Kl. bei den hohen Streitwerten von 2400 RM bzw. 7200 RM. und der Schwierigkeit der Rechtslage nach § 91 ZPO. unbedingt diese zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Kosten der Bekl. zu erstatten müssen. Ein persönlich haftender Gesellschafter der Bekl. ist nun nicht zu den Terminen nach Frankfurt a. M. gereist, sondern sie hat einen ihrer Angestellten, der Sachbearbeiter der Prozesse ist, als ihren Bevollmächtigten nach Frankfurt a. M. gesandt, dessen Reisekosten die des persönlich haftenden Gesellschafters nicht überschritten haben. Wie RArbG. nach vom 11. Dez. 1936: ArbRSamml. 28, 223 und in der Ann. hierzu Volkmar zutreffend ausführt, liegt es nicht i. S. des § 61 ArbGG. einer Partei einen erheblichen Kostenvorteil zu gewähren, wenn ihr Gegner, anstatt einen Termin außerhalb seines Wohnorts persönlich wahrzunehmen, sich durch einen ihrer Angestellten vertreten läßt. Es entspricht durchaus dem Sinne des § 61 ArbGG., daß in einem Falle, in dem eine Partei in einem auswärtigen Termin, den sie sonst persönlich hätte wahrnehmen müssen, durch einen Angestellten vertreten wird, ihr die baren Reisekosten des Angestellten insofern erstattet werden, als sie diejenigen Kosten nicht übersteigen, die ihr zu erstatten gewesen wären, wenn sie den Termin selbst wahrgenommen hätte. Die Bekl. verlangt nur Ersatz der baren Fahrtkosten ihres Angestellten S. 2. Klasse Berlin—Frankfurt a. M. und zurück, keine Verpflegungs- und Übernachtungskosten. Hätte die Bekl. die Termine in Frankfurt a. M. durch ihren persönlich haftenden Gesellschafter wahrnehmen lassen, so wären die baren Fahrtkosten mindestens ebenso hoch gewesen. So-

mit ist der Kl. verpflichtet, der Befl. die Reisekosten ihres Vertreters in der verlangten Höhe zu ersetzen.

Unbegründet ist der Einwand, die Befl. als Mitglied der Deutschen Arbeitsfront, hätte zwecks Kostenersparnis sich durch die Deutsche Arbeitsfront in Frankfurt a. M. vertreten lassen müssen. Die Befl. konnte sich durch die Rechtsberatungsstelle der Deutschen Arbeitsfront in Frankfurt a. M. vertreten lassen, sie war aber hierzu nicht gezwungen. Wenn der Befl. die Vertretung durch ihren eigenen Sachbearbeiter für ihre Rechtsverteidigung zweckmäßiger erschien, so muß ihr erlaubt sein, sich durch diesen vertreten zu lassen.

(LArbG. Frankfurt a. M., Beschl. v. 25. April 1938, 6 Ta 6 und 7/38.)

Reichsdienststrafhof

53. Fortgesetztes Dienstvergehen. Begrenzung des Gegenstandes des Dienststrafverfahrens durch die Anschuldingungsschrift. Anforderungen an den Inhalt der Anschuldingungsschrift. f)

In der Anschuldingungsschrift ist dem Beschuldigten vorgeworfen, er habe

1. für jeden Kilometer, den er mit dem ihm dienstlich zur Verfügung gestellten Motorrad zurückgelegt hat, 0,20 RM angefordert und erhalten, trotzdem ihm bekannt war oder bekannt sein mußte, daß ihm nach Ziff. 48 Abs. 2 AusfBest. v. 17. Jan. 1923 zum PrReisekostenG. v. 3. Jan. 1923 (i. d. Fass. v. 1. Dez. 1924 [PrVerföBl. 363]) nur ein Viertel des im § 4 Abs. 4 daselbst festgesetzten Betrages (0,20 RM, höchstens 0,30 RM) je Kilometer zustand,
2. für einen längeren Zeitraum in gewinnstüchtiger Absicht Übernachtungsgelder für solche Nächte liquidiert, in denen er nicht auswärtig war, sondern mittels einer Dauerkarte zum Dienstort zurückkehrte.

