

Juristische Wochenschrift

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

Abersicht über die Rechtsprechung zur Reichskostenordnung

(Fortsetzung zu den Übersichten in JZB. 1937, 1929 ff. und 1938, 634 ff.)

Zusammengestellt von Kammergerichtsrat Dr. H. Müller, Berlin

Gerichtskosten

Geltungsbereich

Die Vorschriften der Kostenordnung gelten, soweit nicht besondere Vorschriften Platz greifen,

a) im Verfahren zur Vereinigung alter Schulden hinsichtlich der Gerichtskosten (§ 12 Ges. über die Vereinigung alter Schulden v. 17. Aug. 1938 [RWB. I, 1033, 1037]);

b) im Verfahren vor den Auerbenbehörden im Lande Österreich (Art. 6 ÖGB. v. 27. Aug. 1938 [RWB. I, 935, 942 f.]); dazu AB. d. RZM. über Kostenansatz und Kostenentscheidung bei den Auerbenbehörden im Lande Österreich v. 2. Aug. 1938: DJ. 1938, 1214.

Kostenschuldner

§ 2

Zu 1: Ob ein die Kostenhaftung begründender Antrag gestellt sein soll, ist unter Würdigung aller Umstände des Einzelfalls zu beurteilen. Reicht ein Beteiligter eine Urkunde, in der ein anderer Beteiligter einen Grundbuchantrag gestellt hat, dem GB. ein, so wird er regelmäßig dadurch selbst dann noch nicht zum „Antragsteller“ i. S. des § 2 Nr. 1 KostD., wenn er bei der Überreichung um Vornahme der in der Urkunde beantragten Eintragungen bittet (RG.: JFG. Erg. 18, 2 = Höchstrspr. 1938 Nr. 474).

§ 3

Zu 4: Die durch § 3 Nr. 4 KostD. begründete Kostenschuldnerschaft des Vollstreckungsschuldners für die notwendigen Kosten der Zwangsvollstreckung erlischt, wenn der Vollstreckungstitel (z. B. Arrestbefehl) rückwirkend wieder aufgehoben wird. Vom Vollstreckungsschuldner bereits gezahlte Kosten sind ihm in diesem Fall wieder zu erstatten (RG.: JFG. Erg. 18, 5 = Höchstrspr. 1938 Nr. 985).

Vorauszahlung und Sicherstellung

§ 7

Bei der Erforderung eines Kostenvorschusses muß die Höhe des zu zahlenden Vorschusses auch dann angegeben werden, wenn der Vorschuß im Wege der Zwischenverfügung in einer Grundbuchsache eingefordert wird. Es genügt nicht die Mitteilung der Höhe des Kostenvorschusses an den Kostenschuldner, wenn die Zwischenverfügung an den Urkundennotar gerichtet ist (OLG. München: DJG. 1938, 179).

Für die Vermittlung einer Auseinanderlegung (§ 108 KostD.) ist vom Gericht ein Gebührenvorschuß in Höhe des Vierfachen der vollen Gebühr zu erheben, sofern nicht bereits feststeht, daß das Gericht die Vermittlung der Auseinanderlegung einem Notar übertragen muß oder wird. Im letzteren Fall beträgt der Vorschuß nur eine volle Gebühr (RG.: JFG. Erg. 18, 181 = DNotZ. 1938, 38 = Höchstrspr. 1938 Nr. 620).

Gebührenfreiheit

§ 10

Gebührenfreiheit der NS.-Volkswohlfahrt und des Winterhilfswerks: vgl. AB. des RZM. v. 27. Mai 1938 (DJ. 1938, 847),

der Reichsautobahnen: vgl. AB. des RZM. v. 1. Aug. 1938 (DJ. 1938, 1218).

Keine Gebührenfreiheit bayerischer Sparkassen bei der notariellen Bestellung von Hypotheken für Baudarlehn (OLG. München: JFG. Erg. 17, 3).

§ 12

Die Übernahme der Kosten durch einen gebührenbefreiten Beteiligten kann an der gesetzlichen Zahlungspflicht eines nicht befreiten Beteiligten nichts ändern (RG. 1a Wx 401/38).

Kostenanspruch

§ 13

Erinnerung, Beschwerde

1. Zulässigkeit des Rechtsmittels. Ist der Rechtsmittelzug gegen einen Kostenansatz (§ 12 Abs. 2, 3 KostD.) erschöpft, so ist die wiederholte Beschreitung des Rechtsmittelweges unter Berufung auf ein nach Rechtskraft der früheren Entscheidung verkündetes Gesetz nur zulässig, wenn durch das neue Gesetz die Rechtskraft der früheren Entscheidung beseitigt ist (z. B. nicht im Falle des § 35 der 1. DurchsD. z. AltG.). Es kommt in einem solchen Fall dann auch keine Änderung der früheren Entscheidung von Amts wegen (§ 13 Abs. 2 S. 3 KostD.) in Frage, weil sie voraussetzt, daß das entscheidende Gericht formell und sachlich zulässigerweise mit der Sache befaßt wird (RG.: JFG. Erg. 18, 31 = Höchstrspr. 1938 Nr. 621).

Die weitere Beschwerde kann durch Beschlußberichtigung zugelassen werden (OLG. München: JFG. Erg. 17, 36).

2. Beschwerdewert. Für die Entscheidung der Frage, ob der Beschwerdegegenstand 50 RM übersteigt (§§ 13, 156 KostD.), kommt es nur darauf an, ob die angefochtene Entscheidung auf Grund zulässiger Anträge um mehr als 50 RM abgeändert werden soll. Unerheblich ist es, ob die Kostenrechnung des Kostenbeamten oder des Notars über mehrere selbständige Amtshandlungen ausgestellt ist (RG.: JFG. Erg. 18, 28 = Höchstrspr. 1938 Nr. 986).

3. Keine reformatio in peius. Die auf die Erinnerung gegen eine Kostenrechnung ergehende Entscheidung darf dem Erinnerungsführer nicht schlechter stellen. Hat nur der Kostenschuldner oder nur die Reichskasse Erinnerung eingelegt, so kann auf die Beschwerde des Gegners des Erinnerungsführers gegen die auf die Erinnerung ergangene gerichtliche Entscheidung die Kostenrechnung des Kostenbeamten nicht zum Nachteil des Erinnerungsführers abgeändert werden. Ebenso darf eine Änderung von Amts wegen der auf die Erinnerung ergangenen Entscheidung den Erinnerungsführer nicht gegenüber

dem Kostenansatz des Kostenbeamten schlechter stellen (RG.: JZG. Erg. 18, 146).

4. Vgl. auch Entscheidungen zu § 156 KostD.

§ 15

Nichterhebung von Kosten wegen unrichtiger Sachbehandlung

Die Nichterhebung einer ordnungsmäßig entstandenen Gebühr kann nicht damit gerechtfertigt werden, daß eine andere Sache unrichtig behandelt worden ist. Es kann also die Nichterhebung einer Testamentseröffnungsgebühr nicht damit gerechtfertigt werden, daß in einem früheren Zeitpunkt in einer Erbscheinsache ein Erscheinen ohne Rücksicht auf das damals noch nicht eröffnete Testament zu Unrecht erteilt worden sei. Verspätete Testamentseröffnung ist niemals unrichtige Sachbehandlung (RG. 1a Wx 1714/37).

Unrichtige Sachbehandlung liegt nicht vor, wenn der Nachlassrichter ein ihm eingereichtes, durch Übergabe einer Schrift errichtetes Testament eröffnet, das sich früher in amtlicher Verwahrung befunden hatte und später zurückgegeben worden war (RG. 1a Wx 739/38).

Dagegen kommt die Nichterhebung der Gebühr des § 98 KostD. in Frage, wenn eine gemäß § 1960 BGB. angeordnete Nachlasspflegschaft als von Anfang an unzulässig aufgehoben wird (OLG. München: JZG. Erg. 18, 36).

Werden mehrere Verfügungen von Todes wegen desselben Erblassers in verschiedenen Terminen eröffnet, obwohl der Urkundsbeamte durch Einsicht des alphabetischen Namensverzeichnis das Vorhandensein der Verfügungen feststellen konnte, so sind die entstehenden Mehrkosten wegen unrichtiger Sachbehandlung selbst dann nicht zu erheben, wenn der Urkundsbeamte nach der zur Zeit der ersten Testamentseröffnung geltenden Geschäftsordnung für die Amtsgerichte zur Einsicht des Namensverzeichnisses nicht verpflichtet war (RG.: JZG. Erg. 18, 38 = HöchstRRspr. 1938 Nr. 842).

§ 15 S. 1 KostD. kann auch dann anwendbar sein, wenn den Beteiligten durch Nichtbefragung seitens des Gerichts gebührenrechtliche Vergünstigungen entgehen, sofern die Umstände des Falls ergeben, daß die Beteiligten nur das unter die Gebührenergünstigung fallende Geschäft beantragen wollten (Vöschungsvormerkung i. S. des § 21 Abs. 3 KostD.) (RG.: JZG. Erg. 18, 156 = HöchstRRspr. 1938 Nr. 164).

Geschäftswert

§ 17

Grundsatz

Eine Vertragsstrafe ist nur dann nicht Gegenstand eines besonderen Geschäfts i. S. des § 17 Abs. 2 KostD., wenn neben ihr die Verpflichtung, deren Durchführung sie dienen soll, beurkundet ist (OLG. München: JZG. Erg. 18, 49 = DNotZ. 1938, 468).

§ 18

Sachen

1. Hornig: „Bewertung von Grundbesitz“: DNotZ. 1938, 352.

2. Die Bewertungsvorschrift des § 18 KostD. gilt auch für die Wertermittlung in den Fällen des § 43 Abs. 2 KostD. (eidesstattliche Versicherung zur Erlangung eines Erbscheins) und des § 99 KostD. (Erteilung eines Erbscheins) (RG. 1a Wx 111/38).

Eine Abweichung vom Einheitswert bei der Bewertung von Grundbesitz kommt nur in den vom Gesetz vorgesehenen Fällen, nicht aber dann in Frage, wenn die Beteiligten darüber streiten, ob der Einheitswert hinter dem gemeinen Wert zurückbleibt (RG. 1a Wx 1722/37).

Zum Grundbesitz i. S. des § 18 Abs. 1 KostD. gehören auch grundstücksgleiche Rechte, z. B. das Erbbaurecht. Das Erbbaurecht kann jedoch für die Beurteilung seiner Bestellung nicht mit dem Einheitswert bewertet werden, weil bei Abschluß des Erbbaurechtes der Einheitswert für das Erbbaurecht

recht noch nicht feststeht. Die Bewertung muß nach § 24 Abs. 1 KostD. erfolgen (RG.: JZG. Erg. 18, 53 = HöchstRRspr. 1938 Nr. 987). And. Ans. anscheinend das OLG. München, das die Bewertung nach § 22 Abs. 1 KostD. vornehmen will (OLG. München: DNotZ. 1938, 468).

3. Vgl. im übrigen auch Entscheidungen zu § 24 KostD.

§ 19

Kauf, Vorkaufs- und Wiederkaufsrecht

1. Zu Abs. 1: Bei der Bewertung eines Kaufvertrages hat die vom Käufer übernommene Verpflichtung zur Abtretung von Straßenland, die nur die Anerkennung einer im öffentlichen Recht begründeten Pflicht darstellt, außer Betracht zu bleiben (OLG. München: JZG. Erg. 18, 49), ebenso die Übernahme der Verpflichtung zur Zahlung noch nicht fälliger Anliegerbeiträge (RG.: JZG. Erg. 18, 9 = HöchstRRspr. 1938 Nr. 984 = DNotZ. 1938, 473).

Dient ein im Kaufvertrage ausbedungenes Wiederkaufsrecht nicht nur der Erfüllung einer Pflicht des Käufers zur Bebauung des Grundstücks, sondern hat es weitergehende Bedeutung, so stellt es (anders als im Beschluß: JZG. Erg. 16, 23 = DNotZ. 1937, 632) eine neben dem Kaufpreis ausbedungene Leistung des Käufers dar. Ihr Wert ist dem Kaufpreis hinzuzurechnen. Der Wert ist in der Regel jedoch unter dem aus § 19 Abs. 2 KostD. folgenden Wert anzunehmen (RG. 1a Wx 224/38).

Beim Grundstückskauf bleibt für die Wertermittlung die Bebauung nur dann außer Betracht, wenn sie für Rechnung des Erwerbers selbst oder dessen erfolgt, dessen Gesamtnachfolger der Erwerber geworden ist (RG.: JZG. Erg. 18, 63 = DNotZ. 1938, 619).

Freiwillige Versteigerung: Werden bei der freiwilligen Versteigerung eines Grundstücks zum Zweck der Veräußerung die zum Abschluß des Vertrags erforderlichen Erklärungen der Beteiligten erst nach dem Versteigerungstermin in besonderer Urkunde nach § 167 ZGB. beurkundet, so ist der Gegenstandswert nicht nach § 24 Abs. 1, sondern nach § 19 Abs. 1 KostD. zu bestimmen, wie sich auch der Gebührensatz nicht nach § 36, sondern nach §§ 29–31 KostD. richtet (OLG. München: JZG. Erg. 18, 117 = DNotZ. 1938, 467).

Erbbaurecht: Der Vertrag über die Bestellung des Erbbaurechts ist nach der Ansicht des OLG. München nach § 19 Abs. 1 KostD. (als Kaufvertrag) zu bewerten. Zu dem Kaufpreis hinzuzurechnende Leistung ist z. B. die nach § 24 Abs. 2 KostD. zu bewertende Baupflichtung (OLG. München: DNotZ. 1938, 468). Nach der Auffassung des RG. berechnet sich der Geschäftswert des auf die Bestellung des Erbbaurechts gerichteten Vertrages nach § 32 Abs. 2 KostD., wenn in dem Vertrage der Erbbauberechtigte für die Bestellung des Rechts Gegenleistungen übernimmt. Es sind also die beiderseitigen Leistungen zu vergleichen und die höhere der Gebührenberechnung zugrunde zu legen. Dabei sind die von dem Erbbauberechtigten übernommenen Verpflichtungen auch dann als Gegenleistung für die Bestellung des Erbbaurechts anzusehen und zu bewerten, wenn sie zum vertragsmäßigen Inhalt des Erbbaurechts (§§ 2, 5, 27, 32 ErbbaurechtD.) gehören (RG.: JZG. Erg. 18, 53 = HöchstRRspr. 1938 Nr. 987). Wegen der Bewertung vgl. auch §§ 18 und 24 KostD.

2. Zu Abs. 2: Die Vereinbarung eines Vorkaufsrechts im Falle der Veräußerung eines Erbbaurechts ist abweichend von der Regel des § 19 Abs. 2 KostD. geringer zu bewerten (RG.: JZG. Erg. 18, 53 = HöchstRRspr. 1938 Nr. 987). Dient eine Vormerkung der Sicherung des Anspruchs auf Rückauflassung auf Grund eines Wiederkaufsrechts, so ist als Wert, von dem die Gebühr für ihre Eintragung zu berechnen ist, nicht der volle Wert des Grundbesitzes, sondern in der Regel die Hälfte dieses Wertes anzunehmen (RG.: JZG. Erg. 18, 120 = HöchstRRspr. 1938 Nr. 767).

Als Wert eines Ankaufsrechts ist ebenso wie beim Vorkaufs- und Wiederkaufsrecht in der Regel der halbe Wert der Sache anzunehmen (RG.: JZG. Erg. 18, 60 = DNotZ. 1938, 322 = HöchstRRspr. 1938 Nr. 622).

§ 20

Grunddienstbarkeiten

Bei der Feststellung, welchen Wert die Grunddienstbarkeit für das herrschende Grundstück hat, ist allein der objektive Wert maßgebend. Es ist deshalb ohne Bedeutung, aus welchem Grunde die Bestellung erfolgt ist, ob der Berechtigte von ihr mehr oder weniger großen Gebrauch machen wird und ob er das Grundstück schon auf Grund anderer rechtlicher Beziehungen in ähnlicher Weise nutzen konnte. Ein zu berücksichtigender Vorteil kann unter anderem auch in der Ersparung von Ausgaben liegen (RG. 1 a Wx 127/38).

§ 21

Pfandrechte, sonstige Sicherheiten, Rangänderungen

1. Zu Abs. 1: Diese Vorschrift gilt nicht für die Bewertung ungesicherter Forderungen. Bei letzteren wird zwar auch regelmäßig der Nennbetrag maßgebend sein, nicht jedoch bei offensichtlich nicht voll einbringlichen, streitigen und ungewissen Forderungen: Ihr Wert ist dann nach § 24 Abs. 1 KostD. zu schätzen (RG.: JFG. Erg. 18, 73 = DNotZ. 1938, 464 = HöchstRspr. 1938 Nr. 988). Schuldbetritt ist Sicherstellung einer Forderung (OLG. München: JFG. Erg. 18, 47).

2. Zu Abs. 3: Ist die Löschungsvormerkung (§ 1179 BGB.) nicht in der Weise eingetragen, daß sie erkennbar zur Verstärkung bestimmter Grundpfandrechte dient, so findet die Vergünstigung des § 21 Abs. 3 KostD. keine Anwendung, mag auch der aus der Löschungsvormerkung Berechtigte gleichzeitig Gläubiger eines naheingetragenen Grundpfandrechts sein (RG.: JFG. Erg. 18, 156 = HöchstRspr. 1938 Nr. 164). Sind zugunsten der Gläubiger mehrerer bereits eingetragener Rechte Löschungsvormerkungen bei vor- oder gleichstehenden Grundpfandrechten gleichzeitig beantragt, so berechnet sich der Geschäftswert für die zu erhebenden Gebühren nach den zusammengerechneten Werten der Rechte der aus den Löschungsvormerkungen berechtigten Gläubiger, höchstens jedoch nach dem Wert des von der Eintragung jeweils betroffenen Rechts (RG.: JFG. Erg. 18, 161).

§ 22

Wiederkehrende Nutzen und Leistungen

Über die Anwendbarkeit des § 22 KostD. auf die Bewertung der Erklärung über die Bestellung eines Erbbaurechts vgl. die Entscheidungen zu § 18 KostD.

§ 24

Angelegenheiten ohne bestimmten Geldwert, nichtvermögensrechtliche Angelegenheiten

1. Hornig, „Regelwert“: DNotZ. 1938, 352, 355.

2. Zu Abs. 1 und 2: Der Wert des Gegenstands der Beurkundung bedingter Verpflichtungen ist gemäß § 24 Abs. 1 KostD. unter Berücksichtigung des Maßes der Wahrscheinlichkeit des Eintritts der Bedingung nach freiem Ermessen zu bestimmen. Nach diesem Gesichtspunkt ist der Wert eines Rückkaufsrechts zu ermitteln (OLG. München: JFG. Erg. 18, 49 = DNotZ. 1938, 468). Ähnlich RG. für die Bewertung eines Ankaufsrechts (RG.: JFG. Erg. 18, 60 = DNotZ. 1938, 322 = HöchstRspr. 1938 Nr. 622).

Der Wert des Besitzes ist nach § 24 Abs. 1 KostD. zu bestimmen, wenn die Besitzübertragung nur vorübergehendem Zweck dient (OLG. München: DNotZ. 1938, 186).

Die Wertbestimmung nach § 24 Abs. 1 KostD. greift ferner Platz für die Bewertung ungesicherter, zweifelhafter oder streitiger Forderungen (RG.: JFG. Erg. 18, 73 = DNotZ. 1938, 464 = HöchstRspr. 1938 Nr. 988), für die Verpflichtung zur Befreiung von einer Bürgschaft (RG.: JFG. Erg. 18, 69 = DNotZ. 1938, 465 = HöchstRspr. 1938 Nr. 769), für die Erklärung der Umwandlung einer Sicherungshypothek in eine Briefhypothek (LG. Wuppertal: DNotZ. 1938, 466).