Was den ersten Vorwurf betrifft, so gehen die Anschuldingungsschrift und die angefochtene Entsch. davon aus, daß gemäß § 15 PrVDStrD. v. 27. Jan. 1932 i. Verb. m. Art. V Gef. zur Änderung des Dienststrafrechts v. 18. Aug. 1934 die Verfolgung des vor dem 1. Okt. 1929 liegenden Verhaltens des Beschuldigten verjährt sei, und daß deshalb nur noch diejenigen Handlungen verfolgt werden könnten, die nach diesem Zeitpunkt liegen. Das wäre dann richtig, wenn dieses Verhalten eine Anzahl selbständiger Einzelhandlungen darstellte. Hier aber war ein auf einem einheitlichen Voratz beruhendes, aus Teilhandlungen bestehendes Verhalten im Fortsetzungszusammenhang anzunehmen. Die nur Glieder einer Kette bildenden, vor dem 1. Okt. 1929 liegenden Teilhandlungen könnten jedoch nur dann mitverfolgt werden, wenn eine in nichtrechtsverjäherte Zeit fallende, d. h. nach dem 1. Okt. 1929 liegende Teilhandlung, festzustellen wäre. Eine solche Feststellung konnte jedoch nicht getroffen werden.

Zum ersten Anschuldingungspunkt war demnach keine dienststrafrechtlich verfolgbare Verfehlung des Beschuldigten festzustellen.

Zum zweiten Vorwurf hat der Beschuldigte vorgetragen, er habe, so lange er im Besitze einer Dauerkarte gewesen sei, keine Übernachtungen in Rechnung gestellt, wenn er nicht „tatsächlich draußen übernachtet habe“; im übrigen habe er Übernachtungsgelder, ohne auswärtig übernachtet zu haben, nur berechnet, falls Hin- und Rückreise mehr als ein Übernachtungsgeld betragen hätten und er daher verpflichtet gewesen sei, „Übernachtung zu liquidieren“. Angesichts dieser unbestrittenen und glaubhaften Angabe war nicht nachzuweisen, daß der Beschuldigte in gewinnstüchtiger Absicht Übernachtungsgelder liquidiert hat, ohne tatsächlich auswärtig übernachtet zu haben. Auch die angefochtene Entsch. hat solche Verfehlungen nicht festzustellen vermocht, aber einen Verstoß des Beschuldigten gegen seine Beamtenpflichten darin erblickt, daß er „selbstherrlich gehandelt“ und „keine Reisekostenrechnungen nach seinem Gutmühen unrichtig aufgestellt“ habe. Dem vermochte der Senat nicht zu folgen. Der Beschuldigte hat in der Hauptverhandlung unter Berufung auf die Abhandlung „Die Anschuldingungsschrift im Dienststrafverfahren“ von R. A. Hermann Reuß, Dozent der Verwaltungsakademie Berlin (RVerwBl. 58 [1937], 873 ff.) darauf hingewiesen, daß das damit von der Dienststrafammer als Verfehlung festgestellte Verhalten ihm in der Anschuldingungsschrift nicht „als Dienstvergehen zur Last gelegt“ worden sei. Denn dort — so hat der Beschuldigte weiter ausgeführt — sei ihm ausdrücklich nur vorgeworfen, daß er „in gewinnstüchtiger Absicht“ unrichtig liquidiert habe. Dies habe er aber nicht getan; der Satz, daß in dem schwereren Vorwurf der geringere zugleich enthalten sei („in majore inest minus“), habe im Dienststrafrecht keine Geltung, und es

stehe dem Dienststrafgericht nicht zu, den ihm unterbreiteten Sachverhalt zur Konstruktion eines neuen in der Anschuldingungsschrift nicht erhobenen Vorwurfs zu verwenden. Das verstoße gegen den Opportunitätsgrundsatz, demzufolge allein die Einleitungsbehörde nach freiem Ermessen zu bestimmen habe, was sie dem beschuldigten Beamten als Dienstvergehen zur Last legen wolle.

Zu diesen Ausführungen allgemein und abschließend Stellung zu nehmen, lag für den Senat ein Anlaß nicht vor. Hier war nur folgendes zu sagen: Die Anschuldingungsschrift soll nach § 53 Abs. 2 PrVDStrD. u. a. „die Tatsachen, in denen ein Dienstvergehen erblickt wird“, ... darstellen; diese Tatsachen müssen in einer Form in die Anschuldingungsschrift aufgenommen werden, daß der Beschuldigte erkennen kann, welcher Sachverhalt als erwiesen angesehen und ihm zum dienststrafrechtlich zu ahnenden Vorwurf gemacht wird. Inwiefern das geschehen ist, ist Auslegungsfrage. Im vorl. Falle war sowohl aus der Formulierung des zweiten Anschuldingungspunktes wie aus den in der Anschuldingungsschrift im einzelnen weiter dazu gegebenen Erläuterungen klar zu erkennen, daß die gewinnstüchtige Absicht des Beschuldigten ein Tatbestandsmerkmal der ihm zur Last gelegten Verfehlung bildete. Da das Vorliegen dieses Tatbestandsmerkmals nicht zu erweisen war, mußte der Beschuldigte von dem ihm gemachten Vorwurf freigesetzt werden.