Nach § 24 Abs. 2 KostD. ist der Wert von Anmeldungen

zum Handelsregister sowie von Firmen- und Unterschriftenzeichnungen zu bestimmen (RG.: JFG. Erg. 1938, 78 = HöchstRspr. 1938 Nr. 1140). Vgl. zu § 35 KostD.

Der Wert der Bestellung eines Erbbaurechts richtet sich mangels eines Einheitswertes nach § 24 Abs. 1 KostD. Er ist auf einen unter dem Einheitswert des Grundstücks liegenden Betrag anzunehmen. Hierbei ist, wenn das Erbbaurecht an einem unbebauten oder an einem für Rechnung des Erbbauberechtigten bebauten Grundstück bestellt wird, für die Bewertung vom Einheitswert des unbebauten Grundstücks auszugehen (RG.: JFG. Erg. 18, 53 = HöchstRspr. 1938 Nr. 987). Abw. Auf. OLG. München, das den Wert in Anwendung des § 22 Abs. 1 KostD. ermitteln will (OLG. München: DNotZ. 1938, 468). Neben den Erklärungen über die Feststellung des Erbbaurechts sind die sonst vom Erbbauberechtigten übernommenen Verpflichtungen, auch wenn sie zum vertragsmäßigen Inhalt des Erbbaurechts gehören, besonders zu bewerten, z. B. in Anwendung des § 24 Abs. 2 KostD. die Verpflichtung zur Bebauung des Erbbaugrundstücks, zur Abtretung von Land zum Zweck der Straßenverbreiterung, ein vertragsmäßiges Heimfall- und Rücktrittsrecht (RG. und OLG. München a. a. D.).

3. Zu Abs. 3: Der Vertrag über die Annahme an Kindes Statt ist eine nach § 24 Abs. 3 KostD. zu bewertende nichtvermögensrechtliche Angelegenheit (OLG. München: DNotZ. 1938, 625).

Gebührenstafel

§ 26

§ 26 Abs. 3 KostD. (Mindestgebühr 2 RM) gilt auch für Abschriftbeglaubigungen, auch wenn § 49 Abs. 1 KostD. vorsieht, daß eine Gebühr von 20 Rpf. für jede angefangene Seite zu erheben sei (OLG. München: JFG. Erg. 18, 42).

Beurkundungen und ähnliche Geschäfte

§ 29

Einseitige Erklärungen und Verträge

Maßgebend für die gebührenrechtliche Beurteilung einer Erklärung ist allein das, was beurkundet worden ist. Der Zusammenhang der beurkundeten Erklärung mit anderen nicht beurkundeten Rechtsverhältnissen und die sich hieraus ergebenden Rechtswirkungen haben bei der gebührenrechtlichen Beurteilung außer Betracht zu bleiben (OLG. München: JFG. Erg. 18, 47).

§ 31

Besondere Fälle

1. Zu Abs. 1: Unter Nr. 1 fällt die nachträgliche Zustimmung von Gesellschaftern zum Umwandlungsbeschluß gemäß § 10 UmwandlG. oder §§ 3, 4 DurchfWd. z. UmwandlG. Wert vgl. § 33 KostD. (RG.: JFG. Erg. 18, 102 = DNotZ. 1938, 339 = HöchstRspr. 1938 Nr. 478).

Nr. 5: Die Tatsache, daß die Bewilligung pfandfreier Abschreibung einer Parzelle von dem gleichzeitigen Eintritt anderer Parzellen in die Mithaft abhängig gemacht wird, ändert an dem Charakter einer Erklärung als Eintragungsbewilligung im Sinne des § 31 Nr. 5 a KostD. nichts (RG. 1 a Wx 8/38).

Nr. 6: Die Gebühr des § 31 Nr. 6 KostD. ist zu erheben, wenn das der Auflassung zugrunde liegende Rechtsgeschäft von einem ausländischen Notar beurkundet worden ist (RG.: JFG. Erg. 18, 126 = DNotZ. 1938, 463 = HöchstRspr. 1938 Nr. 768), ebenso wenn die Auflassung auf Grund einer in einem öffentlichen Testament enthaltenen, die Erben zur Auflassung verpflichtenden Anordnung (Vermächtnis, Teilungsanordnung), also nicht nur auf Grund eines privatschriftlichen Testaments erfolgt (RG.: JFG. Erg. 18, 128 = DNotZ. 1938, 462 = HöchstRspr. 1938 Nr. 844).

2. Zu Abs. 2: Für die Bewertung der Ausschlagung des Anfalls eines Erbhofes (§ 29 Abs. 1 ABGB) erhält der Notar nur die Viertelgebühr des § 31 Abs. 2 KostD., weil es sich in Wahrheit formell und sachlich um eine Erbschaftsausschlagung im Sinne dieser Vorschrift handelt (RG. 1 a Wx 731/38).

§ 32 Geschäftswert

1. Zu Abs. 1: Der Geschäftswert eines Vertrages, durch den eine stille Gesellschaft begründet wird, richtet sich nach dem Wert der Einlagenverpflichtung des stillen Gesellschafters. Als Einlage ist auch die im Gesellschaftsvertrage übernommene Dienstleistung des stillen Gesellschafters anzusehen, deren Wert der Bareinlage hinzuzurechnen ist (RG.: JFG. Erg. 18, 76 = HöchstRspr. 1938 Nr. 989).

Wird bei Abänderung von Zins- und Zahlungsbedingungen einer Hypothek erneut die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung wegen des gesamten Hypothekenskapitals erklärt, so ist die Gebühr für die Beurkundung nach dem vollen Hypothekenskapital zu erheben (DNotZ. 1938, 181). Zur Bewertung der Unterwerfungsklausel vgl. auch Hornig: DNotZ. 1938, 352, 354.

2. Zu Abs. 2: Übernimmt in einem Vertrage, der den Austausch von Leistungen zum Gegenstand hat, der eine Vertragsteil die Verpflichtung, den Vertragsgegner von der Inanspruchnahme aus einer Bürgschaft zu befreien, so ist der Wert dieser vertraglichen Gegenleistung nicht nach § 21, sondern nach § 32 Abs. 2 KostD. zu bestimmen (RG.: JFG. Erg. 18, 69 = DNotZ. 1938, 465 = HöchstRspr. 1938 Nr. 769).

Ein Vergleich ist ein Vertrag über den Austausch von Leistungen im Sinne des § 32 Abs. 2 KostD. Sein Wert richtet sich deshalb nach der höherwertigen Leistung der Vertragsparteien. Bei einem Vergleich über eine Geldforderung ist in der Regel von der Gleichwertigkeit der beiderseitigen Leistungen auszugehen; maßgebend ist deshalb mangels besonderer Anhaltspunkte für eine höhere Bewertung der Forderung der Vertrag, den der Schuldner zu zahlen verspricht (RG.: JFG. Erg. 18, 73 = DNotZ. 1938, 464 = HöchstRspr. 1938 Nr. 988).

Bei der Bewertung eines Vertrages über die Übertragung eines im wesentlichen aus Grundbesitz bestehenden Vermögens bestimmt sich der Wert nach dem Wert des übertragenen Grundvermögens (Einheitswert) zuzüglich des Wertes der nicht vom Einheitswert erfaßten Gegenstände. Ist aber der Wert der Gegenleistung (Schuldübernahme) höher, so ist dieser maßgebend (OLG. München: DNotZ. 1938, 617).

Der Geschäftswert eines auf die Bestellung eines Erbbaurechts gerichteten Vertrages berechnet sich nach § 32 Abs. 2 KostD., wenn der Erbbauberechtigte für die Bestellung des Rechts Gegenleistungen übernommen hat. Wegen der Bewertung vgl. im übrigen §§ 18, 19, 24 KostD. (RG.: JFG. Erg. 18, 53 = HöchstRspr. 1938 Nr. 987).

Zu Abs. 3: Der Wert eines Ehevertrages, durch den lediglich die Verwaltung und Nutzung des Ehemanns am eingebrachten Gut der Ehefrau ausgeschlossen wird, bestimmt sich nur nach dem im Zeitpunkt des Vertragschlusses vorhandenen Vermögen der Frau, selbst wenn der Vertrag mit Rücksicht auf einen künftigen Vermögenserwerb der Ehefrau geschlossen wird (RG.: JFG. Erg. 18, 86 = HöchstRspr. 1938 Nr. 843).

§ 33

Zustimmende Erklärungen einzelner Mitberechtigter

Der Geschäftswert der nachträglichen Zustimmung einzelner Gesellschafter zum Umwandlungsbeschuß (vgl. § 31 Abs. 1 Nr. 1 KostD.) entspricht dem nach dem Beteiligungsverhältnis (Aktienbeteiligung, Geschäftsanteil) der Zustimmungenden an der bisherigen Gesellschaft zu ermittelnden Anteil am Wert des Geschäfts, dem sie zustimmen (RG.: JFG. Erg. 18, 102 = DNotZ. 1938, 339 = HöchstRspr. 1938 Nr. 478).

§ 34

Vollmachten

Wird in einer Vollmacht der Bevollmächtigte zur Übernahme eines bestimmten Rechtsgeschäftes ermächtigt, so kann die Hinzufügung von Ermächtigungen allgemeiner Art nicht zur Annahme eines geringeren als im § 34 Abs. 1 KostD. bezeichneten Wertes, sondern allenfalls zu dessen Erhöhung führen (RG.: DNotZ. 1938, 620).

§ 35 Registeranmeldungen

Bei der Beglaubigung (Beurkundung) von Anmeldungen zum Handelsregister sowie von Firmen- und Unterschriftenzeichnungen zur Aufbewahrung beim Handelsregister ist der Geschäftswert (§ 24 Abs. 2 KostD.) unter Berücksichtigung sowohl der Größe, Bedeutung und wirtschaftlichen Lage der Firma als auch der Bedeutung der beglaubigten (beurkundeten) Erklärung für die Firma und die Allgemeinheit zu bestimmen. Die Maßstäbe des § 72 KostD. können dabei nicht vergleichsweise herangezogen werden. Größere Bedeutung haben Beurkundung und Anmeldung eines neuen Gesamtprokuristen und noch mehr eines neuen Einzelprokuristen, geringere Bedeutung die Beurkundung und Anmeldung des Erlöschens einer Procura. Firmen- und Unterschriftenzeichnungen sind nur von geringer Bedeutung, die Beurkundung ist noch geringwertiger als die Anmeldung (RG.: JFG. Erg. 18, 78 = HöchstRspr. 1938 Nr. 1140). Nur wenn auf Grund der Anmeldung ein bestimmter Geldbetrag in das Handelsregister einzutragen ist, bestimmt sich der Wert nach diesem Betrage (OLG. München: JFG. Erg. 17, 36).

Der Geschäftswert der Anmeldung der Umwandlung einer Aktiengesellschaft in eine Kommanditgesellschaft zum Handelsregister ist ohne Rücksicht auf die Kommanditeinlage nach § 24 Abs. 2 KostD. zu bemessen. Es entsteht, wenn weiteres nicht beurkundet ist, nur eine Gebühr (OLG. München: DNotZ. 1938, 188 im Gegensatz zum RG.: JZ. 1937, 5636).

§ 36

Ergänzung beurkundeter Erklärungen

Nicht § 36, sondern §§ 29—31 KostD. finden Anwendung, wenn bei der freiwilligen Versteigerung eines Grundstücks die zum Abschluß des Veräußerungsvertrages erforderlichen Erklärungen der Beteiligten erst nach dem Versteigerungstermin in besonderer Urkunde beurkundet werden (OLG. München: JFG. Erg. 18, 117 = DNotZ. 1938, 467).

§ 38

Mehrere Erklärungen in einer Urkunde

1. Hornig, „Beurkundung mehrerer Erklärungen in einer Verhandlung“: DNotZ. 1938, 352, 356.

2. Den gleichen Gegenstand betreffen:

a) die zur Erfüllung eines Kaufvertrages erklärte Auflassung und der Antrag auf Eintragung einer Kaufpreishypothek aus dem gleichen Vertrage (RG.: JFG. Erg. 18, 9 = DNotZ. 1938, 473 = HöchstRspr. 1938 Nr. 984),

b) Beurkundung eines Pachtvertrages und der Bürgschaftserklärung eines Dritten für die Leistungen des Pächters aus dem Vertrage (RG. 1a Wx 189/38),

c) Abänderung der Hypothekenbedingungen und Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung (RG.: DNotZ. 1938, 181),

d) Annahme eines Kaufvertrages und Auflassung des gekauften Grundstücks (LG. Halle: DNotZ. 1938, 183).

3. Verschiedenen Gegenstand haben die Umwandlung einer Grundschuld in eine Darlehnshypothek mit gleichzeitiger Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung gegenüber der anschließenden Abtretung der Hypothek, Annahme der Abtretung und Eintragungsbewilligung.

Der Gesamtwert, von dem gemäß § 38 Abs. 2b KostD. der Höchstbetrag der zu erhebenden Gebühren zu berechnen ist, darf, wenn es sich um mehrere Veränderungen desselben Rechtsverhältnisses handelt, gemäß § 32 Abs. 1 Satz 2 KostD. den Wert des von der Veränderung betroffenen Rechtsverhältnisses nicht überschreiten (OLG. München: JFG. Erg. 18, 66 = DNotZ. 1938, 184).

§ 39

Beglaubigung von Unterschriften

§ 39 KostD. findet keine Anwendung bei der Gebührenberechnung für die amtliche Beglaubigung von Unterschriften

durch den OGPf. zum Zwecke der Legalisation im diplomatischen Wege. Es gelten insoweit noch die Landesrechtlichen Gebührenvorschriften. Vgl. auch §§ 159, 163 KostD. (RG.: ZFG. 1938, 182 = DNotZ. 1938, 621).

§ 40

Verfügungen von Todes wegen

Bei der Berechnung des Wertes einer letztwilligen Verfügung, durch die der Anerbe bestimmt ist, sind nicht schlechthin alle auf dem Erbfhof lastenden Schulden abzuziehen, sondern Hypotheken, Grund- und Rentenschulden nur insoweit, als sie nicht gemäß § 34 RG aus dem außer dem Hof vorhandenen Vermögen zu berichtigen wären, wenn der Anfall des Erbhofes im Zeitpunkt der Errichtung der letztwilligen Verfügung eingetreten wäre (RG.: ZFG. Erg. 18, 83 = DNotZ. 1938, 183 = HöchstRspr. 1938 Nr. 481).

Der Wert einer letztwilligen Verfügung, durch die der Verfügung über seinen Nachlaß (oder einen Bruchteil davon) verfügt, bestimmt sich nach dem reinen Vermögen (Bruchteil dieses Vermögens), das der Verfügende im Zeitpunkt der Errichtung der Verfügung hat. Bezieht sich dagegen die letztwillige Verfügung auf bestimmte Gegenstände, so ist deren Wert für die Berechnung der Beurkundungsgebühr maßgebend, mögen auch die Gegenstände sich im Zeitpunkt der Errichtung der Verfügung nicht im Vermögen des Verfügenden befinden. Das gilt auch, wenn über ein bestimmt bezeichnetes Vermögen Bestimmung getroffen wird, das der Verfügende erst im Wege des Erbgangs zu erwerben hofft; in diesem Fall ist unter Berücksichtigung der aus der Sachlage sich ergebenden Ungewissheiten der Wert nach freiem Ermessen zu bestimmen (RG.: ZFG. Erg. 18, 86 = HöchstRspr. 1938 Nr. 843).

Vgl. im übrigen auch zu §§ 94, 95 KostD.

§ 41

Beschlüsse von Gesellschaftsorganen

1. Hornig, „Umwandlung von Kapitalgesellschaften, Verlustvortragsbeschlüsse“: DNotZ. 1938, 352, 360.

2. Allgemeines: Für die Beurkundung der Beschlüsse von Generalversammlungen ist stets die doppelte Gebühr des § 41 KostD. zu erheben, auch wenn es sich um Beschlüsse einer „Einmanngesellschaft“ handelt oder wenn ein früherer Beschluß ergänzt und aufgehoben wird (RG.: ZFG. Erg. 18, 95 = DNotZ. 1938, 107 = HöchstRspr. 1938 Nr. 476). Doch muß es sich auch um Beschlüsse von Gesellschaftsorganen im Sinne des § 41 KostD. handeln. Der „Beschluß“ der Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft auf Änderung des Gesellschaftsvertrages fällt nicht unter § 41 KostD., sondern unter § 36 oder § 29 Abs. 2 KostD. (RG.: ZFG. Erg. 18, 44 = HöchstRspr. 1938 Nr. 1141).

Der einen früheren Beschluß aufhebende Beschluß der Generalversammlung hat denselben Wert wie der aufgehobene Beschluß (RG.: ZFG. Erg. 18, 95 = DNotZ. 1938, 107 = HöchstRspr. 1938 Nr. 476).

Von dem Regelwert des § 41 Abs. 2 KostD. ist bei Generalversammlungsbeschlüssen einer Aktiengesellschaft in Liquidation, die keinen bestimmten Geldwert haben, nur ausnahmsweise abzuweichen. Dafür maßgebend sind die Wichtigkeit der Beschlüsse und ihr Einfluß auf die weitere Entwicklung der Gesellschaft, Bedeutung der Gesellschaft, Höhe ihres Vermögens und ihres Aktienkapitals (OLG. München: ZFG. Erg. 17, 42).

Keine Anrechnung von Entwurfsgebühren (die der Notar nur für den Entwurf rechtsgeschäftlicher Erklärungen erhält) auf die Gebühr für die Beurkundung von Generalversammlungsbeschlüssen (d. h. von rein tatsächlichen Vorgängen). Ein nicht zum Abschluß gelangtes Generalversammlungsprotokoll kann nicht als „Entwurf“ gewertet werden (RG.: DNotZ. 1938, 317).

3. Bestimmten Geldwert hat:

ein Generalversammlungsbeschluß, der das Grundkapital um „bis zu x R.M.“ erhöht, die teilweise Durchführung der Erhöhung für zulässig erklärt und sie dem Vorstand überläßt.

Der Wert entspricht dem Betrage, bis zu dem die Erhöhung zulässig ist (RG.: ZFG. Erg. 18, 95 = DNotZ. 1938, 107 = HöchstRspr. 1938 Nr. 476, unter Aufgabe der früheren Rechtsprechung, vgl. z. B. DNotZ. 1927, 273).

Keinen bestimmten Geldwert haben:

a) Beschluß über die Höhe der einem Vorstandsmitglied zu gewährenden Vergütung und über die Satzungsänderung betreffend die Vergütung des Aufsichtsrats, es sei denn, daß sich die Vergütung auf einen bereits verstrichenen Zeitraum erstreckt (RG.: DNotZ. 1938, 320).

b) Beschluß, eine bisher stille Reserve der freien Reserve zuzuweisen, weil dadurch die Zweckgebundenheit der Reserve nicht geändert wird, also nicht ein Gewinnverteilungsbeschluß angenommen werden kann (RG. 1a Wx 190/38).

c) Bilanzgenehmigungsbeschluß, auch wenn dadurch bei einer Versicherungsaktiengesellschaft die im abgeschlossenen Geschäftsjahr erfolgte Erhöhung der Prämienreserve und die Prämienüberträge gebilligt werden. Eine stillschweigende Gewinnverfügung liegt insoweit nicht vor (OLG. München: DNotZ. 1938, 616).

4. Beschlüsse auf Grund des Gesetzes über die Umwandlung von Kapitalgesellschaften:

Wird eine Kapitalgesellschaft in eine Offene Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft umgewandelt, so ist es kostenrechtlich nicht zu beanstanden, wenn der Notar (das Gericht) die nähere Ausgestaltung des neuen Gesellschaftsverhältnisses mit Rücksicht auf den Umfang der zu treffenden Bestimmungen in besonderer Verhandlung beurkundet. Diese Beurkundung ist hinsichtlich ihres Geschäftswertes aber nur als Veränderung des durch den Umwandlungsbeschluß bereits begründeten Rechtsverhältnisses zu bewerten (RG.: ZFG. Erg. 17, 59 = HöchstRspr. 1937 Nr. 1185).

Der Geschäftswert für die Beurkundung eines Beschlusses betreffend die Übertragung des Vermögens einer Kapitalgesellschaft berechnet sich nach den Aktiven, welche die der Übertragung zugrunde gelegte Bilanz aufweist. Von diesen sind Verbindlichkeiten nicht abzuziehen, wohl aber ein zum Ausgleich der Bilanz etwa eingestellter Verlustvortrag (RG.: ZFG. Erg. 18, 93 = DNotZ. 1938, 270 = HöchstRspr. 1938 Nr. 477), auch ein auf der Passivseite stehender Wertberichtigungsposten, da es sich hierbei nicht um eine auf dem Gegenstande des Geschäfts lastende Verbindlichkeit, vielmehr um eine unmittelbare Minderung der Aktiven handelt (OLG. München: ZFG. Erg. 17, 58; RG.: ZFG. Erg. 18, 109 = DNotZ. 1938, 473 = HöchstRspr. 1938 Nr. 845). Der Passivposten „Anzahlung von Kunden“ ist kein Wertberichtigungsposten zu dem Aktivposten „halbfertige Erzeugnisse“, also nicht abzugsfähig (RG.: ZFG. Erg. 18, 109 = DNotZ. 1938, 473 = HöchstRspr. 1938 Nr. 845). Ob es sich bei dem Aktivvermögen zum Teil um Treuhandvermögen handelt, ist ebenfalls unerheblich (OLG. München: DNotZ. 1938, 616). Ebenso ist das in der Bilanz ausgewiesene Aktivvermögen maßgebend, wenn die umgewandelte Gesellschaft Bankgeschäfte betrieben hat. Es kann auch dabei kostenrechtlich nicht berücksichtigt werden, daß mit Rücksicht auf Kontokorrentdebitoren, denen ähnlich hohe Posten als Kontokorrentkreditoren gegenüberstehen, das Aktivvermögen der Gesellschaft im Vergleich zu ihrem Reinvermögen unverhältnismäßig hoch ist (RG.: ZFG. Erg. 18, 102 = HöchstRspr. 1938 Nr. 478 = DNotZ. 1938, 339).

Die Wertangaben der Bilanz sind auch dann maßgebend, wenn in ihr Grundstücke abweichend vom Einheitswert bewertet sind (RG.: ZFG. Erg. 18, 93 = DNotZ. 1938, 270 = HöchstRspr. 1938 Nr. 477) oder wenn sonst das am Bilanzstichtage vorhandene Vermögen der Gesellschaft nicht richtig (zu hoch) angegeben ist (RG.: ZFG. Erg. 18, 109 = DNotZ. 1938, 473 = HöchstRspr. 1938 Nr. 845; 1a Wx 693/38). Ebenso OLG. München, das das am Bilanzstichtage ausgewiesene Aktivvermögen schlechthin als maßgebend ansieht (OLG. München: DNotZ. 1938, 615). Hiergegen Seybold: DNotZ. 1938, 615.

5. Über Anmeldung der Umwandlung zum Handelsregister vgl. OLG. München: DNotZ. 1938, 616, § 35 KostD.

§ 42

Vernichtung von Wertpapieren

Werden Urkunden vernichtet, so bestimmt sich der Geschäftswert für die Beurkundung der Vorgänge bei der Vernichtung der Urkunden nach dem Werte, den sie unmittelbar vor ihrer Vernichtung unter Berücksichtigung der hierfür maßgebenden allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen und der Verkehrsübung haben. Sind die Urkunden bereits äußerlich entwertet und dadurch umlaufsunfähig, so ist ihr Wert stets im Wege der Schätzung zu ermitteln (RG.: JZG. Erg. 18, 112 = DNotZ. 1938, 105 = HöchstRspr. 1938 Nr. 167).

§ 43

Vgl. Entscheidungen zu § 99.

§ 44

Bescheinigungen

Die Übersendung einer „Vorlastentabelle“ und einer Garantieerklärung, daß die bestellte Hypothek den ersten Rang habe, ist im Zusammenhang mit der Beurkundung der Hypothekenbestellung ein gebührenfreies Nebengeschäft und keine Bescheinigung im Sinne des § 44 KostD. (RG. 1a Wx 212/38).

§ 49

Beglaubigung von Abschriften

Die Mindestgebühr beträgt in Anwendung des § 26 Abs. 2 KostD. 2 RM (DVG. München: JZG. Erg. 18, 42 = DNotZ. 1938, 614).

§ 51

Vgl. Entscheidungen zu § 145 KostD.

§ 52

Wegegebühr

1. Hornig, „Unterschriftbeglaubigung außerhalb der Geschäftsstelle“: DNotZ. 1938, 352, 357.

2. Die Gebühr des § 52 KostD. steht dem Notar ohne Rücksicht auf die Entfernung des Orts von seinen Geschäftsräumen und ohne Rücksicht auf das Maß des entstehenden Zeitverlustes zu (DVG. München: JZG. Erg. 17, 45).

Grundbuchsachen

§ 54

Eintragung des Eigentümers

Zu Abs. 1: Hat sich eine Kapitalgesellschaft durch Errichtung einer Personengesellschaft und Übertragung des Vermögens auf diese umgewandelt, so sind für die Umschreibung des Grundbesitzes auf diese neue Gesellschaft Gebühren nach § 54 Abs. 1 KostD. zu erheben (DVG. München: DNotZ. 1938, 191; RG.: JZG. Erg. 17, 91 = DNotZ. 1928, 270). Das gleiche gilt bei der Umwandlung durch Vermögensübertragung auf den Hauptgesellschafter und Umschreibung des Eigentums auf diesen (RG.: JZG. Erg. 17, 92 = JZG. 1938, 129²² = HöchstRspr. 1938 Nr. 168).

Gebühren im Falle der Bergwerksteilung vgl. § 61 KostD.

Zu Abs. 2: § 54 Abs. 2 KostD. ist auch dann anwendbar, wenn einem Abkömmling als Miterben, dem der Erblasser das Grundstück vermacht hat, das Eigentum am Grundstück auf Grund des Vermächtnisses übertragen wird (DVG. München: JZG. Erg. 18, 136). Erwirbt ein Abkömmling des eingetragenen Eigentümers, ohne Miterbe zu sein, von den Erben ein Nachlassgrundstück, so ermäßigt sich für seine Eintragung die Gebühr nicht auf die Hälfte (RG.: JZG. Erg. 18, 131 = DNotZ. 1938, 270 = HöchstRspr. 1938 Nr. 482).

Zu Abs. 4: Gleichzeitig gestellt im Sinne des § 54 Abs. 4 KostD. sind Anträge auch dann, wenn mehrere nacheinander eingereichte Grundbuchanträge dem GBL. zur gleichzeitigen Erledigung vorliegen (RG.: JZG. Erg. 18, 131 = DNotZ. 1938, 270 = HöchstRspr. 1938 Nr. 482).

§ 56

Eintragung von Belastungen

Für die Frage, welche Gebühr für eine grundbuchliche Eintragung zu erheben ist, kommt es nicht darauf an, wo die Eintragung erfolgt, sondern darauf, was eingetragen ist. Die Eintragung einer Zusagehypothek gemäß § 9 ZinzerleichterungsW. v. 27. Sept. 1932 stellt keine „Veränderung“ des Stammrechts im Sinne des § 58 KostD., sondern eine neue Grundstücksbelastung dar; sie bringt deshalb unbeschadet ihrer Eintragung in der Veränderungsspalte die Gebühr des § 56 KostD. zur Entstehung (RG.: JZG. Erg. 18, 141 = DNotZ. 1938, 191 = HöchstRspr. 1938 Nr. 170).

§ 57

Belastung mehrerer Grundstücke

Werden mehrere Grundstücke mit einem Vorkaufrecht zugunsten mehrerer Berechtigter in der Weise belastet, daß jedem der Berechtigten ein eigenes Vorkaufrecht an jedem Grundstück zusteht, so liegt der Fall des § 57 Abs. 1 S. 1 KostD. vor. Die Ausnahmevorschrift des § 57 Abs. 2 KostD. ist unanwendbar. Die Zahl der eingetragenen Vorkaufrechte ergibt sich in diesem Fall aus einer Zusammenzählung der an jedem einzelnen Grundstück bestellten Vorkaufrechte, und die Zahl dieser Rechte wird durch die Zahl der Vorkaufsberechtigten bestimmt (RG.: JZG. Erg. 18, 146).

§ 58

Eintragung von Veränderungen

Gebührenrechtliche Behandlung der Eintragung einer Zusagehypothek vgl. § 56 KostD.

Wird zugunsten mehrerer eingetragener Rechte die Eintragung von Löschungsvormerkungen bei vor- und gleichstehenden Grundpfandrechten gleichzeitig beantragt, so sind für die Eintragung, auch wenn sie durch einheitlichen Vermerk erfolgt, so viele einzelne Gebühren zu erheben, als Grundpfandrechte von ihr betroffen werden. Der Geschäftswert berechnet sich nach den zusammengerechneten Werten der Rechte der aus den Vormerkungen berechtigten Gläubiger, höchstens aber nach dem Wert des von der Eintragung jeweils betroffenen Grundpfandrechts (RG.: JZG. Erg. 18, 161).

Wird gleichzeitig mit dem Antrag auf Eintragung der Abtretung einer Hypothek oder Grundschuld beantragt, die Abtretung der für den Gläubiger eingetragenen Rechte aus einer Löschungsvormerkung auf den neuen Gläubiger einzutragen, so entsteht hierfür keine besondere Gebühr (gebührenfreies Nebengeschäft) (RG.: JZG. Erg. 18, 165 = HöchstRspr. 1938 Nr. 171).

Wegen der Wertberechnung bei Eintragung einer Löschungsvormerkung vgl. auch § 21 Abs. 3 KostD.

§ 60

Eintragungen von Vormerkungen

Wert der Auflassungsvormerkung für ein Wiederkaufrecht vgl. § 19 Abs. 2 KostD.

§ 61

Sonstige Eintragungen

Wird bei der realen Teilung des Bergwerks gemäß §§ 50 Abs. 1, 51 Abs. 1 AllgBergG. der frühere Bergwerkseigentümer als Eigentümer der durch die Teilung entstandenen neuen Bergwerke auf neuen Grundbuchblättern eingetragen, so ist nicht die volle Gebühr aus § 54 Abs. 1 KostD., sondern nur die Gebühr aus § 61 Abs. 1 Nr. 4 KostD. zu erheben (RG.: JZG. Erg. 18, 138 = HöchstRspr. 1938 Nr. 623 = DNotZ. 1938, 340).

Bei mehreren sonstigen Eintragungen im Sinne des § 61 KostD. sind für jede Eintragung besondere Gebühren auch dann zu erheben, wenn die Eintragungen sich auf Grundstücke desselben Eigentümers beziehen, die bei demselben GBL. geführt werden, und der Eintragungsantrag für alle

Eintragungen gleichzeitig gestellt wird. Eine dem § 54 Abs. 4 und § 58 Abs. 3 KostD. entsprechende Regelung fehlt für die Fälle des § 61 KostD. (RG.: JFG. Erg. 18, 169 = DNotZ. 1938, 270 = HöchstRRspr. 1938 Nr. 172).

§ 63

Über Gebührenfreiheit bei der Vereinfachung von Grundstücken vgl. W. d. RZM. v. 26. Juni 1938 (DZ. 1938, 1013).

Registerfachen

§ 72

Eintragungen in das Handelsregister

Hat eine GmbH. beschlossen, ihr Stammkapital zu erhöhen, ihre Satzung dieser Erhöhung angepaßt und beide Beschlüsse zum Handelsregister angemeldet, so ist für die Eintragung der Kapitalerhöhung eine Gebühr aus § 72 Nr. 3 a KostD. und daneben für die Eintragung der Satzungsänderung eine Gebühr aus Nr. 3 b zu erheben (RG.: DNotZ. 1938, 625 = DZG. 1938, 182).

Sieht der Gesellschaftsvertrag einer GmbH. die Vertretung der Gesellschaft nur durch zwei von mehreren Geschäftsführern vor, wird er dann dahin geändert, daß ein Geschäftsführer zusammen mit einem Prokuristen zeichnen darf, und wird zugleich die Bestellung eines Prokuristen angemeldet, so ist für die Eintragungen neben der Gebühr aus § 72 Nr. 4 b eine Gebühr aus § 72 Nr. 3 b zu erheben (RG. 1 a Wx 764/38).

Ist zum Handelsregister angemeldet, daß sich eine Kapitalgesellschaft in eine gleichzeitig errichtete Personengesellschaft umgewandelt hat und daß die Prokuren für die neue Gesellschaft bestehen bleiben sollen, so ist die Eintragung der Prokuren bei der neuen Gesellschaft nach § 72 Nr. 4 a KostD. gebührenpflichtig (RG.: JFG. Erg. 18, 175 = HöchstRRspr. 1938 Nr. 177). Ebenso ist im Falle der Sitzverlegung für die Eintragung einer im Register des bisherigen Registergerichts eingetragen gewesenen Procura in das Register des neuen Registergerichts neben der Gebühr für die Sitzverlegung (JFG. Erg. 16, 57 und 60) eine Gebühr aus § 72 Nr. 4 für die Eintragung der Procura zu erheben (RG. 1 a Wx 833/38).

§§ 73, 74

Wird eine umgewandelte Kapitalgesellschaft von dem Übernehmer als Zweigniederlassung fortgeführt, so ist die Eintragung dieser Zweigniederlassung nicht gebührenfrei (RG.: JFG. Erg. 17, 115 = HöchstRRspr. 1938 Nr. 175).

Mehrere zu verschiedener Zeit eingegangene Anmeldungen bilden im Sinne des § 74 Abs. 1 KostD. „dieselbe Anmeldung“, wenn die frühere Anmeldung noch nicht erledigt war, als die spätere Anmeldung einging, wenn also die mehreren Anmeldungen dem Registergericht zur gleichzeitigen Erledigung vorlagen (RG.: JFG. Erg. 18, 172 = DNotZ. 1938, 473 = HöchstRRspr. 1938 Nr. 847).

Familienrechtliche Angelegenheiten

§§ 84—92

1. Zur Berechnung der Gebühren in Vormundschaftsachen gemäß §§ 85, 86 KostD. für die bereits vor dem Inkrafttreten der KostD. anhängigen Vormundschaften und Pflegschaften vgl. W. d. RZM. zur Ergänzung der KostD. v. 4. Aug. 1938 (RGBl. I, 996).

Dazu Hornig, „Übergangsvorschriften für den Gebührenanfall in Vormundschaftsachen“: DZ. 1938, 1495.

2. §§ 87, 88 KostD. sind durch § 48 WD. z. Durchf. und Ergänzung des Gesetzes zur Vereinheitlichung des Rechts der Eheschließung und Ehescheidung v. 27. Aug. 1938 geändert (RGBl. I, 930).

3. § 91 KostD. ist durch § 8 WD. z. Durchf. des Gesetzes über die Änderung und Ergänzung familienrechtlicher Vorschriften und über die Rechtsstellung Staatenloser v. 23. April 1938 geändert (RGBl. I, 417).

Nachlaß- und Teilungsfachen

§§ 94, 95

Verfügungen von Todes wegen

Ist ein Testament ordnungsmäßig eröffnet worden, so kann die Richterhebung der Eröffnungsgebühr nicht deshalb gefordert werden, weil bereits vor der Eröffnung ein nicht mit dem Testament in Einklang stehender Erbschein erteilt worden ist (RG. 1 a Wx 1714/37).

Hat der Erblasser in einer Verfügung von Todes wegen Anordnungen getroffen, deren Wert insgesamt den Wert des Nachlasses übersteigt, so kann gleichwohl die Gebühr für die Eröffnung der Verfügung von keinem höheren Wert berechnet werden als dem Wert des nach Abzug der Verbindlichkeiten verbleibenden reinen Nachlasses (RG.: DZG. 1938, 182).

§ 99

Erbschein

1. Zu Abs. 1: Der Erbschein ist kostenrechtlich mit der Unterzeichnung der Erteilungsverfügung durch den Richter erteilt. Eine Rücknahme des Antrags nach diesem Zeitpunkt vor Aushändigung des Erbscheins begründet keine Gebührenermäßigung, wohl aber die Möglichkeit einer Gebührenbefreiung unter den Voraussetzungen des § 15 Abs. 1 S. 3 KostD. (DZG. München: JFG. Erg. 17, 117).

Ein unzulässigerweise erteilter gegenständlich beschränkter Erbschein ist kostenrechtlich wie ein unbeschränkter Erbschein zu behandeln (RG. 1 a Wx 111/38).

Dem Alleinerben kann kein gebührenbegünstigtes „Zeugnis“ im Sinne des § 103 Abs. 1 KostD. (§ 36 GBD.) erteilt werden. Deshalb ist auch das Hoffolgezeugnis (§ 15 Abs. 2 EHRB) nach § 99 KostD. zu behandeln (RG.: JFG. Erg. 18, 177 = HöchstRRspr. 1938 Nr. 770).

2. Zu Abs. 2: Hat der Erblasser in seinem Testament über seinen Erbhof verfügt und Vermächtnisse ausgesetzt, so ist bei der Wertermittlung von dem Einheitswert des Grundbesitzes auszugehen. Vom Wert des Hofes können die Vermächtnisse nicht als Nachlassverbindlichkeiten abgezogen werden, weil eine Beschränkung der Erbfolge kraft Anberrechts durch Vermächtnisse nicht möglich ist (RG. 1 a Wx 111/38).

Wird über einen vor der Stabilisierung der Währung eingetretenen Erbfall unter der Herrschaft der KostD. ein Erbschein erteilt, so ist der Wert des reinen Nachlasses nicht durch Umrechnung früherer Währung in die geltende Währung, sondern so zu ermitteln, daß der Bestand des reinen Nachlasses im Zeitpunkt des Erbfalls festzustellen und dann sein Wert nach heutiger Währung auszudrücken ist (RG.: DZG. 1938, 81).

§ 101

Testamentsvollstreckerzeugnis

Soweit in einer Bestimmung der KostD. auf § 24 Abs. 2 KostD. verwiesen ist, ist immer davon auszugehen, daß genügend tatsächliche Anhaltspunkte für eine Schätzung er-mangeln. Es ist also selbst dann, wenn ein Geschäft infolge naher Beziehungen zu Vermögenswerten Anhaltspunkte für eine Schätzung geben könnte, so z. B. die Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses, doch vom Regelwert von 3000 RM auszugehen und nur ausnahmsweise hiervon ab-zuwweichen (DZG. München: JFG. Erg. 17, 81).

§ 108

Über die Höhe des Gebührenvorschlusses für die Vermittlung der Erbauseinandersehung vgl. § 7 KostD.

Gebühren im Zwangsversteigerungs- und Zwangsverwaltungsverfahren

§§ 128, 129

Beantragt ein Gläubiger die Zwangsversteigerung mehrerer Grundstücke wegen einer Forderung in einem Verfahren gemäß § 18 ZwVerfG., so ist die Gebühr des § 128

KostD., auch wenn über den Antrag in mehreren Beschlüssen entschieden wird, dann nur einmal zu erheben, wenn die nach § 18 ZwVerfG. zulässige Verbindung möglich gewesen wäre (OLG. München: JFG. Erg. 18, 184).