(Reichsdienststrafhof, Ur. v. 15. März 1938, III D 84/37.)

Anmerkung: Das Urteil geht davon aus, daß der im Strafrecht entwickelte Begriff der „fortgesetzten Handlung“ auch im Dienststrafrecht anwendbar sei. Mit dieser Auffassung befindet sich das Urteil im Einklang mit der herrschenden Meinung (vgl. PrVDSG. 93, 232 ff.; Behnke, „RDStrD.“, § 27 Anm. VII, 2, S. 234/35; Brand, „RDStrD.“, § 28 Anm. 4, S. 231 und § 62 Anm. 3 a. E., S. 321; Breithaupt, „RDStrD.“, § 62 Anm. 1, S. 178/79; Wittland, „RDStrD.“, § 22 VDSG. — im Anhang zu § 1 RDStrD. — Anm. 8 a. E., S. 160). Eine abweichende Ansicht ist lediglich einmal, und zwar beiläufig, vom früheren Reichsdiziplinarhof vertreten worden, indem dieser erklärte, daß der strafrechtliche Begriff der fortgesetzten Handlung „im Disziplinarverfahren nicht anwendbar“ sei (Foerster-Simons, „Die Rechtsprechung des Reichsdiziplinarhofs vom Januar bis Dezember 1933“, S. 30). Ob gegenüber dieser abweichenden Ansicht des Reichsdiziplinarhofs die gegenteilige herrschende Meinung wirklich endgültig im Recht ist, oder ob die erwähnte Auffassung des früheren Reichsdiziplinarhofs vielleicht unausgesprochen von einer tieferen Einsicht in das Wesen des Dienststrafverfahrens und in die Bedeutung des Begriffs der „fortgesetzten Handlung“ diktiert war, soll gelegentlich an anderer Stelle erörtert werden. Hier mag einstweilen bemerkt werden, daß sich bisher weder in der Rpr. noch im Schrifttum des Dienststrafrechts eine wirklich in die Tiefe gehende Untersuchung über die Berechtigung des Begriffs des „fortgesetzten Dienstvergehens“ findet. Eine solche Untersuchung müßte vor allem klarstellen, ob und gegebenenfalls wie sich dieser Begriff mit dem Begriff der „Einheit des Dienstvergehens“ verträglich, welches die Funktion des Begriffs der „fortgesetzten Handlung“ im allgemeinen Strafrecht ist, aus welchem Bedürfnis dieser Begriff im allgemeinen Strafrecht erwachsen ist und ob dieses — zunächst zu ermittelnde — Bedürfnis auch im Dienststrafrecht besteht, ob also der Begriff der „fortgesetzten Handlung“ auch im Dienststrafrecht eine Funktion zu erfüllen hat und ob diese Funktion — bejahendenfalls — die gleiche wie im allgemeinen Strafrecht oder vielleicht eine andere ist. Solange nicht in dieser Weise wirklich bis zu den Wurzeln des Problems vorgestoßen wird, läßt sich über die Berechtigung sowie über Sinn und Tragweite des Begriffs des „fortgesetzten Dienstvergehens“ nichts Abschließendes aussagen. Daß der eine Standpunkt „herrscht“, während der andere nur einmal beiläufig vertreten worden ist, hat weder in der einen noch in der anderen Richtung den Wert eines Argumentes. —

Das Urteil befindet sich auch insoweit mit der herrschenden Meinung im Einklang, als es den Einfluß der Verjährung auf „fortgesetzte Dienstvergehen“ entsprechend den Lehren des allgemeinen Strafrechts behandelt (vgl. Behnke a. a. O., § 115 Anm. III, 1, S. 160).

Bedenklich ist die Erwägung, mit der sich das Urteil dagegen wendet, daß die Vorentscheidung die angebligen Verfehlungen des Beschuldigten, soweit sie vor dem 1. Okt. 1929 liegen, schon a limine von einer näheren Prüfung ausgeschlossen habe. An der hieran geübten Kritik ist nur so viel richtig, daß sich das Verfahren der Vorinst. insoweit nicht mit dem dabei maßgeblich gewesenen Gesichtspunkt der Verjährung rechtfertigen ließ. Es bedarf aber — über den Gesichtspunkt der Verjährung hinaus — der Beachtung, daß ja die in Rede stehenden „Teilhandlungen“ nach dem Inhalt der Anschuldingungsschrift gar