Das Ersuchen des Vollstreckungsgerichts um Eintragung der Anordnung der Zwangsversteigerung in das Grundbuch gehört zum Verfahren über die Erledigung des Antrags auf Anordnung der Zwangsversteigerung im Sinne des § 128 Abs. 3 S. 2 KostD. und begründet nicht den Anfall der Gebühr des § 129 Abs. 1 Nr. 1 (OLG. München: JFG. Erg. 18, 190 = DNotZ. 1938, 625). Ebenso jetzt unter Aufgabe der Entscheidung JFG. Erg. 16, 73; RG.: DFG. 1938, 182. Auch das Verfahren über die einstweilige Einstellung gemäß § 5 VollstrSchutzV. v. 26. Mai 1933 begründet nicht den Anfall der Gebühr aus § 129 Abs. 1 KostD. (RG.: DFG. 1938, 182).

Auslagen

§ 138

Die Benachrichtigungen von Mitgliedern einer Genossenschaft über Eintragungen in das Genossenschaftsregister sind Ausfertigungen. Von der Genossenschaft eingereichte Bordrücke werden Schreibgebührenpflichtig, wenn sie auch nur durch Eintragung oder Änderung eines Wortes oder Datums ergänzt werden. Die Schreibgebühren sind bei gleichzeitiger Fertigung mehrerer Nachrichten für jede gesondert zu berechnen (OLG. München: JFG. Erg. 18, 193).

§ 142

über den Anfall von Rechnungsgebühren vgl. AB. d. RM. v. 25. April 1938 (DZ. 1938, 655).

Kosten der Notare

§§ 143, 144

1. **Weihe**, Zusammenstellung einzelner das Notariat betreffender Vorschriften, gegen die in der Praxis häufiger verstoßen wird (DFG. 1938, 90 ff.).

2. Die KostD. kennt nicht die Wertfestsetzung durch das Gericht zur Berechnung der Notargebühren (RG. 1a Wx 750/38).

Wenn auch § 15 KostD. nach § 145 Abs. 3 KostD. keine Anwendung auf die Tätigkeit der Notare findet, denen die Gebühren selbst zustehen, so ist ein solcher Notar doch berechtigt, in einer offensichtlich unrichtig behandelten Angelegenheit von der Erhebung solcher Kosten abzusehen, die bei richtiger Behandlung der Sache nicht entstanden wären (RG.: JFG. Erg. 18, 95 = DNotZ. 1938, 107 = HöchstRspr. 1938 Nr. 476).

Den württembergischen Bezirksnotaren fließen die Gebühren für die Beurkundung von Beschlüssen eines Gesellschaftsorgans selbst zu (OLG. München: DNotZ. 1938, 191).

§ 145

Entwürfe

1. **Hornig**, „Entwürfe von Beurkundungen“: DNotZ. 1938, 352, 359.

2. Die Entwurfsgebühr des § 145 KostD. entsteht nur, wenn der Notar den Entwurf „auf Erfordern“ fertigt. Erfordert ist der Entwurf nur dann, wenn das Verlangen der Beteiligten ausdrücklich auf die Herstellung des Entwurfes als einer selbständigen notariellen Tätigkeit gerichtet ist, nicht aber dann, wenn der Entwurf nur hergestellt wird, um die verlangte Urkundstätigkeit des Notars vorzubereiten (RG.: JFG. Erg. 18, 197 = HöchstRspr. 1938 Nr. 625). § 145 ist also nicht anwendbar, wenn der Auftrag der Beteiligten an den Notar auf Beurkundung eines bestimmten Geschäftes geht (RG. 1a Wx 1551/37), selbst dann nicht, wenn der Notar vor dem Beurkundungstermin auf Anregung eines Beteiligten die Protokollniederschrift bis zur Unterschrift vorbereitet (OLG. München: DNotZ. 1938, 470). Es können in letzteren Fällen nur Gebühren aus § 51 KostD. oder § 122 Abs. 2 KostD. in Frage kommen.

3. Ein nicht bis zum Abschluß gediehenes Generalversammlungsprotokoll ist kein Entwurf im Sinne des § 145 KostD. Für die Niederschrift tatsächlicher Vorgänge kann keine Entwurfsgebühr entstehen (RG.: DNotZ. 1938, 317).

§ 146

Anträge und Beschwerden

Verlangen die Beteiligten von dem Notar im Anschluß an ein notarielles Geschäft eine weitere nach § 146 Abs. 2 KostD. gebührenpflichtige Tätigkeit, so braucht der Notar die Beteiligten nicht auf die hierfür ihm erwachsenden Gebühren hinzuweisen. Nur wenn ein ausdrücklicher Auftrag an den Notar fehlt, setzt der Gebührenanspruch des Notars aus § 146 Abs. 2 KostD. voraus, daß festzustellen ist, daß die Beteiligten die Tätigkeit des Notars in Kenntnis ihrer gebührenrechtlichen Folgen mindestens stillschweigend gebilligt haben (RG.: DNotZ. 1938, 613).

Ein selbständiger gebührenpflichtiger Antrag liegt z. B. vor, wenn der Notar nach Beurkundung einer Hypothekenbestellung die „Verrentung“ der Anliegerbeiträge bei der Gemeinde beantragt, mag auch die Auszahlung des Hypothekenbarlehns hiervon abhängig gemacht sein (RG. 1a Wx 212/38).

§ 150

Nebengeschäft

Neben der Beurkundung der Hypothekenbestellung ist die Übersendung einer Tabelle der vorgehenden Lasten oder einer Garantieerklärung, die Hypothek habe den ersten Rang, ein gebührenfreies Nebengeschäft (RG. 1a Wx 212/38).

§§ 154, 155

Einforderung, Beitreibung von Kosten

Eine gemeinsame Kostenberechnung für mehrere notarielle Geschäfte ist der KostD. unbekannt. Der Notar wird daher richtigerweise über jedes Geschäft eine getrennte Kostenberechnung aufzustellen haben (RG.: JFG. Erg. 18, 205 = DNotZ. 1938, 104 = HöchstRspr. 1938 Nr. 483).

Für die Beitreibung von Zinsen für die Notarkostenforderung ist im Wege der Beitreibung der Notarkosten (§ 155 KostD.) kein Raum (RG.: JFG. Erg. 18, 197 = DNotZ. 1938, 339 = HöchstRspr. 1938 Nr. 625).

§ 156

Einwendungen gegen die Kostenberechnung

1. Zu Abs. 1: Eine von einem aus dem Amt ausgeschiedenen Notar (nach seinem Ausscheiden) unterzeichnete Kostenrechnung bildet keine Grundlage für das Verfahren nach § 156 KostD. (OLG. München: JFG. Erg. 18, 203 = DNotZ. 1938, 623).

Rechtsanwaltsgebühren, die ein Anwaltsnotar bei der Beitreibung seiner Notarkosten ansetzt, können nicht im Verfahren aus § 156 KostD. nachgeprüft werden (OLG. Chemnitz: DNotZ. 1938, 622). Hierzu Seybold: DNotZ. 1938, 622, daß der Anfall derartiger Anwaltskosten für die Beitreibung von Notarkosten nicht angängig sei. Ebensonenig ist im Verfahren aus § 156 KostD. über Zinsen für den Anspruch des Notars auf Notarkosten zu entscheiden (RG.: JFG. Erg. 18, 197 = HöchstRspr. 1938 Nr. 625).

Der Notar kann aber seine Kostenberechnung auch dann noch durch eine neue (berichtigte) Kostenrechnung ersetzen, wenn über die vom Kostenschuldner erhobenen Einwendungen bereits ein Verfahren nach § 156 Abs. 1 KostD. beim OLG. anhängig, das Verfahren aber noch nicht beendet ist (RG.: DFG. 1938, 182, im Gegensatz zur Rechtsprechung des RG. zu § 25 NotarGebD., vgl. z. B. JFG. Erg. 3, 224, 259).

Anhörig der Beteiligten: Anzuhören ist jeder Kostenschuldner. Es ist unerheblich, ob der Kostenschuldner gegen die ihm übersandte Kostenberechnung Einwendungen erhoben hat oder gar nicht erheben will, ob ihm die Rechnung übersandt worden ist oder ob einer von mehreren Beteiligten die Kosten allein übernommen hat und der Notar zunächst diesen Be-

teiligten auch allein in Anspruch nimmt (RG. 1a Wx 713/38). Die Anhörung eines Bevollmächtigten genügt nur, wenn die Vollmacht gleichzeitig eine Prozeßvollmacht für das Verfahren aus § 156 KostD. darstellt (RG.: JFG. Erg. 18, 44 = HöchstRspr. 1938 Nr. 1141).

Beanstandung des Zahlungspflichtigen: Sie kann sich sowohl gegen die Höhe der berechneten Kosten als auch gegen den Kostenanspruch als solchen richten, kann also im Streit der Kostenschuldnerschaft, im Einwand unrichtiger Sachbehandlung usw. bestehen (OLG. München: DNotZ. 1938, 471; RG.: DNotZ. 1938, 317 und 612 u. a.). Eine Beanstandung eines Zahlungspflichtigen liegt auch dann vor und berechtigt den Notar zur Anrufung der landgerichtlichen Entscheidung, wenn ein vom Notar nicht zur Zahlung herangezogener Kostenschuldner sich gegen den Kostenanspruch des Notars oder dessen Höhe wendet (RG.: JFG. Erg. 18, 60 = DNotZ. 1938, 322 = HöchstRspr. 1938 Nr. 622).

2. Zu Abs. 2: Beschwerdewert, vgl. Entscheidungen zu § 13 KostD. Ist der vom Notar auf Anweisung des OVGPräs. eingelegten Beschwerde entsprechend den erteilten Weisungen im vollen Umfange stattgegeben worden, so kann der OVGPräs. nicht durch spätere Änderung und Erweiterung seiner Weisungen die nach dem Gesetz erforderliche „Beschwerde“, deren Ausmaß den Beschwerdewert bestimmt, und damit die Zulässigkeit der weiteren Beschwerde herbeiführen (RG. 1a Wx 710/38).

Beschlußformel: Richten sich die Einwendungen des vom Notar wegen der Kosten in Anspruch Genommenen gegen die Zahlungspflicht oder gegen die Vollstreckungsklausel des Notars, so muß der entscheidende Teil des landgerichtlichen Beschlusses sich über diese Einwendungen verhalten (RG.: JFG. Erg. 18, 197 = DNotZ. 1938, 339 = HöchstRspr. 1938 Nr. 625).

Rechtskraft: Hat ein Kostenschuldner die Kostenberechnung des Notars hinsichtlich einer bestimmten Amtstätigkeit nicht beanstandet, so bestimmt die rechtskräftige gerichtliche Entscheidung endgültig über die Höhe der Kosten des Notars. Auch der Notar kann aus dieser Tätigkeit weitere Kosten nach Rechtskraft der Entscheidung nicht nachfordern (JFG. Erg. 18, 205 = DNotZ. 1938, 104 = HöchstRspr. 1938 Nr. 483). Wohl aber kann er im Laufe des Verfahrens seine Kostenberechnung noch abändern (vgl. oben zu Abs. 1).

3. Zu Abs. 5: Wird der Notar angewiesen, weitere Beschwerde gegen die landgerichtliche Entscheidung einzulegen, so muß er die ihm erteilten Weisungen dem Gericht vortragen und die ihm auferlegten Anträge stellen. Es steht ihm frei, gegen die Weisungen Stellung zu nehmen und seinen eigenen Standpunkt zu vertreten (RG. 1a Wx 102/38).

4. Einwendungen gegen den Kostenanspruch und Schadensersatzansprüche gegen den Notar:

a) Der Notar braucht die Beteiligten nicht darauf hinzuweisen, daß demnächst ein Gesetz in Kraft trete, nach welchem die gewünschte Beurkundung vor Gericht gebührenfrei erfolgen könne. Die Unterlassung des Hinweises beeinträchtigt seinen Kostenanspruch nicht (RG.: JFG. Erg. 18, 209 = DNotZ. 1938, 103).

b) Der Notar braucht nicht darauf hinzuweisen, daß für die von ihm verlangte Tätigkeit besondere Gebühren (z. B. im Fall des § 146 Abs. 2 KostD.) entstehen (RG.: DNotZ. 1938, 613).

c) Der Notar braucht nicht die wirtschaftliche Zweckmäßigkeit des beurkundeten Geschäfts mit den Beteiligten zu erörtern (RG.: DNotZ. 1938, 320).

d) Ist aus Anlaß der Abänderung von Zins- und Zahlungsbedingungen einer Hypothek die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung wegen des ganzen Kapitals auf ausdrückliches Verlangen des Gläubigers beurkundet worden, so braucht der Notar nicht darauf hinzuweisen, daß die Unterwerfung nur wegen der abgeänderten Zinsen geringere Kosten verursacht hätte (RG.: DNotZ. 1938, 181).

e) Der Notar muß den Überlassungsvertrag (Kaufvertrag) und die Auflassung in einer Urkunde beurkunden, sofern nicht im Einzelfall besondere Gründe dagegen sprechen oder die Beteiligten getrennte Beurkundung wünschen. Letzteres ist jedoch

nicht entscheidend, wenn der Wunsch erst auf einem unrichtigen Rat des Notars beruht (RG.: DNotZ. 1938, 612).

5. Vgl. im übrigen auch Entscheidungen zu § 13 KostD.

Schlussvorschriften

§§ 159, 163

Für die amtliche Beglaubigung einer Unterschrift durch den OVGPräs. zum Zwecke der Legalisation im diplomatischen Wege sind auch jetzt noch die nach Landesrecht etwa vorgesehenen Gebühren zu erheben, in Preußen also die Gebühr des § 41 Abs. 2 PrGG. Der Gegenstandswert ist jedoch nach Maßgabe der Bestimmungen der §§ 32—35, 38 KostD. zu bestimmen.

Der Rechtsmittelzug gegen die Gebührenberechnung oder die Wertfestsetzung in diesem Fall richtet sich nach altem Recht (RG.: DNotZ. 1938, 621 = DFG. 1938, 182).

Verordnung über die Anwendung von Gebührenbefreiungsvorschriften auf die Notare vom 15. April 1936

Will oder muß der Notar auf Grund der W. vom 15. April 1936 eine ermäßigte Gebühr in Rechnung stellen, so ist zunächst festzustellen, welche Gebühr nach der KostD. unter Anwendung aller ihrer Vorschriften (auch der Höchstätze) anfallen würde; dieser Betrag ist sodann auf 20% zu ermäßigen. Der Notar kann danach z. B. für die Beurkundung der Beschlüsse von Gesellschaftsorganen (§ 41 KostD.) 1000 RM und als Wegegebühr (§ 52 KostD.) höchstens 10 RM erheben (RG.: JFG. Erg. 18, 20 = DNotZ. 1938, 315 = HöchstRspr. 1938 Nr. 619).

Voraussetzung für die Anwendbarkeit der W. vom 15. April 1936 ist, daß gerade das Geschäft, für das die Senkung der Gebühren begehrt wird, bei Vornahme durch das Gericht gebührenfrei wäre. Das ist nicht der Fall bei der Gebühr des § 148 KostD., so daß für sie keine Ermäßigung eintritt (RG.: JFG. Erg. 18, 25 = DNotZ. 1938, 461 = HöchstRspr. 1938 Nr. 766).

Verordnung über Gebührenbefreiung beim Kleinwohnungsbau

Die W. findet keine Anwendung auf die Gebühren für das Verfahren der Zwangsversteigerung, die gemäß § 109 ZwVerfStG. aus dem Versteigerungserlös vorweg entnommen werden können, auch wenn sie von dem Ersteher gemäß § 143 ZwVerfStG. unmittelbar an die Gerichtskasse gezahlt werden (OLG. München: DFG. 1938, 182).

§ 1

Beim Verkauf unbebauter Grundstücke kommt für die Auflassung und Eintragung der Eigentumsänderung Gebührenbefreiung nach der W. v. 27. Aug. 1936 nicht in Frage (RG.: JFG. Erg. 18, 9 = HöchstRspr. 1938 Nr. 984).

Dritte genießen Gebührenbefreiung aus der W. vom 27. Aug. 1936 beim Kauf eines Grundstücks nur, wenn das gemeinnützige Wohnungsbaunternehmen das Grundstück selbst als Bauherr für eigene Rechnung bebaut und als bisheriger Eigentümer an den Dritten weiterveräußert (RG. 1a Wx 778/38).

§ 2

Unter Gemeinden oder Gemeindeverbänden ähnlichen Körperschaften des öffentlichen Rechts im Sinne des § 2 Abs. 2 W. v. 27. Aug. 1936 sind nicht nur Gebietskörperschaften zu verstehen. Zur Anwendung der Vorschrift genügt es vielmehr, wenn sich die öffentlich-rechtliche Körperschaft in ähnlicher Weise wie die Gemeinde oder Gemeindeverbände der Förderung des Kleinwohnungsbaus widmet. Diese Voraussetzungen sind bei einer Stadtschaft gegeben (RG.: JFG. Erg. 18, 16 = JW. 1938, 2225³⁶ = HöchstRspr. 1938 Nr. 983). (Im Gegensatz zu Hübner: JW. 1937, 76.)

Nach § 2 Abs. 3 W. genießen nur solche Darlehensgeschäfte Gebührenfreiheit, die sich auf Barbarlehn, nicht auf Umwandlungsdarlehn beziehen (RG.: JFG. Erg. 18, 9 = HöchstRspr. 1938 Nr. 984).

Zweifelsfragen des neuen Eherechts

A.

Von Landgerichtsrat Dr. Bergenroth, Osnabrück

Die durch das Gef. v. 6. Juli 1938 und die Durchf. v. 27. Juli 1938 erfolgte Neuregelung des Eherechts hat verschiedene Zweifel offengelassen, die sich in vollem Umfange natürlich erst im Laufe der praktischen Erprobung aufzeigen und beheben lassen werden. Auf einige, schon jetzt ersichtliche und auch in der Aufsatzreihe der JW., Heft 33/34, noch nicht geklärte Fragen sei im Folgenden eingegangen:

a) Ehemündigkeit.

Während früher ein für volljährig erklärter Mann damit ohne weiteres auch ehemündig wurde (§ 1303 BGB.), wird er nach neuem Eherecht trotz Vollgeschäftsfähigkeit doch erst mit Vollendung des 21. Lebensjahres ehemündig (§ 1 Abs. 1 EheG.). Das bis dahin bestehende „Ehehindernis der Ehemündigkeit“ muß erst durch Befreiung beseitigt werden (Abs. 2 das.), die ihrerseits die volle Geschäftsfähigkeit (durch Volljährigkeitserklärung) voraussetzt. Bedurfte aber früher ein eheliches Kind trotz Volljährigkeitserklärung zur Eingehung der Ehe der Einwilligung des Vaters (§ 1305 BGB., evtl. Ersetzung durch das VormGer., § 1308 BGB.), so ist dies gemäß § 3 Abs. 1 EheG. jetzt nicht mehr erforderlich.