nicht Gegenstand des Verfahrens waren. Wie das Urteil selbst berichtet, hatte bereits die Anschuldigungsschrift — ob zu Recht oder zu Unrecht, ist unerheblich — diese Teilhandlungen als verjährt und daher einer dienststrafrechtlichen Ahndung entzogen betrachtet. Eine solche Auffassung der Anschuldigungsschrift steht der Annahme entgegen, daß in ihr gleichwohl die als verjährt angesehenen Teilhandlungen dem Dienststrafgericht zu rdisziplinarischen Ahndung unterbreitet worden seien. Denn es ist ein Widerspruch in sich selbst, die dienststrafrechtliche Verfolgbarkeit eines Geschehnisses für ausgeschlossen zu halten und gleichwohl vom Dienststrafgericht die Bestrafung dieses Geschehnisses zu fordern! Die Erwähnung jener Teilhandlungen in der Anschuldigungsschrift konnte mithin nur als Mitteilung von Umständen angesehen werden, die bei der Beurteilung der Persönlichkeit des Beschuldigten und bei der Strafzumessung hätten bedeutungsvoll werden können. Gegenstand des Verfahrens waren diese Teilhandlungen aber nicht; auch hierzu mag im einzelnen auf meinen im Urteil angeführten Aufsatz: RVerwBl. 1937, 873 ff. verwiesen werden.

Was die Stellungnahme des Urteils zu meinem Aufsatz (a. a. O.) angeht, so heißt es in den Gründen des Urteils zwar, das vorl. Verfahren habe dem Gerichtshof keinen Anlaß geboten, zu den von mir aufgestellten Thesen „allgemein und abschließend“ Stellung zu nehmen. Bzgl. der konkreten Bedeutung meiner Ausführungen für den gegebenen Fall ist das Urteil jedoch meiner Ausführungen gefolgt: Es hat die Sache nach anerkannt, daß die Einleitungsbehörde mit ihrem maßgeblichen Einfluß auf den Inhalt der Anschuldigungsschrift nicht nur darüber zu bestimmen hat, „welcher Sachverhalt Grundlage des Verfahrens sein“, sondern auch „in welcher Richtung er als Grundlage des Vorwurfs einer dienstlichen Verfehlung dienen soll“ (so mein Aufsatz a. a. O., S. 878). Das ist im Ergebnis eine Anerkennung meiner These, daß „Gegenstand“ des Verfahrens nicht der Sachverhalt als solcher, sondern der aus dem Sachverhalt hergeleitete und auf den Sachverhalt gestützte Vorwurf einer Dienstverfehlung ist, sofern diese in der Anschuldigungsschrift ersichtlichweise zu dem Zweck mitgeteilt wird, daß der Beschuldigte ihrerwegen disziplinarisch bestraft werden soll. Diese Rechtsauffassung folgt, wie ich a. a. O. in einer m. E. zwingenden Deduktion dargetan habe, aus dem Fundamentalgroßsatz des Dienststrafrechts, dem sogenannten „Opportunitätsprinzip“. Gerade weil die Einleitungsbehörde nach der Einreichung der Anschuldigungsschrift bei der Dienststrafsanftern insofern nicht mehr Herrin des Verfahrens ist, als sie die einmal zum Gegenstand des Verfahrens gemachten Anschuldigungen nicht mehr fallen lassen und das Verfahren somit von sich aus nicht mehr beenden kann, muß sie davor bewahrt werden, daß sie im Dienststrafverfahren möglicherweise einen tüchtigen und schwer zu ersetzenden Beamten verliert, obwohl sich der von ihr selbst gegen ihn erhobene Vorwurf als haltlos erwiesen hat. Vielleicht hatte sich die Behörde nur schwer und nur unter dem Zwang der besonderen Schwere dieses Vorwurfs dazu entschlossen, daß ihr unvermeidlich erscheinende Verfahren gegen den Beamten einzuleiten, während sie sich hierzu wegen eines anderen — wenn auch aus dem gleichen Sachverhalt hergeleiteten — Vorwurfs im Rahmen ihres freien Ermessens nicht entschlossen habe. Man soll sich nicht täuschen, das Problem lautet gerade heute für die Personalpolitik der öffentlichen Verwaltung nicht: Wie werde ich meine Beamten unter allen Umständen los, sondern: wie kann ich sie mir nach Möglichkeit erhalten? Die öffentliche Verwaltung leidet in erheblichem Ausmaß unter dem Mangel geeigneter und tüchtiger Beamten, vor allem technisch vorgebildeter Beamten. Die „Flucht aus den Amtsstuben“ in die „freie Wirtschaft“ macht in der jetzigen Zeit des Aufstiegs der Konjunktur vielen Behörden erhebliche Sorgen. Auch sonst hat die öffentliche Personalpolitik Schwierigkeiten, zumal kaum noch ein spürbarer „Anbrand“ des Nachwuchses zum Beamtenberuf festzustellen ist (vgl. hierzu den beachtlichen Aufsatz von Fischbach, „Personalwirtschaft und Personalpolitik in der staatlichen Verwaltung“, Deutsche Verwaltung 1938, 103). Der Staat und die übrigen öffentlichen Verbände haben somit allen Anlaß, die Beamten nach Möglichkeit zu behalten und den etwaigen Anwärtern genügend Anreiz für die Ergreifung des Beamtenberufes zu bieten. Unter solchen Umständen muß es doppelt gelten, daß es den Dienststrafgerichten nicht zusteht, einen ihnen in der Anschuldigungsschrift — vielleicht erst nach großer Überwindung — unterbreiteten Sachverhalt zur Konstruktion eines neuen, in der Anschuldigungsschrift nicht erhobenen Vorwurfs zu verwenden. Das verstößt gegen das „Opportunitätsprinzip“, dessen strikte Respektierung durch die Gerichte ein unabhängiges Erfordernis der staatlichen Personalpolitik darstellt.