Dieses Ergebnis war wohl unbeabsichtigt, da das Gesetz im übrigen bestrebt ist, die Einwilligungsbefugnis der Sorgeberechtigten zu erweitern (§ 3 Abs. 2) und sie sogar wieder aufleben zu lassen, falls sie — durch Ehelichkeitserklärung oder Adoption gemäß §§ 1305 Abs. 1 Satz 3, 1306 Abs. 2 BGB. — verlorengegangen war (§ 3 EheG. i. Verb. m. §§ 1738 Satz 2, 1765 Abs. 2 BGB.). Die Erklärung in der amtlichen Begründung, die Einwilligung sei in diesem Falle nicht nötig, da sie schon zur Volljährigkeitserklärung gemäß § 4 Abs. 2 Satz 1 BGB. erforderlich sei, kann nicht befriedigen, da ja gar nicht gesagt ist, daß die Volljährigkeitserklärung gerade zum Zwecke der Eheschließung erfolgt war, wenn dieser Fall auch der häufigste sein wird. Daß Volljährigkeit und Ehefähigkeit aber durchaus zweierlei sind, beweist ja gerade die neu eingeführte Unterscheidung; es ist also gar kein Grund ersichtlich, die Sorgeberechtigten nur um deswillen auszuschießen, weil der Verlobte für volljährig erklärt ist. Die Überflüssigkeit der Zuziehung insbesondere der Eltern kann auch nicht aus der Tatsache hergeleitet werden, daß die Richtlinien die Befreiung von der Ehemündigkeit (§ 2 Bd.) scheinbar nur wegen noch nicht abgeleisteter Arbeitsdienst- oder Wehrpflicht verbieten. Dies soll vielmehr nur ein Beispiel sein, das den im Interesse der Volksgemeinschaft wichtigsten Grund zur Verfassung besonders hervorhebt, damit vor allem er nicht übersehen werde. Daneben sind aber noch viele andere Gründe denkbar, die es im wohlverstandenen Interesse auch des Verlobten selbst nicht angezeigt erscheinen lassen, ihm — trotz Volljährigkeitserklärung — die Eheerlaubnis zu erteilen. Diese Gründe sind zweifellos den Sorgeberechtigten am besten bekannt. Das VormGer. (§ 1 Bd.) wird daher bei der Prüfung der Frage der Befreiung vom Erfordernis der Ehemündigkeit insbesondere die Eltern des Verlobten hören müssen.

Der abweichenden Ansicht von Anz (JW. 1938, 2069) vermag ich nicht beizutreten. Denn er selbst geht davon aus, daß die Voraussetzungen für Volljährigkeitserklärung und Ehemündigkeit durchaus verschiedene seien, er kann sich daher also auch wohl nicht gut darauf berufen, daß der elterliche Gewalthaber ja der Volljährigkeitserklärung zugestimmt habe. Der zweite Grund aber, daß einem Manne unter 21 Jahren die Eheschließung sowieso untersagt sei, sofern ihm nicht ausnahmsweise Befreiung bewilligt werde, ist überhaupt kein „Grund“, weder für die Verfassung noch für die Bewilligung, also auch nicht für die Frage nach der Anhörung des Gewalthabers. Denn die Befreiung setzt ja gerade voraus, daß der Verlobte noch minderjährig ist, und es soll nun geprüft werden, ob die Befreiung bewilligt werden kann. Das aber

kann, wie schon hervorgehoben, aus sehr schwerwiegenden Gründen zu verneinen sein, die nur dem elterlichen Gewalthaber bekannt sind. Anz verlangt denn auch im Falle der Ersetzung der (so notwendigen) elterlichen Einwilligung durch das VormGer. vom Vormundschaftsrichter die Prüfung der besonderen Familienverhältnisse des Verlobten und die Vorlegung der Frage, ob er selbst als Vater in diesem Falle eine Eheschließung gutheißen würde oder nicht. Die gleiche Frage ist aber auch vor der Befreiung vom Ehehindernis der Ehemündigkeit zu prüfen, und sie kann ohne vorherige Anhörung der Sorgeberechtigten gar nicht beantwortet werden. Diese sind also, obwohl ihre ausdrückliche Einwilligung nicht mehr erforderlich ist, zu hören.

b) Ehebruch.

Auch bisher sind die Gesuche um Befreiung vom Ehehindernis des Ehebruchs (§ 1312 Abs. 2 BGB.) grundsätzlich wohlwollend behandelt worden. Nach den neuen Bestimmungen (§ 9 Abs. 2 Gef., § 6 Bd.) muß die Befreiung sogar erteilt werden, wenn nicht besonders schwerwiegende Gründe entgegenstehen. Diese Gründe sind nun, wie die Beispiele der Richtlinien zeigen, keinesfalls dem natürlichen Nachgedanken des betrogenen Ehegatten zu entnehmen. Daß der Ehebruch selbst, wie die amtliche Begründung glaubt hervorheben zu müssen, kein Hinderungsgrund sein kann, ist ohnehin klar, da er doch überhaupt erst die tatsächliche Voraussetzung für das Ehehindernis schafft, von welchem die Befreiung nachgesucht wird. Andererseits sind die Verfassungsgründe auch nicht erschöpfend aufgezählt. Außer der Frage, ob die Ehe in sich nicht genügend gefestigt oder aus Gründen des Volkswohles unerwünscht erscheint, ist z. B. — wie auch schon bisher — die Frage zu prüfen, ob der Unterhalt des schuldlosen Ehegatten sichergestellt ist. Man kann nicht einwenden, der schuldige Ehegatte könne sich ja auch anderweit wieder verheiraten, ohne Rücksicht auf seinen früheren Ehegatten nehmen zu müssen. Gewiß, das kann er. Es läßt sich aber wohl nicht leugnen, daß es nichtsdestoweniger die Pflicht des Schuldigen ist, den anderen Ehegatten nun nicht auch noch in wirtschaftliche Not zu bringen, vor allem dann, wenn die neue Ehe ausgerechnet zwischen den Ehebrechern geschlossen werden soll. Es hätte sonst des Befreiungserfordernisses gar nicht erst bedurft, da die weiterhin amtlicherseits angegebenen Gründe der Blutsverschiedenheit und mangelnden Ehefähigkeit jeder Eheschließung entgegenstehen und die trotzdem geschlossene Ehe nichtig machen. Das Verlangen nach wirtschaftlicher Sicherung des schuldlosen Ehegatten ist ganz einfach eine Forderung der Gerechtigkeit, deren Außerachtlassung im Volke nicht verstanden würde. Es kommt aber noch hinzu, daß auch ein erhebliches öffentliches Interesse daran besteht, den schuldlosen Ehegatten nicht der staatlichen Fürsorge zur Last fallen zu lassen. Man kann vom Staat nicht erwarten, daß er ohne zwingende Notwendigkeit zu seinem Schaden demjenigen einen Gnadenerweis (und das ist die „Befreiung“ doch nach wie vor) erteilt, der noch nicht einmal die einfachsten, noch dazu sich rein materiell auswirkenden Gebote von Anstand und Menschlichkeit beachtet. Einem böswilligen Antragsteller kann daher die Befreiung nicht bewilligt werden.

Es wäre auch falsch, aus Nr. 2 der Durchf. v. 27. Juli 1934 einen Gegensatz zu ziehen (so Anz a. a. O. S. 2072). Denn wenn die genannte Bestimmung vorschrieb, dem Befreiungsgesuche solle nur nähergetreten werden, wenn die Unterhaltspflicht erfüllt und auch nicht zu befürchten sei, daß sie nach erteilter Befreiung vernachlässigt werde, so entsprang auch diese Vorschrift nationalsozialistischem Denken über das Wesen der Ehe und hat sich durch Zeitablauf keineswegs geändert. Es ist ein durchaus verständiger und volkstümlicher Gedanke, der mit persönlicher Nachsicht nicht das mindeste zu tun hat, der seelischen Not des schuldlosen Ehegatten nun nicht auch noch die wirtschaftliche folgen zu lassen. Anz kommt übrigens trotz grundsätzlich gegenteiliger Ansicht doch zum selben Ergebnis, wenn er aus der Tatsache der Er-

füllung oder Nichterfüllung der Unterhaltspflicht gegenüber dem bisherigen Ehegatten charakterliche Schlüsse auf das zu vermutende Verhalten in der neuen Ehe ziehen will. Diese rein negative Prüfung hat indessen ihre ganz erheblichen Nachteile. Die Verlobten der zukünftigen Ehe wissen, wie die Erfahrung lehrt, ganz genau, welche Voraussetzungen für die Befreiung erfüllt sein müssen, und richten sich auch zunächst danach, fallen aber sofort wieder um, sowie sie ihr Ziel erreicht haben. Ist aber die neue Ehe einmal geschlossen, so ist kaum noch etwas zu machen. Man muß also, solange der Antragsteller noch allen Grund hat, fügsam zu sein, darauf Bedacht nehmen, daß er nicht nur leere Versprechungen macht, sondern im Falle des Verdachts der Böswilligkeit (dafür kann den Ehescheidungsakten oft recht brauchbares Material entnommen werden) am besten eine sofort vollstreckbare Verpflichtungserklärung hergibt. Man darf in einem solchen Falle den schuldlosen Ehegatten nicht unnötigerweise auf die Unterhaltsklage mit all ihren sachlichen Schwierigkeiten und persönlichen Aufregungen verweisen; mag gegebenenfalls der andere Teil später unter den erschwerten Voraussetzungen der Abänderungsklage des § 323 B.D. versuchen, von seiner Verpflichtung frei zu werden. Rechnet einem aber gar (was auch vorkommt) der Antragsteller vor, daß er schon jetzt keinen Pfennig an den geschiedenen Ehegatten abgeben könne, so ist zu prüfen, ob die Befreiung nicht wegen Fehlens der realen Grundlage zu versagen ist; es ist erstaunlich, wie geschmeidend dieser kleine Hinweis macht!

Die mehr als nur wohlvollende Behandlung der Befreiung vom Ehehindernis des Ehebruchs, das schon gar nicht mehr „Hindernis“ genannt werden kann, läßt erneut die Frage auftauchen, ob man den Ehebruch noch mit Strafe belegen soll. Mir wenigstens will es einigermaßen widersinnig scheinen, eine Tat erst mit sechs Monaten Gefängnis (!) zu ahnden und sodann dem durch sie geschaffenen Verhältnis doch gewissermaßen den staatlichen Segen in Form der fast nur von eugenischen Rücksichten abhängigen Befreiung zu erteilen. Wenn schon durchaus über den Scheidungsgrund hinaus gestraft werden soll, so mag das im Schiedsmannsverfahren durch Verhängung einer Geldbuße geschehen; ein Mehr ist bei der heutigen Behandlung der Sache wirklich nicht gerechtfertigt.

c) Nichtehe.

Das BGB. kannte eine Art von Ehenichtigkeit, die noch nicht einmal eine lediglich vernichtbare, sondern überhaupt keine „Ehe“ entstehen ließ (matrimonium non existens). Dies war der Fall, wenn Formvorschriften verletzt waren und die Ehe nicht in das Heiratsregister eingetragen war; dieser doppelte Mangel war schlechterdings unheilbar (§ 1324 Abs. 2 BGB.), die Kinder waren unehelich. Diese — insbesondere gerade mit Rücksicht auf die Kinder — sehr üble Folge hat man vermeiden wollen und eine unter Formverletzung zustande gekommene Ehe zwar auch für nichtig (sc. vernichtbar), aber doch wenigstens durch Zeitablauf auch dann für heilbar erklärt, wenn keine Eintragung erfolgt war (§ 21 Abs. 2 EheG.).

Trotzdem besteht auch heute noch die Möglichkeit des Zustandeskommens einer „Nichtehe“, nämlich dann, wenn ein Nichtstandsbeamter die Erklärungen der Verlobten entgegengenommen, sie aber nicht beurkundet hat (§ 15 Abs. 2 des Gef.). In diesem Falle gilt die Ehe als nicht vor einem Standesbeamten geschlossen, ein Mangel, der auf keinen Fall geheilt werden kann, weil die Mitwirkung eines Standesbeamten zur Eheschließung schlechterdings erforderlich und auch der sonst durch die Eintragung in das Familienbuch hervorgerufene Rechtschein (vgl. die amtliche Begründung) nicht vorhanden ist. Es wird in einem solchen Falle also nichts anderes übrigbleiben, als die Eheschließung nunmehr formgerecht zu wiederholen; bis dahin sind Kinder aus solchen „Ehen“ unehelich, Unterhaltsansprüche zwischen den „Ehegatten“ bestehen nicht.

d) Namenshe.

Nach § 23 Abs. 1 des Gef. sind Namens- und Staatsangehörigkeitsnichtig, Kinder aus solchen Ehen sind unehelich (§ 29 Abs. 1 des Gef.). Hier scheint mir nun

ein gewisser innerer Widerspruch vorzuliegen, der erhebliche Schwierigkeiten mit sich bringen kann. Denn bei der Namenshe wird angenommen, daß sie für die Beteiligten nur ein „Geschäft“ ist, daß eine „eheliche Lebensgemeinschaft“ gar nicht beabsichtigt ist. Nun scheint mir andererseits ein Kind gerade der lebendigste Beweis für das Vorhandensein einer ehelichen Lebensgemeinschaft zu sein, der kaum entkräftet werden kann. Selbst eine Namenshe ist aber (mit Rückwirkung) als gültig anzusehen, wenn die Betreffenden tatsächlich „als Ehegatten“ gelebt haben (Abs. 2 des Gef.); und nur die Kinder aus endgültig nichtigen Ehen sollen unehelich sein. Man wird also — trotz der scheinbar unabhängigen Formulierung des § 29 Abs. 1 des Gef. — auch bei Kindern aus Namenshehen (eben wegen ihres Vorhandenseins) zu ihren Gunsten annehmen müssen, daß sie ehelich sind, da bis zum Beweise des Gegenteils davon auszugehen ist, daß die Ehegatten auch wirklich eine eheliche Lebensgemeinschaft eingegangen waren. Diese Auslegung ist hier um so mehr am Platze, als gegen die Namenshehen nicht die schwerwiegenden Bedenken bestehen wie etwa in den Fällen der Blutsverschiedenheit und Eheuntauglichkeit. Der Hauptgrund der Nichtigkeit der Namenshe, daß sie für die Volksgemeinschaft doch nutzlos, da gewollt unfruchtbar, sei, entfällt ja gerade durch die Geburt von Kindern. Im übrigen will es aber das neue Ehegesetz im Interesse der Kinder vermeiden, daß sie als unehelich gelten; diese Erwägung ist bei allen Zweifelsfällen in den Vordergrund zu stellen.

e) Ehescheidung.

1. Zerrüttung: § 55 EheG. läßt die Ehescheidung dann zu, wenn die häusliche Gemeinschaft der Ehegatten seit drei Jahren aufgehoben und infolge einer tiefgreifenden unheilbaren Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses die Wiederherstellung einer dem Wesen der Ehe entsprechenden Lebensgemeinschaft nicht zu erwarten ist.

Diese Bestimmung hat zu der irrigen Auffassung geführt, als genüge es, wenn die Ehegatten seit drei Jahren keinen gemeinsamen Haushalt geführt haben, gleichgültig, aus welchem Grunde. So ist kürzlich eine Klage auf Scheidung wegen allgemeiner Zerrüttung in einem Falle erhoben worden, in welchem die Parteien aus beruflichen Gründen gar keinen gemeinsamen Hausstand gegründet und sich jährlich nur einige Male gesehen hatten. Solche Fälle fallen natürlich nicht unter § 55 EheG., es ist vielmehr erforderlich, daß die Trennung bereits eine Folge der (beginnenden oder bereits vollendeten) Zerrüttung ist. Trennung aus beruflichen oder sonstigen mit der Ehe selbst nicht in Zusammenhang stehenden Gründen kann also die Bedingung der dreijährigen Frist niemals erfüllen.

2. Geisteskrankheit: Bereits unter der Geltung des § 1569 BGB. habe ich auf die bedenklichen Folgen einer zu engen Auslegung dieser Stelle hingewiesen (DR. Rechtspl. 1936, 51). Die Gründe bestehen fort, da auch § 51 EheG. wieder zur Voraussetzung der Ehescheidung hat, daß der eine Ehegatte „geisteskrank“ sein müsse. Rechtslehre und Rechtsprechung haben den § 1569 BGB. so ausgelegt, daß nur Geisteskrankheit in dem engen Sinne des § 6 BGB., nicht aber auch Geisteschwäche — und sei sie noch so erheblich —, zur Scheidung ausreicht. Es besteht nun die Gefahr, daß diese Auslegung in das neue Ehegesetz überfiedelt; dem muß vorgebeugt werden, da sie zu eng ist und dem Zweck der Bestimmung, krankhaft wesenlose Ehen zu trennen, nicht gerecht wird.

Rechtswissenschaft und Heilkunde machen keinen wesentlichen Unterschied zwischen Geisteskrankheit und Geisteschwäche; es ist vielmehr allgemein anerkannt, daß das ausschlaggebende Merkmal beider die krankhafte Grundlage ist, daß sie sich im übrigen aber nur dem Grade nach unterscheiden. Dabei ist zu beachten, daß auch die Geisteschwäche alle Grade bis zur vollendeten Verblöbung (Idiotie) durchlaufen kann, so daß eine unterschiedliche Behandlung wirklich nicht begründet ist. Denn ob nun die Ehe infolge „Wahnsinns“ oder infolge „Blödsinns“ (aber ebenso gründlich!) für alle Zeiten vernichtet ist, sollte doch wohl für die sich daraus ergebenden Folgen gleichgültig sein.

Ich habe an der oben bereits erwähnten Stelle eingehend

dargelegt, daß und warum der Scheidungsgrund des § 1569 BGB. selbst bei allerengster Auslegung erst nach erbitterten Kämpfen Aufnahme in das BGB. gefunden hatte. Der Hauptgrund: den Schutz des geisteskranken Ehegatten den Interessen des gesunden bewußt voranzustellen (so RGZ. 98, 298 Schlusfsatz), hat nach heutiger Auffassung von Ehe und Staat überhaupt keine Berechtigung mehr. Das Lebensrecht der Nation gebietet, den gefunden Ehegatten nicht an einen lebenden Leichnam zu binden, und kein „Mitleid“ kann eine solch grausame Verurteilung zum Zölibat rechtfertigen; denn für den Kranken wird ohnehin gesorgt, ihm geschieht durch die Wiederverheiratung seines früheren Ehegatten durchaus kein Unrecht. Es ist auch rechtstheoretisch gar kein Grund ersichtlich, das Wort „geisteskrank“ anders als „geistig krank“ im medizinischen Sinne der krankhaften Verursachung auszuliegen. Denn nicht die Tatsache der Erkrankung ist es, welche die Scheidung rechtfertigt, sondern allein ihr Grad, weil erst dieser zur völligen und dauernden Vernichtung des Ehe- und Familien sinnes und damit der geistigen Gemeinschaft der Ehegatten führt. § 51 EheG. wird also auch auf schwere Grade der Geisteschwäche angewandt werden müssen, sofern nur der Sachverständige die übrigen Voraussetzungen bejaht.

f) Sühneversuch.

Wie bisher hat vor der Scheidungs- und Herstellungs- klage auch in Zukunft ein Sühneversuch stattzufinden, der nach wie vor keine die Klageabweisung rechtfertigende Prozeßvoraussetzung ist, sondern einer reinen Ordnungsvorschrift entspringt mit dem Ziele der Erhaltung der Ehe, weshalb er auch in jedem Stande des Verfahrens vorgenommen werden kann; er setzt auf alle Fälle die persönliche Anwesenheit der Parteien voraus. Nun ist mit Wirkung vom 1. Okt. 1938 der Sühneversuch vor die Scheidungskammer des LG. verlegt worden (§ 32 Ziff. 1 der WD.), und es fragt sich, ob und wie das LG. die ihm neu zugewiesene Aufgabe so erfüllen kann, daß der Zweck der gütlichen Einigung ohne große Kostenbelastung für die Parteien in möglichst vielen Fällen erreicht wird. Man wird zwar auch in Zukunft keine großen Erwartungen in dieser Beziehung hegen dürfen; immerhin wiegt aber eine gelungene Sühne die vergebliche Mühe in anderen Fällen voll auf. Deshalb war das Sühneverfahren auch schon bisher kein Teil des streitigen Verfahrens, sondern ein Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit, der sich, wie auch im Güteverfahren in anderen amtsgerichtlichen Sachen, vor allem auf der freien persönlichen Aussprache und dem eigenen Einblick des ortsnahen Richters in die Verhältnisse der Parteien aufbaute.