R. A. Reuß, Berlin.

Preussisches Oberverwaltungsgericht

54. § 35 Abs. 1 EinheitsbauO. Baupolizei. Ein ursprünglich polizeimäßiger Zustand kann sowohl durch Änderung der Gesetzgebung als auch durch Änderung der allgemeinen Anschauungen ohne Zutreten neuer Tatsachen zu einem polizeiwidrigen werden. Eine solche Änderung der Anschauungen hat sich insbes. auf dem Gebiete der Fürsorge für die Volksgesundheit vollzogen (RVerwBl. 59, 359 = JW. 1938, 616).

Der Kl. ist Eigentümer eines Gehöfts in D. Sein Hof grenzt unmittelbar an die Wohngebäude der beiden Nachbarn. In dem von diesen beiden Wohnhäusern gebildeten Winkel liegen die Dunggrube des Kl. sowie zwei Aborthäuschen mit Jauchegrube. Durch diese Anlagen fühlen sich die Nachbarn, deren Fenster auf den Hof des Kl. gehen, belästigt und gefährdet. Der Bürgermeister als Ortspolizeibehörde forderte den Kl. daher auf, die zur Zeit bestehende Dungstätte mit Jauchegrube zu beseitigen und eine neue Dungstätte mit Jauchegrube an der Stelle, wo jetzt der Holzschuppen des Kl. stehe, zu errichten.

Das BezVerwGer. wies die hiergegen erhobene Klage insoweit ab, als sie die Anordnung der Beseitigung der Dungstätte und Jauchegrube betraf; im übrigen, also soweit die Verlegung an eine bestimmte Stelle verlangt worden war, setzte das BezVerwGer. die angefochtene Verfügung außer Kraft. In den Gründen führte es aus, die polizeiliche Forderung sei nach § 35 Ziff. 1 der maßgebenden BauPolVO. zulässig gewesen. Nach dieser Vorschrift fänden auf bereits vorhandene bauliche Anlagen die Bestimmungen der Bauordnung Anwendung, wenn polizeiliche Gründe, insbes. solche der öffentlichen Sicherheit, es notwendig machten. Solche Gründe seien hier vorhanden, denn die Lage der Dungstätte unmittelbar unter den Fenstern der beiden Beigeladenen bilde eine Gesundheitsgefahr für die Bewohner der beiden Häuser. Daß eine außergewöhnliche Geruchsbelästigung vorliege — besonders im Sommer —, könne nach dem Ergebnis des Ortstermins nicht zweifelhaft sein. Abgesehen davon sei die Dungstätte eine Brutstätte für Fliegen und allerlei Getier, sie berge daher die Gefahr der Übertragung von Krankheiten in sich. Zu diesem Ergebnis sei auch das Gutachten des Amtsarztes in R. gekommen. Das Einschreiten der Baupolizeibehörde sei daher gemäß § 35 BauPolVO. zulässig gewesen. Dagegen hätte die Verlegung der Dunggrube an eine bestimmte Stelle nicht verlangt werden können. Es hätte vielmehr dem Kl. überlassen bleiben müssen, auf welche Weise er den polizeiwidrigen Zustand beseitigen wolle. Dem Kl. stehe, wie die Ortsbesichtigung ergeben habe, noch genügend Platz zur anderweitigen Einrichtung der Dungstätte, z. B. der Garten, zur Verfügung. Die geforderte Verlegung der Dungstätte an die Stelle des jetzigen Holzschuppens sei auch deshalb unrichtig, weil dadurch § 22 Ziff. 9 BauPolVO. verletzt werden würde, der für Dungstätten und Jauchegruben 5 Meter bzw. 2 Meter Abstand von Wohngebäuden, Straßen und der Nachbargrenze vorschreibe. Denn dann würde die Dungstätte auf der einen Seite unmittelbar an der Straße und auf der anderen Seite ebenfalls unmittelbar neben dem Hause des einen Nachbarn liegen. Unzulässig sei aber ein polizeiliches Gebot, dessen Befolgung seinerseits gegen die öffentliche Sicherheit oder Ordnung verstoßen würde.

Die Rev. des Kl. hatte keinen Erfolg.

Das BezVerwGer. hat ausgeführt, daß die angefochtene polizeiliche Verfügung in § 35 Ziff. 1 i. Verb. m. § 22 Ziff. 9 BauPolVO. ihre Stütze finde, wonach die Bestimmungen dieser Bauordnung bei älteren, wenn auch ursprünglich rechtmäßigen baulichen Anlagen dann durchgeführt werden können, wenn polizeiliche Gründe, insbes. solche der öffentlichen Sicherheit, es notwendig machen. Diese Begründung ist für sich allein ausreißend, das Urteil zu tragen. Sie ist auch sachlich zutreffend. Das BezVerwGer. hat auf Grund örtlicher Besichtigung tatsächlich festgestellt, daß die Dungstätte und die Jauchegrube bei ihrer Lage unmittelbar unter den Fenstern der beiden Nachbarhäuser eine Gesundheitsgefahr für die Bewohner dieser beiden Häuser bilden. Diese Feststellung, die auch mit dem Gutachten des Amtsarztes in R. übereinstimmt, ist ohne Rechtsirrtum und Verfahrensmangel getroffen und daher auch für die Revisionsstufe maßgebend. Mit der auf tatsächlichen Gebiet liegenden Behauptung, die vorhandene Geruchsbelästigung und die Fliegenplage überschritten nicht das übliche Maß und könnten nicht als Gefahr für die öffentliche Sicherheit i. S. des § 35 Ziff. 1 BauPolVO. bezeichnet werden, konnte der Kl. deshalb nicht mehr gehört werden. Im übrigen bezieht sich § 35 nicht lediglich auf Gründe der öffentlichen Sicherheit, er führt sie nur als besonderes Beispiel an.

Wenn der Kl. meint, eine Anlage, die seit vielen Jahren unverändert bestanden habe, könne nicht von selbst polizeiwidrig

geworden sein, so ist diese Auffassung nicht zutreffend. Einmal kann eine solche Polizeiwidrigkeit ohne Änderung der Anlage selbst dadurch eintreten, daß die Befestigung sich ändert und die neuen Vorschriften (ganz oder teilweise) unter Aufhebung des regelmäßig geltenden Grundgesetzes der Nichtrückwirkung auf bestehende Anlagen unmittelbare Anwendung finden (Scholz, „Handbuch des gesamten öffentlichen Grundstücksrechts“, Bd. 1, S. 203; RVerwBl. 59, 359; JW. 1938, 616). Sodann aber können Änderungen allgemeiner Anschauungen, wissenschaftliche Erkenntnisse und Fortschritte gleiche Wirkungen erzeugen. Gerade auf dem hier in Frage stehenden gesundheitlichen Gebiet hat die ärztliche Wissenschaft in den letzten Jahrzehnten erhebliche Fortschritte gemacht und gesundheitliche Gefahren aufgedeckt, die früher nicht als solche erkannt waren. Außerdem hat unter der nationalsozialistischen Reichsführung die Erhaltung der Volksgesundheit allgemein eine gegen früher stark erhöhte Bedeutung bekommen. An solchen Erkenntnissen kann die Polizeibehörde nicht mit geschlossenen Augen vorübergehen; sie muß ihnen vielmehr Rechnung tragen. Wann sie jedoch den Zeitpunkt des Eingreifens für gekommen hält, ist in jedem einzelnen Falle von ihrem pflichtmäßigen Ermessen abhängig und unterliegt nicht der Nachprüfung im Verwaltungsstreitverfahren. Deshalb kann auch der Hinweis des Kl. hier nicht berücksichtigt werden, wonach auf anderen Grundstücken noch polizeiwidrige Zustände ähnlicher Art vorhanden seien.