Dieser Einblick fehlt dem Richter am LG. vor allem in Großstädten völlig, und es besteht die Gefahr, daß in Zukunft grundsätzlich von Sühneversuchen abgesehen werden wird. Das hierfür aufgestellte Erfordernis, daß „die Erfolgslosigkeit mit Bestimmtheit vorausszusehen“ sein müsse, kann man fast stets ohne allzu große Bedenken als gegeben erachten, wenn auch andererseits natürlich nie gesagt ist, daß wirklich gar keine Aussicht auf Versöhnung bestehe. Man erlebt da manchmal Wunder, kann aber doch nur eben deswegen unmöglich die Beweisaufnahme schon im Sühneverfahren vorwegnehmen; erst wenn diese negativ verlaufen ist, entschließen sich aber die Parteien im allgemeinen zur Fortsetzung der Ehe. Wer andererseits tagtäglich die „Anhörung“ des Gegners im Armenrechtsverfahren (die doch auch der gütlichen Beilegung dienen soll) vornimmt, bekommt fast stets von beiden Parteien das Bild einer hoffnungslos zerrütteten Ehe vorgelesen; besonders bezeichnend scheint mir die Tatsache der fast immer erhobenen Scheidungswiderklage zu sein, sie bildet durchaus die Regel. Es besteht also die dringende Gefahr, daß der Sühneversuch in Zukunft noch mehr zur bloßen Form herabsinkt, als dies schon bisher der Fall war. Diese Gefahr ist um so größer, als die LG. fast ohne Ausnahme überlastet sind, zumal die erstinstanzlichen Sachen seit 1935 um 41% (!) zugenommen haben.

Zu völliger Erfolgslosigkeit aber scheint mir ein Sühneversuch in den meisten Fällen dann verdammt zu sein, wenn die Parteien nur mit ganz erheblichen Unkosten und großer Zeitverjämmerung an die Gerichtsstelle kommen können; in ausgedehnten Landgerichtsbezirken wird dies der Durchschnitts-

bevölkerung überhaupt nicht möglich sein. Unter solchen Umständen könnte das Institut des vorherigen Sühneversuchs besser ganz aufgehoben werden; denn die Bereitstellung von Staatsmitteln nur für Vergnügungszwecken der Parteien, deren Zwecklosigkeit in sachlicher Beziehung beinahe vorausgesehen werden kann, kommt gar nicht in Frage. Es wird also all diesen Erwägungen heraus im wesentlichen bei der alten Regelung verbleiben müssen, wenn der Sühneveruch überhaupt einen Zweck haben soll. Die Parteien sind durch das örtlich jeweils zuständige LG. im Wege der Rechtshilfe (§ 2 EheG.) zwecks Vornahme der Sühne zu hören. Dem steht nicht entgegen, daß der Sühneveruch nach § 610 ZPO. (i. d. Fassung des § 32 Ziff. 3 der WD.) vor einem Kammermitglied stattfinden soll und die Übertragung auf ein anderes Gericht nicht ausdrücklich vorgesehen ist. Insbesondere ist kein Gegenschluß aus der ausdrücklichen Zulassung im § 355 ZPO. für die Beweisaufnahme auf das Sühneverfahren zu ziehen. Denn dieses ist, wie schon erwähnt, ein Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit und unterliegt insoweit den hierfür geltenden besonderen Bestimmungen.

Es wird sich also im Interesse der Sache auch für die Zukunft empfehlen, die Vornahme des Sühneveruches den LG. zu überlassen (mit Ausnahme allenfalls des am Siege des LG. befindlichen), die darum im Wege der Rechtshilfe zu ersuchen sind.

g) Einstweilige Anordnungen.

Was zunächst die — im Ehegesetz nicht geregelte — Frage der Kostenentscheidung anlangt, so vermag ich Fechner (ZW. 1938, 2113) darin nicht beizutreten, daß diese Auslassung versehentlich erfolgt und erst eine Ergänzung abzuwarten sei. Insbesondere kann ich mich nicht seinem Vorschlage anschließen, diese Kosten als Kosten des Ehescheidungsstreits mit der Kostenentscheidung in der Hauptsache zu erledigen. Es besteht nicht die geringste Veranlassung, das Einstweilige-Anordnungsverfahren kostentechnisch anders zu behandeln als das bisherige Einstweilige-Verfügungsverfahren. Die Gleichsetzung gar mit der einstweiligen Einstellung der Zwangsvollstreckung erscheint mir unbegründet; denn einmal kann jene sehr wohl eine Kostenentscheidung haben (z. B. im Ablehnungsfalle), zum anderen enthält sie aber auch keine Sachentscheidung, während die einstweilige Regelung in Ehe sachen eine ganze Reihe von Sachentscheidungen enthält, die dem Hauptprozeß gegenüber sogar recht selbständig sein können.

Man kommt der Wirklichkeit viel näher, wenn man den § 39 der WD. so liest, wie er sich äußerlich darstellt: nämlich ganz einfach als eine Neufassung des § 627 ZPO. mit einigen verfahrenstechnischen Änderungen. Im Enderfolg hat sich gar nicht viel geändert, weil ja die einstweiligen zu regelnden Punkte notwendig immer dieselben sind. Insbesondere trifft es nicht zu, daß sich das Verfahren der einstweiligen Anordnung so eng an das Hauptverfahren anschlüsse, daß es nur als unselfständiger Teil des Ehescheidungsstreits angesehen werden könnte. Es beginnt und durchläuft u. U. schon sämtliche hierfür vorgesehenen Instanzen, bevor der Ehescheidungsstreit auch nur begonnen hat. Es regelt ohne Rücksicht auf Schuld oder Nichtschuld ganz eigenmächtig die Personensorge für die Kinder der Streitteile, es gewährt auch dem nach der Beweisaufnahme allein schuldigen Ehegatten Unterhalt, es wird selbständig angefochten, und es zeitigt schließlich Wirkungen noch über die Beendigung des Verfahrens zur Hauptsache hinaus; diese Wirkung kann noch eine sehr lange Zeit anhalten.

Das Einstweilige-Anordnungsverfahren führt also ein recht selbständiges Dasein und hängt mit dem Scheidungsstreit nur insofern zusammen, als es ihn normalerweise zur rein objektiv-zeitlichen Voraussetzung hat. Wenn es jetzt auch nicht mehr so benannt wird, ist das Verfahren doch auch heute noch eine Art „einstweiliger Verfügung“, das sich freilich in reinen Beschlußverfahren (sogar nach mündlicher Verhandlung — § 627 Abs. 4 Ziff. 2 ZPO.) abwickelt und in der Handhabung auch sonst bequemer (Einzelrichter) geworden ist. Weshalb also Schwierigkeiten suchen, wo keine sind? Keine „echte“ einstweilige Verfügung ist so selbständig und so weitgehend wie

gerade die einstweilige Anordnung in Ehefachen; jene sichert, diese vollzieht, und zwar ohne jede Rücksicht auf die „Hauptfache“! Ist aber das Verfahren so selbständig und so ganz eigenen Voraussetzungen unterworfen, so muß es auch eine selbständige Kostenentscheidung haben, die m. E. mit der Kostenentscheidung im Scheidungsverfahren gar nicht verquickt werden darf.

Wegen der im Grunde gleichgebliebenen Rechtslage wird auch weiterhin das AG. in Dringlichkeitsfällen eine einstweilige Anordnung gemäß §§ 942, 627 ZPO. erlassen können. Auf die Verhandlung über die Rechtmäßigkeit wird sodann durch Beschluß zu entscheiden sein, gerade als sollte einer Beschwerde nach mündlicher Verhandlung abgeholfen werden.

B.

Von Oberlandesgerichtsrat F e c h n e r
im Reichsjustizministerium

Ob alle Antworten richtig sind, die Bergenroth zu den von ihm aufgeworfenen „Zweifelsfragen“ gibt, ist sicherlich fraglich. Wie könnte es bei „Zweifelsfragen“ auch anders sein? Es wird abzuwarten sein, welche Klärung diese Punkte durch die Rechtsprechung und die Rechtslehre erfahren; manche wertvollen Gedankengänge Bergenroths werden dabei nicht unberücksichtigt bleiben können. Eine als baldige kurze Stellungnahme erscheint aber zu einigen Betrachtungen Bergenroths über den Sühneveruch und die einstweiligen Anordnungen am Plage.

Bergenroth hält die Bestimmungen, nach denen der Sühneveruch in Zukunft vor dem Prozeßgericht stattfinden soll, für unzweckmäßig; er schlägt deshalb vor, „im Interesse der Sache“ regelmäßig das „örtlich jeweils zuständige AG.“ (wie bestimmt sich diese Zuständigkeit?) um die Durchführung des Termins zu ersuchen. Den Weg zu einem solchen Verfahren glaubt er in § 2 ZOG. gefunden zu haben.

Zu dieser Ansicht Bergenroths ist folgendes zu sagen:

Es kann dahingestellt bleiben, ob das Sühneverfahren, wie Bergenroth annimmt, begrifflich zur freiwilligen Gerichtsbarkeit gehört. Selbst wenn das der Fall sein sollte, findet doch auf das Sühneverfahren als solches sicherlich ausschließlich die ZPO. und nicht etwa das ZOG. Anwendung. Schon damit entfällt die Geltung des § 2 ZOG. für das Sühneverfahren. Daß sich aus der ZPO. keine Möglichkeit ergibt, ein anderes Gericht um die Durchführung des Sühneverfahrens zu ersuchen, will auch Bergenroth offenbar nicht in Abrede stellen. Zu diesen Erwägungen kommt, daß der Wille des Gesetzgebers, den Sühneveruch vor einem Mitgliede des Prozeßgerichts und nur vor ihm stattfinden zu lassen, schwerlich deutlich zum Ausdruck gebracht werden konnte, als es in §§ 608—610 ZPO. n. F. geschehen ist. Die Ansicht Bergenroths bedeutet demgegenüber nicht mehr und nicht weniger als die Umkehrung dieses ausgesprochenen und unverkennbaren Willens in sein Gegenteil. Selbst alle Zweckmäßigkeits Erwägungen müßten gegenüber diesem klaren Gesetzeswillen verstummen. Im übrigen kann man über sie sicherlich auch sehr wohl anderer Ansicht sein als Bergenroth. Hierauf noch einmal näher einzugehen, scheint mir nicht erforderlich; ich nehme wegen meiner Ansicht auf meine Ausführungen ZW. 1938, 2110 Bezug. Schließlich wird sich erst durch die praktische Anwendung des neuen Rechts endgültig und mit letzter Sicherheit herausstellen können, ob die jetzige Regelung gegenüber der früheren Nachteile oder, wie zu erwarten und zu hoffen ist, Vorzüge aufweist. Voraussetzung für die Bewährung der neuen Vorschriften ist allerdings, daß sie auch wirklich entsprechend ihrem Geist und ihrem Wollen angewendet werden und daß nicht etwa von vornherein der Versuch gemacht wird, auf Umwegen den alten Zustand tatsächlich aufrechtzuerhalten.

Dann noch einige Worte zu dem, was Bergenroth über die einstweiligen Anordnungen sagt: Ich glaube nicht, daß sich in meinem von Bergenroth angeführten Aufsatz ZW. 1938, 2108 ff. wirklich die Auffassung findet, der Gesetzgeber habe versehentlich die Regelung irgendeines Punktes vergessen. Ich habe lediglich angenommen, daß gewisse kostenrechtliche Fragen vermutlich noch einer allgemeinen Ordnung zugeführt werden würden. Diese Erwartung ist inzwischen durch die 2. WD. zur Durchführung und Ergänzung des EheG. v. 28. Sept. 1938 (nachstehend S. 2710) auch bestätigt worden. Im übrigen habe ich mit meiner von Bergenroth abgelehnten Auffassung, daß über die Kosten der einstweiligen Anordnung gemeinsam mit den sonstigen Kosten des Rechtsstreits im Urteil zu erkennen sei, nicht Schwierigkeiten suchen, sondern im Gegenteil den Weg zu einer praktischen Lösung weisen wollen. Ich halte meine Ansicht auch nach wie vor für richtig und kann zur Begründung außer auf meine früheren Ausführungen ZW. 1938, 2113 nunmehr auch noch auf die — in manchen Einzelheiten vielleicht abweichenden — inzwischen erschienenen Veröffentlichungen von Staub: DZ. 1938, 1412 und Gaedeker: ZW. 1938, 2313 verweisen. Ergänzend bemerke ich: Bergenroth tut m. E. der neuen Regelung Unrecht, wenn er sie lediglich als eine in einigen wenigen technischen Punkten abgeänderte Neufassung des bisherigen § 627 ZPO. ansieht. Die neue Fassung des § 627 ZPO. hat vielmehr ein von Grund auf neues Verfahren für den Erlaß der einstweiligen Anordnungen geschaffen, das mit dem bisherigen nichts mehr gemein hat und auch nichts mehr gemein haben soll. Es wäre daher falsch, wollte man die neuen Vorschriften in verfahrensrechtlicher Hinsicht an Hand des Rechts der einstweiligen Verfügung auslegen und gar ergänzen. Es wird vielmehr bei dem offensichtlich gewollten grundsätzlichen Wechsel des Verfahrens in Zweifelsfällen derjenige am ehesten zum richtigen Ergebnis gelangen, der sich von der Erinnerung daran, daß es einmal eine einstweilige Verfügung nach § 627 ZPO. gegeben hat, frei zu machen versteht. Außerdem gilt für die Frage der Kostenentscheidung, einerlei, wie man sich sonst zu ihr stellen will, jedenfalls das eine: Für die Entscheidung kommt es nicht darauf an, ob mit der einstweiligen Anordnung sachliche Ziele verfolgt werden, die sich mit denen des Eheprozesses selbst decken oder nicht, sondern darauf, ob das Verfahren selbständig neben dem Eheprozeß steht oder — wenigstens grundsätzlich und soweit möglich — diesem eingegliedert ist. Das letzte ist der Fall. Gerade das scheint mir Bergenroth nicht genügend zu beachten.

In diesem Zusammenhang sei, um Mißdeutungen vorzubeugen, auf eine Folgerung eingegangen, die man aus der Einheit des Verfahrens möglicherweise ziehen könnte und auch schon gezogen hat (vgl. Gaedeker: ZW. 1938, 2313 ff.). Die Einheit des Verfahrens legt zunächst den Schluß nahe, daß sich das für die Ehefachen bewilligte Armenrecht ohne weiteres auch auf das Verfahren der einstweiligen Anordnung erstrecke. Diese Ansicht vermag jedoch einer näheren Prüfung kaum standzuhalten. Sie müßte angesichts der regelmäßig gänzlich verschiedenen tatsächlichen Voraussetzungen für die einstweilige Anordnung und die Ehefache zu praktisch kaum haltbaren Ergebnissen führen. Auch bei der einstweiligen Anordnung muß das Gericht in der Lage sein, vor der Bewilligung des Armenrechts die Aussichten der Rechtsverfolgung oder der Rechtsverteidigung zu prüfen. Wie sollte es dieser Aufgabe anders gerecht werden können als in einem selbständigen Armenrechtsverfahren? Schon aus diesem Grunde wird man die Wirkung des in der Ehefache bewilligten Armenrechts für die einstweilige Anordnung selbst dann ablehnen müssen, wenn man nicht mit Jonas, 16. Aufl., Anm. II 2 zu § 119 ZPO., annehmen will, daß das Armenrecht Nebenverfahren grundsätzlich dann nicht erfasse, wenn für sie im EheG. selbständige Gebühren vorgesehen sind. Praktisch können alle Zweifel des Einzelfalles schließlich dadurch ausgeschlossen werden, daß in dem Beschluß, durch den das Armenrecht für eine Ehefache bewilligt wird, das Verfahren der einstweiligen Anordnung von der Wirkung des Armenrechts ausdrücklich ausgenommen wird.

Zweite Verordnung zur Durchführung und Ergänzung des Ehegesetzes¹⁾ Vom 28. September 1938

(RGBl. I, 1323)

Auf Grund des § 131 des Gesetzes zur Vereinheitlichung des Rechts der Eheschließung und der Ehescheidung im Lande Österreich und im übrigen Reichsgebiet vom 6. Juli 1938 (Reichsgesetzbl. I S. 807) verordne ich:

§ 1

Anderung kostenrechtlicher Vorschriften

1. Das Gerichtskostengesetz vom 5. Juli 1927 (Reichsgesetzbl. I S. 152) wird wie folgt geändert:

a) § 10 Abs. 4 erhält folgende Fassung:

„Ist in einem Verfahren nach § 627 der Zivilprozessordnung die Unterhaltspflicht der Ehegatten zu regeln, so wird der Wert des Rechts auf Unterhalt nach dem dreimonatigen Bezug berechnet. Im Verfahren nach § 627 b der Zivilprozessordnung ist der Betrag des sechsmonatigen Bezugs maßgebend.“

b) Nach § 33 wird als neuer § 33 a folgende Vorschrift eingefügt:

„§ 33 a

Die Hälfte der Gebühr (§ 8) wird erhoben für das Verfahren

1. über Anträge auf Anordnungen nach § 627 der Zivilprozessordnung,
2. über Anträge auf Anordnungen nach § 627 b Abs. 1 der Zivilprozessordnung.

Für das Verfahren nach § 627 b Abs. 3 der Zivilprozessordnung wird eine Gebühr nicht erhoben.

Die im Abs. 1 bestimmten Gebühren werden nicht erhoben, wenn der Antrag vor Anordnung der mündlichen Verhandlung oder, falls ohne mündliche Verhandlung entschieden wird, vor Erlass der Entscheidung über den Antrag zurückgenommen wird.“

c) § 35 erhält folgende Fassung:

„§ 35

Jedes Verfahren der in den §§ 32, 33, 33 a, 34 bezeichneten Art gilt für die Gebührenerhebung als besonderer Rechtsstreit.

Jedoch wird für mehrere Verfahren der im § 33 a Abs. 1 Nr. 1 bezeichneten Art die Gebühr in jedem Rechtszug nur einmal erhoben. Das gleiche gilt bei Verfahren der im § 34 Nr. 2 bezeichneten Art, sofern sie denselben Anspruch und denselben Gegenstand betreffen.“

d) § 38 Abs. 1 Satz 1 erhält folgende Fassung:

¹⁾ Betrifft nicht das Land Österreich.