Im übrigen ist es aber auch nicht zutreffend, daß der Zustand auf dem Grundstück des Kl. seit der Errichtung der Dunggrube unverändert geblieben sei. Er ist vielmehr nach seinen eigenen Angaben durch Teilung des ursprünglich einheitlichen Hofes ein anderer geworden. Diese Teilung hat in mehrfacher Beziehung polizeiwidrige Zustände auf den entstandenen Teilgrundstücken hervorgerufen. Z. B. ist dadurch der Zustand eingetreten, daß nunmehr die Außenwände der beiden Nachbarhäuser auf der neu entstandenen Nachbargrenze stehen und daher gegen die Vorschriften über Brandmauern verstoßen (§ 14 Ziff. 1 und 2 a BauPolVO.). Da aber andererseits Räume zum dauernden Aufenthalt von Menschen mit den für Licht und Luft notwendigen Fensteröffnungen versehen sein müssen (§ 26 Ziff. 2 BauPolVO.), so kann die Baupolizei auch nicht ohne weiteres die Zumauerung dieser Fenster verlangen. Sie kann vielmehr grundsätzlich, wenn ein polizeiwidriger Zustand durch das Zusammenwirken mehrerer Umstände hervorgerufen wird, an einem dieser Umstände allein den Hebel zur Besserung der Verhältnisse ansetzen und muß die Auswahl unter Abwägung der für und gegen die einzelnen Maßnahmen sprechenden Umstände nach pflichtmäßigem Ermessen treffen (vgl. Scholz a. a. D., Bd. 1, S. 47 unter d Abs. 2).

Der Kl. hat weiter behauptet, die geforderte Beseitigung der Dung- und Jauchegrube sei unmöglich, da er auf seinem Grundstück keinen anderen geeigneten Platz für sie habe. Auch dieser Einwand greift jedoch nicht durch. Das BezVerwGer. hat vielmehr zutreffend ausgeführt, daß die Verlegung der Dunggrube in den Garten technisch ausführbar ist und daß damit dem Einwand der Undurchführbarkeit die Grundlage entzogen ist.

Dem Kl. ist es aber auch nicht verwehrt, die Baugenehmigung für eine Verlegung der Dunggrube an die Stelle des jetzigen Holzschuppens unter Befreiung von den entgegenstehenden Vorschriften der Bauordnung zu beantragen. Wenn diese Befreiung erteilt wird, worüber der Landrat nach pflichtmäßigem Ermessen zu entscheiden hat, so wird der sonst polizeiwidrige Zustand zu einem rechtmäßigen. Der Kl. ist daher in diesem Falle befugt, die Dunggrube trotz der zu geringen Abstände an jene Stelle zu verlegen.

(PrOBG., Urt. v. 21. April 1938, IV C 185/36.)

*

55. § 4 KraftfG.; § 1 StrafVerfD. Eigentumsvergehen, wie Betrug, Unterschlagung usw., können die Entziehung der Kraftfahrerlaubnis rechtfertigen, auch wenn sie nicht mit dem Straßenverkehr in irgendwelchem Zusammenhang stehen.

Der Kl. ist wegen fortgesetzter schwerer Urkundenfälschung in Tateinheit mit Betrug zu sieben Monaten Gefängnis verurteilt worden, weil er als Lohnbuchhalter durch fortgesetzte falsche Buchungen und Unterschlagungen im ganzen 1366,40 RM an sich gebracht hatte. Wegen dieses Verhaltens wurde ihm die Kraftfahrerlaubnis entzogen.

Auf seine Klage setzte das BezVerwGer. die angefochtene Verfügung außer Kraft. Es führte aus: Es sei von Amts wegen zu prüfen, ob der Kl. ungeeignet i. S. des § 4 KraftfG. und des

§ 1 StrafVerfD. sei oder nicht. Die Ungeeignetheit könne nicht nur aus solchen Vorfällen hergeleitet werden, die mit dem Kraftfahrwesen in unmittelbarem Zusammenhang ständen, sondern auch aus anderweitigen Vorkommnissen; indessen müßte aus ihnen der Schluß gezogen werden können, daß der Betreffende seine Ungeeignetheit zum Führen von Kraftfahrzeugen gerade durch seine Tat bewiesen habe. Das könne der Fall sein bei einem Dieb wegen der erleichterten Fluchtmöglichkeit oder Beiseiteschaffung des Diebesgutes, ebenso bei einem Robeitsverbrecher wegen der Verführung, er werde dann auch bei der Führung eines Kraftfahrzeuges roh und rücksichtslos gegenüber dem Leben der Passanten zu Werke gehen, ebenso auch bei einem Mann, der wegen staatsfeindlicher Gesinnung bestraft sei, weil er durch Benutzung eines Kraftfahrzeuges besonders leicht und unbekannt die staatsfeindliche Gesinnung verbreiten könne, besser, als wenn er sich an einem Orte bewege. Dagegen könne der Schluß auf Ungeeignetheit aus dem Tatbestande der Urkundenfälschung oder des Betruges im allgemeinen nicht gezogen werden. Es lägen auch keine besonderen Umstände bei dem Kl. vor, welche diesen Schluß zuließen. Nach dem Eindruck, den er in der mündlichen Verhandlung gemacht habe, sei er genügend gewarnt und werde die Fahrerlaubnis zum Erwerb leben, aber nicht zu teuren Autopassionen benutzen. Die Polizei habe daher den Begriff der Ungeeignetheit unrichtig ausgelegt und mit ihrer Entziehungsverfügung das geltende Recht verletzt.