„Für das Verfahren über Beschwerden nach § 71 Abs. 2, § 99 Abs. 3, § 627 Abs. 4 der Zivilprozessordnung wird die volle Gebühr (§ 8) erhoben.“

2. Die Gebührenordnung für Rechtsanwälte vom 5. Juli 1927 (Reichsgesetzbl. I S. 152, 162) wird wie folgt geändert: Nach § 28 wird als neuer § 28 a folgende Vorschrift eingefügt:

„§ 28 a

Die Verfahren über Anträge nach §§ 627, 627 b der Zivilprozessordnung gelten für die Berechnung der Gebühren des Rechtsanwalts als besonderer Rechtsstreit. Jedoch erhält der Rechtsanwalt für mehrere Verfahren der im § 627 der Zivilprozessordnung bezeichneten Art die Gebühren in jedem Rechtszug nur einmal. Das gleiche gilt für Verfahren nach § 627 b Abs. 1 und Abs. 4 der Zivilprozessordnung.“

3. In dem Weiteren Gesetz über die Erstattung von Rechtsanwaltsgebühren in Armensachen vom 13. Dezember 1935 (Reichsgesetzbl. I S. 1469) erhält der letzte Halbsatz des Artikels I folgende Fassung:

„in Verfahren über Anträge nach §§ 627, 627 b der Zivilprozessordnung ist der Höchstbetrag einer Gebühr 24 Reichsmark.“

§ 2

Kostenentscheidung in Ehesachen

1. Nach § 93 der Zivilprozessordnung wird als neuer § 93 a folgende Vorschrift eingefügt:

„§ 93 a

Wird auf Scheidung oder Aufhebung der Ehe erkannt oder die Ehe für nichtig erklärt, ohne daß der unterlegene Teil hieran schuldig ist, so sind die Kosten gegeneinander aufzuheben.“

2. Wenn die Voraussetzungen dieser Vorschrift vorliegen, kann das Gericht erster Instanz auf Antrag die Kostenentscheidung eines Urteils, das beim Inkrafttreten dieser Verordnung bereits verkündet, aber noch nicht rechtskräftig ist, abändern.

Der Antrag ist nur bis zum 31. Oktober 1938 zulässig und kann vor der Geschäftsstelle zu Protokoll erklärt werden. Über den Antrag wird durch Beschluß entschieden. Der Beschluß kann ohne mündliche Verhandlung ergehen und unterliegt der sofortigen Beschwerde.

§ 3

Diese Verordnung tritt am 1. Oktober 1938 in Kraft.

Die gebührenrechtliche Regelung des Verfahrens nach §§ 627, 627 b Zivilprozessordnung (Verordnung vom 27. Juli/28. September 1938)

Von Kammergerichtsrat Dr. Gaedeker, Berlin

In ZM. 1938, 2314 hatte ich auf die aus der Neuregelung des Verfahrens in Ehesachen, soweit es sich um die einseitigen Anordnungen aus §§ 627, 627 b ZPO, handelt, sich ergebenden gebührenrechtlichen Zweifelsfragen hingewiesen. Nunmehr ist durch die „Zweite Verordnung zur Durchführung und Ergänzung des Ehegesetzes v. 28. Sept. 1938“ (RGBl. I, 1323) die auch von mir als erforderlich bezeichnete gesetzliche Regelung durch entsprechende Änderungen des OGB., der RAGebO. und auch des ArmAnwG. erfolgt. Man darf wohl sagen, daß sie der Eigenart der verfahrensrechtlichen Neuregelung unter dem Gesichtspunkt angemessener

Vergütung für die von der Anwaltschaft in diesen Verfahren zu entwickelnden Tätigkeit in vollem Umfange gerecht wird, zugleich aber auch die Belange der Reichskasse angemessen wahr.

Im folgenden soll die gesetzliche Neuregelung in kurzer Erläuterung zusammengestellt und sollen etwa noch verbliebene Zweifel geklärt werden.

I. Gerichtskosten

Obwohl verfahrensrechtlich das Verfahren über Anträge aus § 627 ZPO. — für § 627 b ZPO. ist das zum mindesten äußerst zweifelhaft und nach meiner Ansicht zu verneinen —

einen Bestandteil des Verfahrens des Eheprozesses selbst bildet, ist es doch gebührenrechtlich vollkommen als selbständig zu behandeln, wie dies aus dem neu eingefügten § 33 a GKG. hervorgeht. Dieser sieht die Hälfte der (normalen) Gebühr des § 8 GKG. vor sowohl für Anträge aus § 627 als auch aus § 627 b Abs. 1 ZPD. Dagegen löst das Verfahren nach § 627 Abs. 3: die von Amts wegen zu treffende Entscheidung des Rechtsmittelgerichts über die Aufrechterhaltung oder Aufhebung der zugleich mit dem Urteil erlassenen Unterhaltsregelung — keine besondere Gebühr mehr aus.

Nichts gefragt ist über § 627 b Abs. 4: Antrag des Unterhaltspflichtigen auf Fristbestimmung und gegebenenfalls Aufhebung der getroffenen Anordnung. Da eine sinngemäße Anwendung anderer gleichartiger Gerichtskostenvorschriften, wie ich seinerzeit schon ausgeführt hatte, nicht zulässig ist — man hätte sonst an § 32 Abs. 2 GKG. denken müssen, wo selbst das Aufhebungsverfahren gegenüber einer einstweiligen Verfügung mit der gleichen Gebühr belegt ist wie das Anordnungsverfahren —, ist das Aufhebungsverfahren gerichtsgewöhnlich frei.

Nichts gesagt ist über § 627 b Abs. 4: Antrag des Unterhüßr, falls die Anträge aus §§ 627, 627 b ZPD. erst in der Berufungsinstanz gestellt werden. Es bewendet also auch dann bei der Hälfte der Normalgebühr (anders für die Anwaltsgebühren, siehe unten). Schwebt der Rechtsstreit in der Revisionsinstanz, dann ist ohnehin die Zuständigkeit des O. gegeben und könnte schon aus diesem Grunde nicht an eine Gebührenerhöhung gedacht werden.

Zu beachten ist, daß § 32 a entsprechend dem § 32 nur eine Verfahrensgebühr vorsieht. Welche Stadien dieses Verfahrens durchläuft, ob Beschluß ohne mündliche Verhandlung, ob mündliche Verhandlung, ob mit oder ohne Beweisaufnahme, ist also unerheblich.

Wichtig ist die Freistellung von Gebühren, falls der Antrag (§§ 627, 627 b) vor Anordnung der mündlichen Verhandlung oder, falls ohne mündliche Verhandlung entschieden wird, vor Erlass der Entscheidung über den Antrag zurückgenommen wird (§ 33 a Abs. 3).

§ 35 GKG. war demgemäß entsprechend zu ändern. Danach gilt jetzt jedes Verfahren nach §§ 627, 627 b Abs. 1 für die Gebührenberechnung als besonderer Rechtsstreit. Doch wird die Gebühr nur einmal erhoben, wenn in demselben Rechtszuge mehrere Verfahren nach § 627 anhängig werden. Eigenartigerweise ist hier § 627 b nicht mit aufgeführt, obwohl ein Zusammentreffen mehrerer solcher Anträge auf Unterhaltsregelung für die Zeit nach Scheidung der Ehe durchaus möglich ist, so nämlich, wenn jede der Parteien für sich diese Regelung beantragt. Es würde hier wohl kaum verständlich sein, wenn hierfür zwei Gebühren erhoben würden. In Wahrheit liegt denn auch nur ein einziges Verfahren vor, bedingt durch zwei einander ausschließende Anträge, da nur dem einen oder dem anderen stattgegeben werden kann. Es bedarf dazu wohlgemerkt nicht irgendwelcher analogen Anwendung einer Befreiungsvorschrift, die ja unzulässig wäre. Es kann also stets auch nur eine Verfahrensgebühr aus § 627 b in der Instanz entstehen. Treffen dagegen Verfahren aus §§ 627 und aus 627 b in einer Instanz zusammen, so fallen zwei Verfahrensgebühren an.

Die gesetzliche Regelung läßt hier nun aber, soweit mehrere Verfahren über Anträge aus § 627 in Frage kommen, eine sehr wesentliche Zweifelsfrage entstehen: sind damit mehrere Verfahren aus § 627 schlechthin, gleichgültig welchen Inhalt die verschiedenen Anträge haben, gemeint oder bedeutet diese Regelung, daß sie nur mehrere Anträge gleichen Inhalts gebührenrechtlich zu einer Einheit zusammenfassen will? An letztere Möglichkeit könnte man deshalb denken, weil ja jeder der nach § 627 an sich möglichen Anträge — Unterhaltsregelung, Getrenntleben, Sorge für die Person des Kindes, Prozeßkostenvorschuß — einen selbständigen, nach eigenen Regeln sich richtenden Streitwert hat, der von dem des anderen Antrages verschieden ist oder doch sein kann. Welcher Streitwert soll dann bei mehreren nacheinander gestellten Anträgen für die Gebührenberechnung maßgebend

sein? Gegenüber dem eindeutigen Gesetzeswortlaut können indes durchgreifende Zweifel dagegen, daß nur ersteres vom Gesetz bezweckt worden ist, nicht geltend gemacht werden. Nur diese Lösung entspricht auch der veränderten verfahrensrechtlichen Struktur des § 627 ZPD., der — soweit möglich — bewußten organischen Eingliederung in den Eheprozeß selbst, für welchen jede Art Antrag aus § 627 nur eine begleitende Neben-, man könnte fast sagen Hilfsmaßnahme ist. Positiv bekräftigt wird im übrigen die hier gegebene Auslegung durch § 35 Abs. 2 S. 2 GKG., woselbst ausdrücklich „derselbe Anspruch und derselbe Gegenstand“ gefordert werden. Bei S. 1 fehlt diese Einschränkung.

§ 35 GKG. ist also dahin auszulegen, daß ohne Rücksicht darauf, welche Art Anträge aus § 627 ZPD. im Laufe einer Instanz einzeln gestellt werden, gebührenrechtlich alle diese Verfahren nur als ein Verfahren zu behandeln sind. Dem verschieden großen Streitwert ist dabei dadurch Rechnung zu tragen, daß derjenige Streitwert der Gebührenberechnung zugrunde zu legen ist, der auch bei gemeinsamer Stellung der verschiedenen Anträge maßgebend gewesen wäre. Denn anderenfalls würde der Antragsteller eine unverdiente Begünstigung erfahren. Das heißt: mehrere vermögensrechtliche Ansprüche werden zusammengerechnet (z. B. Unterhaltsregelung und Prozeßkostenvorschuß). Mehrere nichtvermögensrechtliche Ansprüche werden gleichfalls zusammengerechnet (z. B. Getrenntleben und Sorge für die Person des Kindes). Treffen vermögensrechtliche und nichtvermögensrechtliche Ansprüche zusammen, so findet ebenfalls Zusammenrechnung statt, außer da, wo der vermögensrechtliche aus dem nichtvermögensrechtlichen hergeleitet wird (so bei Getrenntleben und Unterhaltsregelung). Denn dann ist nach § 11 Abs. 2 GKG. nur ein Anspruch, und zwar der höhere, maßgebend. In aller Regel ist das der nichtvermögensrechtliche, der ja nach § 11 Abs. 1 stets mit mindestens 500 RM zu bewerten ist.

So ergibt sich die Notwendigkeit, die etwa schon berechnete Gebühr aus § 33 a Abs. 1 Nr. 1 GKG. unter Umständen anderweit nach der inzwischen eingetretenen Streitwertveränderung zu berechnen und den Unterschiedsbetrag nachzufordern.

Besonders geregelt ist schließlich auch die Beschwerdegebühr für Beschwerden nach § 627 Abs. 4 ZPD. Hier findet nämlich § 38 Abs. 1 GKG. Anwendung, eine besonders einschneidende Vorschrift, weil sie ohne Rücksicht auf den Ausgang des Beschwerdeverfahrens stets die Erhebung der vollen Gebühr — im Gegensatz zu Abs. 2 — vorschreibt.

Für Beschwerden aus § 627 b Abs. 4 ist nichts Besonderes bestimmt. Für sie bewendet es folglich bei der Regel des § 38 Abs. 2 GKG. (Gebühr nur, wenn als unzulässig verworfen oder als unbegründet zurückgewiesen).

II. Rechtsanwaltsgebühren

Statt des nach dem alten Verfahrens- und damit Gebührenrecht anzuwendenden § 28 RAGebD. (Verfahren über einen Antrag auf Anordnung, Abänderung oder Aufhebung eines Arrestes oder einstweiligen Verfügung) ist nunmehr in dem neu eingefügten § 28 a RAGebD. bestimmt:

„Die Verfahren über Anträge nach §§ 627, 627 b ZPD. gelten für die Berechnung der Gebühren des Rechtsanwalts als besonderer Rechtsstreit.“

Das bedeutet, daß eine Abgeltung durch die Gebühren des Eheprozesses selbst nicht stattfindet. Der Anwalt erhält vielmehr im Ergebnis wie bisher für das Verfahren nach §§ 627 und 627 b die vollen Gebühren wie im Rechtsstreit selbst. Doch sieht § 28 a S. 2 eine wichtige Neuerung im Sinne einer Einschränkung der Gebühren vor:

„Jedoch erhält der Rechtsanwalt für mehrere Verfahren der in § 627 bezeichneten Art die Gebühren in jedem Rechtszuge nur einmal.“

(Diese Einschränkung entspricht der gerichtskostenrechtlichen Regelung. Wegen des den Anwaltsgebühren zugrunde zu legenden Streitwerts verweise ich auf die entsprechenden Aus-

fürhungen zu § 35 GKG.) Ferner bestimmt § 28 a S. 3 RAGebD.:

„Das gleiche gilt für mehrere Verfahren nach § 627 b Abs. 1 und Abs. 4 ZPO.“

Der Sinn dieser Bestimmung ist nicht ganz klar. Sie bedeutet offenbar, daß der Anwalt, der im Verfahren betr. den Unterhaltungsantrag für die Zeit nach der Scheidung bereits Gebühren erhalten hat, die gleichen Gebühren in dem späteren Aufhebungsverfahren nicht noch einmal erhält. Denn mehrere Verfahren allein aus Abs. 1 oder allein aus Abs. 4 sind begrifflich wohl kaum denkbar. Man muß also annehmen, daß mit dieser Bestimmung in Wahrheit daselbe gemeint ist wie in § 28 Abs. 2 RAGebD., wonach Anordnungs- und Aufhebungsverfahren (beim Arrest) eine Instanz bilden. Sonst würde es auch für das Aufhebungsverfahren des Abs. 4 im Verhältnis zu Abs. 1 an einer Regelung fehlen. Allerdings erhält der nur erst im Aufhebungsverfahren tätig werdende Anwalt die gleichen Gebühren wie sie für das Anordnungsverfahren vorgesehen sind. Das ergibt sich aus der Fassung des Satz 1, der von § 627 b allgemein, nicht nur von seinem Abs. 1 spricht.

Damit dürften anwaltsgebührenrechtlich alle etwa möglichen Zweifelsfragen geklärt sein. Ich darf jedoch ergänzend auf meine Ausführungen (JW. 1938, 2314) über die dem Anwalt anfallenden Gebühren hinweisen, wenn erst auf Beschwerde hin — sei es nach mündlicher Verhandlung, sei es ohne solche — das LG. abhilft und die beantragte Anordnung aus § 627 ZPO. erläßt.

III. Armenanwaltsgebühren

Der Armenanwalt erhielt bisher schon nach den im Gesetz v. 13. Dez. 1935 zusammengefaßten Kürzungsbestimmungen für einstweilige Verfügungsverfahren in Ehefachen Gebühren nur bis zum Höchstbetrag von 24 RM. Dieselbe Regelung ist nunmehr durch eine entsprechende Ergänzung des Art. I des genannten Gesetzes auch für die Verfahren über Anträge nach §§ 627, 627 b ZPO. eingeführt. Ebenso wie auch vordem schon der Begriff Höchstbetrag nur für die Normalgebühr galt und nicht etwa eine Erhöhung in höherer Instanz ausschloß, kann auch bei der Höchstgebühr für Verfahren gemäß §§ 627, 627 b ZPO. eine Erhöhung aus § 52 RAGebD. eintreten. Zwar nicht im Berufungsverfahren gegen eine vom LG. erlassene einstweilige Verfügung. Denn solch Berufungsverfahren gibt es nicht mehr, da die landgerichtliche Anordnung nur noch mit der Beschwerde anfechtbar ist und dafür § 41 RAGebD. zur Anwendung gelangt. Wohl aber dann, wenn es während Schwebens des Rechtsstreits in der Berufung zum Verfahren aus §§ 627 oder 627 b kommt. Denn die erhöhten Sätze gelten immer da, wo das Berufungsgericht als Gericht der Hauptsache tätig wird (so OLG. Celle v. 11. Okt. 1933: JWBl. 1934, 37; RG. [KostSen.] v. 28. Okt. 1933: JWBl. 1934, 37; vgl. auch Gaedeker: Kostspr. 1938 Nr. 367).

IV. Armenrechtsverfahren

A. Keine besondere Regelung hat das Armenrechtsverfahren gefunden, soweit es sich auf die aus den Anträgen gemäß §§ 627 und 627 b ZPO. sich entwickelnden Verfahren bezieht. Man könnte zunächst versucht sein, aus der Aufstellung besonderer Gebühren für diese Anträge und insbesondere aus § 35 GKG. der neuen Fassung und § 28 a S. 1 RAGebD. den Schluß zu ziehen, daß dann naturgemäß auch im Sinne der Armenrechtsbestimmungen ein besonderes Verfahren vorliegen müsse, also es insoweit einer besonderen Armenrechtsbewilligung bedürfe. Dieser Schluß ist jedoch nicht zwingend. Denn nicht die gebührenrechtliche Selbständigkeit ist das unbedingt entscheidende Merkmal, wie Jonas, 1938, II zu § 119 ZPO. anzunehmen scheint. RG. v. 4. Febr. 1925: JW. 1925, 756 spricht denn auch nur davon, daß der Armenrechtsbegriff der Instanz „im besonderen“ den Kostengesetzen zu entnehmen ist. Im Zweifelsfalle muß aber doch die verfahrensrechtliche Natur des zur Erörterung stehenden Verfahrens den Ausschlag geben. Ich brauche dazu beispiels-

weise nur auf die Einstellungsanträge hinzuweisen, die ja ebenfalls einstweilige Anordnungen des Gerichts auslösen und auch gebührenrechtlich mit besonderen Gebühren — gerichtswie anwaltskostenrechtlich — belegt sind. Sie bilden verfahrensrechtlich trotzdem selbständige Teile des Hauptverfahrens und werden deshalb von der Armenrechtsbewilligung für dieses ohne weiteres mitumfaßt.

So ist es auch mit den Anträgen aus § 627 ZPO. Ich darf hierzu im einzelnen auf meine Ausführungen JW. 1938, 2315 verweisen, die auch angeht die der jetzigen Gebührenregelung in vollem Umfange ihre Geltung behalten.

Hinzuzufügen ist folgendes: rein rechtlich betrachtet ist das hervorstechendste Merkmal der Neuregelung der oben bereits in seiner Eigenart nochmals dargelegte Einbau der Verfahren aus § 627 ZPO. in den Prozeß, der sich ja schwerlich darin erschöpfen kann, daß statt der Bezeichnung „einstweilige Verfügung“ die „einstweilige Anordnung“, an die Stelle des Widerspruchs die Beschwerde tritt und daß so also ausschließlich ein Urteil in der unteren Instanz erspart wird. Man muß und darf wohl aus der Neuregelung — soll sie überhaupt einen wirklichen Sinn und Zweck haben — herauslesen, daß sie über Außerlichkeiten hinaus organisch wirkend gedacht ist und eine Verschmelzung der bisher nebeneinander laufenden, völlig selbständigen Verfahren — soweit bei der Art der Anträge aus § 627 eben möglich — hat bewirken wollen. Dieser Auffassung steht durchaus nicht entgegen, daß die Anträge aus § 627 ZPO. höchstens mittelbar — außer dem Prozeßkostenvorschuß — der Durchführung des Eheprozesses dienen. Denn in jedem Falle sind sie nur Nebenmaßnahmen dieses Prozesses und in jeder Beziehung nur als solche zu werten. Deshalb würde es gerade vom Standpunkt des Gesetzgebers aus unsolgerichtig sein, aus vielleicht hauptsächlich fiskalischen Erwägungen heraus dem Verfahren aus § 627 ZPO. in armenrechtlicher Hinsicht doch eine Selbständigkeit zuzuerkennen, die ihm heute nicht mehr eignet.