Die Rev. des Bfkl. ist begründet. Sie hat zutreffend darauf hingewiesen, daß nach der Rspr. des OBG. die Ungeeignetheit zum Führen von Kraftfahrzeugen grundsätzlich auch aus Eigentumsvergehen gefolgert werden kann. Es bedarf dazu nicht erst des Nachweises besonderer Umstände, wie das BezVerwGer. angenommen hat, insbes. ist es nicht erforderlich, daß die Eigentumsvergehen unter Benutzung eines Kraftfahrzeuges begangen sind oder daß die Fahrerlaubnis etwa eine Wiederholung der gleichen Taten erleichtern könnte. Vielmehr ist davon auszugehen, daß ein Kraftfahrer ganz allgemein in erhöhtem Grade die Möglichkeit hat, seine Mitmenschen zu schädigen, und daß deshalb von ihm ein besonderes Maß an Verantwortungsbewußtsein gegenüber der Allgemeinheit und an Achtung vor den Rechten der Mitmenschen gefordert werden muß (RVerwBl. 56, 656 = JW. 1935, 2312). Ein Kraftfahrer, der diese Charakterfestigkeit nicht besitzt, bildet eine Gefahr für die Allgemeinheit. Denn gerade der Führer eines Kraftfahrzeuges wird stets vor neue Lagen gestellt, die die Versuchung zu unrechtmäßigem Verhalten in sich tragen. Wer die nötige Widerstandskraft gegen solche Versuchungen schon wiederholt hat vermissen lassen, der bietet auch keine Gewähr für stets einwandfreies Verhalten in der Zukunft. Er ist deshalb ungeeignet zum Führen von Kraftfahrzeugen, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob die Versuchungen, denen er bisher erlegen ist, mit dem Straßenverkehr in irgendwelchem Zusammenhang stehen oder nicht (vgl. auch OBG. 98, 96, 97 = JW. 1936, 2832).

Wegen dieses Rechtsirrtums hatte das OBG. die Sache ohne Bindung an die sonst für die Revisionsstufe geltenden Beschränkungen frei zu prüfen. Dabei war davon auszugehen, daß der Kl. durch die fortgesetzten schweren Betrügereien, deren er sich schuldig gemacht hat, ein erhebliches Maß von Verantwortungslosigkeit bewiesen hat. Er bietet deshalb nicht die Gewähr dafür, daß er den an ihn heranretenden Versuchungen jederzeit den notwendigen Widerstand entgegenzusetzen wird. Es kommt hinzu, daß der Kl. die Betrügereien nach seinem eigenen Geständnis begangen hat, um sich dadurch die Mittel zum Kraftfahrern, seinem Lieblingshobby, zu verschaffen. Es liegt daher bei ihm die Befürchtung besonders nahe, daß er dem sportlichen Vergnügen zuliebe auch im Straßenverkehr seine Pflichten vernachlässigen werde. Daß die Polizeibehörde ihn unter diesen Umständen als ungeeignet zum Führen von Kraftfahrzeugen erachtet und ihm die Fahrerlaubnis entzogen hat, ist nicht zu beanstanden.

Wenn der Kl. in der mündlichen Verhandlung vor dem BezVerwGer. den Eindruck gemacht hat, daß er hinreichend gewarnt sei, so konnte dieser Eindruck nicht zu einer anderen Entsch. führen. Abgesehen davon, daß zu den Warnungen, die der Kl. erhalten hat, gerade die angefochtene Entziehungsverfügung mit gehört, ist für die Beurteilung seiner Geeignetheit auch nicht der Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung maßgebend, sondern derjenige, in dem die Entziehungsverfügung erlassen ist. Daß der Kl. in diesem Zeitpunkt die erforderliche Geeignetheit schon wieder bewiesen hätte, kann nicht anerkannt werden.

(PrOBG., Urt. v. 28. April 1938, IV C 182/37.)