B. Für das Verfahren über Anträge aus § 627 b ZPO. muß dagegen eine andere Beurteilung Platz greifen. Bereits in meinen früheren Ausführungen hatte ich die Rechtslage für zweifelhaft erklärt, mich aber trotzdem dafür ausgesprochen, daß eine einheitliche Beurteilung der Verfahren aus §§ 627 und 627 b werde erfolgen müssen und daß somit, rechtlich begründet durch die enge Verknüpfung auch des Verfahrens nach § 627 b mit dem Eheprozeß selbst, auch im Falle des § 627 b eine besondere Armenrechtsbewilligung nicht zu erfolgen habe, die Armenrechtsbewilligung für den Prozeß vielmehr auch dieses Unterhaltsregelungsverfahrens mitumfasse. Diese Auffassung möchte ich jedoch, nachdem zu den schon bestehenden verfahrensrechtlichen Bedenken nunmehr noch die gebührenrechtliche Neuregelung im Sinne eines gebührenrechtlich selbständigen Verfahrens hinzugekommen ist, nicht mehr aufrechterhalten. Denn die verfahrensrechtliche Verknüpfung mit dem Prozeß ist in Wahrheit nur eine scheinbare, indem nämlich der Beginn des Verfahrens durch die notwendige Antragstellung noch in den Prozeß selbst hineinreicht. Die dadurch geschaffene Verbindung mit dem Prozeß ist aber nur eine äußerliche, keine organische. An dem Verfahren selbst und seinem Ablauf würde sich nicht das geringste ändern, wenn man den erforderlichen Antrag erst für die Zeit nach Urteilsverkündung zugelassen hätte, da ja der Unterhaltsregelungsbeschluß ohnehin erst mit Rechtskraft des Urteils Wirksamkeit erhält. Ist aber dieses Unterhaltsregelungsverfahrens nach § 627 b ZPO. trotz des teilweisen äußerlichen Zusammenfallens mit dem noch schwebenden Prozeßverfahren und trotz der zeitlichen Verbindung der ergehenden Entscheidung mit der Urteilsentscheidung von Anfang an ein selbständiges, aus dem abgeschlossenen Prozeß heraus erwachsendes und sich ihm anschließendes Verfahren, dann bildet es, zumal es auch gebührenrechtlich besonders behandelt wird, im Sinne der Armenrechtsbestimmungen ein gesondertes selbständiges Verfahren, eine Instanz für sich.

Hierbei ist zu beachten, daß jede Partei, die — als insoweit angreifender Teil — einen Antrag aus § 627 b Abs. 1 stellen will, dazu des Armenrechts bedarf, wenngleich es sich

nach der von mir vertretenen Auffassung nur um ein Verfahren handelt. Hat die Partei dagegen das Armenrecht schon zur Verteidigung gegen den entsprechenden Antrag der Gegenpartei, dann wird, da weitere Gebühren nunmehr durch ihre Antragstellung nicht mehr erwachsen können, eine nochmalige Armenrechtsbewilligung für sie nicht in Frage kommen.

Für das Verfahren vor dem Gericht höherer Instanz, das nach § 627b Abs. 3 von Amts wegen zugleich mit seiner Entscheidung in der Hauptsache darüber zu befinden hat, ob es die getroffene Unterhaltsregelung aufrechterhalten oder abändern will, wird die Frage der Armenrechtsbewilligung nicht praktisch. Anträge der Parteien sind nicht vorgehen, was an sich natürlich nicht ausschließt, daß Ausführungen der Parteien gemacht werden. Immerhin ist hier prozessual ein selbständiges Verfahren vom Gesetz nicht vorgesehen, auch eine besondere Gebühr für diese Nachprüfung durch § 33a Abs. 2 GRG ausdrücklich verneint. Für ein besonderes Armenrecht wäre hier also nicht einmal Raum.

Da das Gesetz keine Beschwerde gegen die Unterhaltsregelung nach § 627b Abs. 1 vorsieht, kommt auch eine Armenrechtsbewilligung für die Beschwerdeinstanz nicht in Frage.

Das Aufhebungsverfahren nach Abs. 4 bildet in jeder Beziehung mit dem Ordnungsverfahren eine Instanz. Es hat verfahrensrechtlich kein selbständiges Dasein und ist schon deshalb eines eigenen Armenrechts nicht fähig. Außerdem ist es ebenfalls mit keiner Gebühr belegt und kann sogar von der Partei selbst ohne irgendwelche Kosten durch Antrag zu Protokoll der Geschäftsstelle betrieben werden.

Das Beschwerdeverfahren nach § 627b Abs. 4 ZPO bildet dagegen — ebenso wie die Beschwerde betreffend Anordnungen aus § 627 ZPO. — nach allgemeinen Regeln eine verfahrens- und kostenrechtlich selbständige Instanz. Hierfür ist folglich die Armenrechtsbewilligung durch die Beschwerdeinstanz erforderlich.

C. Zur praktischen Handhabung des Armenrechts für die Unterhaltsregelung nach § 627b Abs. 1 sind zwei Gesichtspunkte zu beachten:

Auch hier wird vielfach der in § 627 Abs. 3 vorgesehene Weg der Erklärung des Antrags zu Protokoll zunächst wenigstens für die arme Partei genügen. Kommt es nunmehr jedoch nicht ohne weiteres zu der beantragten Regelung oder einer ablehnenden Entscheidung, wird insbesondere mündliche Verhandlung über den Antrag angeordnet, dann muß der Partei auch für dieses Verfahren ein Armenanwalt — d. h. ihr als solcher schon tätiger Prozeßbevollmächtigter — beigeordnet werden.

Der Zeitpunkt der Antragstellung und der Entscheidung durch das Gericht wird schon aus Zweckmäßigkeitsgründen möglichst nahe an den zum Urteil führenden Verhandlungstermin herangerückt. Denn im allgemeinen wird das Gericht sich über die Aussichten der Unterhaltsregelung nach der Lösung der Ehe erst dann ein zutreffendes Bild machen können, wenn es den Ausgang des Ehestreits einigermaßen übersieht. Die Prüfung der Aussichten der Rechtsverfolgung hat sich ja einmal darauf zu erstrecken, ob der Antragsteller mit seinem Begehren im Eheprozeß selbst durchbringen wird, wie gegebenenfalls die Schuldverteilung voraussichtlich vorzunehmen sein wird, und endlich darauf, ob und in welchem Grade Bedürfnis auf der einen und Leistungsfähigkeit und damit Leistungsverpflichtung auf der anderen Seite anzuerkennen sein werden. Alle diese Voraussetzungen müssen, da § 627 Abs. 3 Anwendung findet, für den Erlaß der erbetenen Unterhaltsregelung glaubhaft gemacht sein. Da aber nach § 118a Abs. 1 S. 1 ZPO. das Gericht auch für das Armenrechtsverfahren schon eine Glaubhaftmachung verlangen kann, muß der Antragsteller unter Umständen je nach dem Grade der an ihn gestellten Anforderungen schon im Armenrechts-

verfahren die Voraussetzungen für die verlangte zukünftige Unterhaltsregelung glaubhaft machen. Hier können sich deshalb für ihn erhebliche praktische Schwierigkeiten ergeben.

Um so weniger empfiehlt es sich, den Sach- und den Armenrechtsantrag schon allzu zeitig zu stellen. Geschieht es trotzdem, wird im allgemeinen das Gericht dem Antragsteller eröffnen, daß darüber erst im letzten Verhandlungstermin befunden werden wird. Darin liegt keine Beschwerde des Antragstellers, sondern die allein sachgemäße Behandlung in seinem wohlverstandenen eigenen Interesse. Hier muß und darf also aus guten Gründen von der sonst zu erhebenden Forderung, möglichst bald und rechtzeitig über ein Armenrechtsgesuch zu entscheiden, abgegangen werden. Damit wird vor allem die Gefahr vermieden, daß zu einem früheren Zeitpunkt über das Armenrechtsgesuch ablehnend entschieden wird, ein Antrag aus § 627b deshalb nicht gestellt wird, schließlich aber doch der Prozeß selbst zugunsten des Antragstellers ausläuft, nunmehr aber eine Unterhaltsregelung unterbleibt.

V. Streitwert und Kostenerstattung

Als weitere besondere Regelung sind nunmehr nur noch zu erwähnen: einmal die jetzt durch die WD. v. 28. Sept. 1938 erfolgte Streitwertregelung, sodann die Änderung der Kostenerstattungs Vorschriften der ZPO.

§ 10 Abs. 4 GRG lautet nun dahin, daß der Streitwert im Falle der Unterhaltsregelung nach § 627 ZPO. sich nach dem dreimonatigen Bezugsrecht berechnet, im Falle des § 627b dagegen nach dem sechsmonatigen Bezugsrecht.

Für die Kostenerstattung unter den Parteien ist von Bedeutung, daß der Gesetzgeber — insoweit der in ZW. 1938, 2316 von Krönig gegebenen Anregung folgend — in dem neu geschaffenen § 93a ZPO. die Aufhebung der Kosten gegeneinander vorschreibt, wenn die Ehe geschieden, aufgehoben oder für nichtig erklärt wird, ohne daß der unterlegene Teil hieran schuldig ist. Diese Bestimmung kann sich auf besonderen, bis 31. Okt. 1938 befristeten Antrag rückwirkend auch auf bereits ergangene, aber noch nicht in Rechtskraft erwachsene Urteile erstrecken.

Betrachtet man zusammenfassend die nunmehr abgeschlossenen vorliegende gebührenrechtliche Neuregelung, so ergibt sie im wesentlichen denselben Zustand wie bisher schon, nur mit der — wesentlichen — Einschränkung einerseits, daß die Anwaltsgebühren auch für mehrere Verfahren aus § 627 ZPO. abweichend von dem bisherigen Rechtszustand nur einmal anfallen. Dem steht als Erleichterung gegenüber, daß — ebenfalls im Gegensatz zu früher — es nunmehr für die Verfahren aus § 627 nicht erst einer besonderen Armenrechtsbewilligung bedarf. Diese Erleichterung mag sie nun mit beabsichtigt gewesen oder eine an sich unbeabsichtigte Folge der Änderung der verfahrensrechtlichen Struktur sein — wirkt sich zugunsten der Gerichte wie vor allem der Anwaltschaft aus. Letztere hat nunmehr von den Anträgen aus § 627 ohne zuvorige Befragung des Gerichts, soweit es sich um Armensachen handelt, nach ihrem Ermessen Gebrauch zu machen, nicht anders, als wenn sonst irgendwelche für die Durchführung des Rechtsstreits erforderliche Anträge im Rahmen des Prozesses gestellt werden.

Die damit vielleicht verbundene Mehrbelastung der Reichskasse kann sich einmal ohnehin nur in geringen Grenzen halten. Denn es können nur die Höchstbetragsgebühren für ein Verfahren erwachsen, während sonst die Reichskasse mit den Gebühren für mehrere Verfahren rechnen konnte. Schließlich aber: ausschlaggebend kann dieser Gesichtspunkt überhaupt nicht sein. Derartige Erwägungen anzustellen, ist Sache des Gesetzgebers, der es in der Hand hat, unerwünschten Auswirkungen einer gesetzlichen Neuregelung durch entsprechende Anordnungen vorzubeugen. Die Gesetzesauslegung durch die Gerichte darf darunter nicht leiden.

Die Einrede der Rechtskraft gegenüber der Klage des unehelichen Vaters gegen das Kind auf Feststellung der blutsmäßigen Abstammung

Von Dr. Oscar Sahn, Berlin

In seinen Ausführungen über die Zulässigkeit der Feststellungsklage des unehelichen Vaters gegen das Kind (Z. 1938, 1224 ff.) geht Junker von der Annahme aus, daß dem klageweise geltend gemachten Feststellungsanspruch generell die Einrede der Rechtskraft, eine von Amts wegen zu berücksichtigende negative Prozeßvoraussetzung, entgegenstehe; dieser könne nur dadurch begegnet werden, daß dem Begriff der blutsmäßigen Abstammung, dem Ziel der Feststellungsklage, weiterreichende Rechtsfolgen zugesprochen werden, als die bloße Zahlvaterschaft und die sich hieraus zwangsläufig ergebende Unterhaltsverpflichtung selbst darstellen oder auszulösen vermögen.

In ungewisser Zukunft liegende, zu einem derzeit unbestimmten und unbestimmbaren Zeitpunkt nur möglicherweise eintretende Folgewirkungen des bürgerlichen Rechts sind zur Entkräftung allerdings ebensowenig geeignet wie die Verweisung auf aus dem öffentlichen Recht sich herleitende Rechtsfolgen, da die Verfahrensordnung als Voraussetzung für die Feststellungsklage außer dem Vorliegen eines bestimmten und gegenwärtigen Interesses weiter die Zugehörigkeit des Rechtsverhältnisses an sich zum Anwendungsgebiet des bürgerlichen Rechts oder die ausdrückliche Zulässigkeit des bürgerlichen Rechtswegs erfordert.

Gleichwohl ist es nicht nötig, auf die sich personenstandsrechtlich aus dem Abstammungsverhältnis entwickelnden Folgewirkungen zurückzugreifen.

Vor der Annahme der Notwendigkeit zur Ausräumung der besorgten Einrede der Rechtskraft ist zu prüfen, ob diese gegenüber dem Inhalt der Feststellungsklage überhaupt rechtsbeachtlich erscheinen kann; dies ist im Regelfalle jedoch zu verneinen.

Die materielle Wirkung der Rechtskraft, auf die es hier ankommen hat, besagt lediglich, daß über den einmal rechtskräftig entschiedenen Streitgegenstand keine erneute Verhandlung und Entscheidung mehr zulässig ist. Die Einrede der Rechtskraft vermag sonach nur durchzugreifen, wenn der neuerlich geltend gemachte Anspruch von einer rechtskräftigen Entscheidung bereits ergriffen, mit anderen Worten, wenn dieser mit dem in einem zeitlich vorhergegangenen Verfahren rechtskräftig entschiedenen Streitpunkt identisch ist.

Liegt keine Identität des Streitgegenstandes vor, kann der Einwand der bereits rechtskräftig entschiedenen Sache überhaupt nicht rechtswirksam erhoben werden. Die Unterscheidung zwischen der Zahlvaterschaft und dem Rechtsbegriff der blutsmäßigen Abstammung ist nicht so sehr in den unterschiedlich ausgestalteten Rechtsfolgen begründet als in dem völligen Wesensunterschied dieser beiden Begriffe an sich. Der Zahlvaterschaft im Sinne der Rechtsordnung liegt lediglich die gesetzliche Fiktion der Erzeugung zugrunde, während die blutsmäßige Abstammung die tatsächliche physiologische Erzeugung bedingt.

Vorliegendensfalls ist davon auszugehen, daß in dem zeitlich vorangegangenen, auf Feststellung der Vaterschaft gerichteten, rechtskräftig abgeschlossenen Verfahren der nunmehrige Kläger nur verurteilt ist, als Vater des Kindes i. S. der §§ 1708—1716 BGB. zu gelten (§ 1717 BGB.).

Ebensowenig wie diese mit Rechtskraftwirkung nur unter den Streitteilen selbst ausgestattete Unterstellung nach in Rechtslehre und Rechtsprechung einhellig vertretener Auffassung über rein vermögensrechtliche Wirkungen hinausreichende Rechtsbeziehungen — etwa personenstandsrechtlicher Art — zu schaffen vermag, kann hierdurch auch ein auf blutsmäßiger Abstammung beruhendes Rechtsverhältnis oder gar dieses selbst unter den Prozeßparteien begründet werden, weil in diesem Verfahren über letztere Frage nach dem der Parteiherrschaft unterstellten Vorbringen meist überhaupt nicht entschieden werden kann.

Bei der vorliegenden Feststellungsklage handelt es sich

jedoch keineswegs um die fingierte uneheliche Vaterschaft im Sinne des Gesetzes, sondern vielmehr um die natürliche blutsmäßige Abstammung, und diese beiden Rechtsbegriffe decken sich nicht, sind nicht identisch.

Diesem Unterschied hat auch das RG. in seiner Entscheidung v. 14. Okt. 1937: Z. 1937, 3041 bereits angedeutet, wenn dort ausgeführt wird, daß sich der Begriff der blutsmäßigen Abstammung seinem Wesen nach nicht als bloßes biologisches Tatfachelement oder als abstrakte Rechtsfrage erschöpft, sondern als Komplex ein Rechtsverhältnis selbständiger Art — ein mit wechselseitigen, von der Rechtsordnung geregelten Rechtsbeziehungen ausgestatteter Sachverhalt — darstellt.

Der Gesetzgeber, der im autoritären Staat aus rassebiologischen Erwägungen den größten Wert auf völlig einwandfreie Feststellung der blutsmäßigen Abstammung legt, will familienrechtliche — richtiger: sippenrechtliche — Folgewirkungen auch nur den blutsmäßigen Abkömmlingen zugestehen, während der fiktiven Abstammung nur der Anspruch auf vermögensrechtliche Sicherstellung eingeräumt ist.

Unter den besonderen Voraussetzungen des § 256 ZPO. stand allerdings auch schon bisher dem unehelichen Kind die Klage auf Feststellung der natürlichen Vaterschaft — der Beklagte ist der Vater — offen, und nur auf Grund eines solchen, die physiologische Erzeugung und damit die Vaterschaft blutsmäßiger Abstammung ausdrücklich feststellenden Urteils war die Eintragung der Vaterschaft in das Geburtsregister für zulässig erklärt worden (RG. 26, 39).

Von dieser Möglichkeit wurde aber nur vereinzelt im Interesse der Legitimation des Kindes Gebrauch gemacht; ist diese urteilsmäßige Feststellung der natürlichen Vaterschaft in einem Falle gettoffen, kann der durch den Vater späterhin erhobenen Feststellungsklage auf blutsmäßige Abstammung die Einrede der Rechtskraft in voller Wirksamkeit entgegengehalten werden, da diesfalls über den gleichen Anspruch und Streitgegenstand bereits rechtskräftig entschieden ist. Eine Beseitigung des die tatsächliche physiologische Vaterschaft eindeutig aussprechenden Urteils ist im Rahmen der geltenden Verfahrensvorschriften nur im Wege der Wiederaufnahme möglich.

Aus Gründen einer einwandfreien Nachweisführung über die blutsmäßige Abstammung erscheint auch hier eine Erleichterung der Wiederaufnahme nötig, da die vor schon längerer Zeit erfolgte Feststellung der tatsächlichen Erzeugung nach den damals zu Gebote stehenden Erkenntnisquellen und Hilfsmitteln wohl meist nicht den Anspruch auf völlige Fehlerfreiheit und Sicherheit wird erheben können; de lege ferenda wird übrigens eine grundsätzliche Möglichkeit zu eröffnen sein, eine offensichtliche Fehlentscheidung jederzeit abändern und durch die objektiv richtige ersetzen zu können, da der Abstammungsnachweis nur dann seinen Zweck erfüllen kann, wenn sein Inhalt nach sorgfältiger Prüfung mit allen zur Verfügung stehenden Hilfsmitteln der Wissenschaft als sachlich fehler- und einwandfrei anzusprechen ist.

Von dem vorerwähnten Sonderfall abgesehen, ist regelmäßig das im Feststellungsverfahren bestrittene Rechtsverhältnis der blutsmäßigen Abstammung im vorangegangenen Alimentationsprozeß nicht Streitgegenstand gewesen und konnte so auch nicht von der Rechtskraft dieser Entscheidung mit erfaßt werden, zumal sich, trotz der dem Urteil zukommenden allgemeinrechtlichen Wirkungen, dessen Rechtskraft nach Maßgabe der §§ 644, 325 ZPO. beschränkt.

Die Einrede der Rechtskraft versagt auch dann, wenn die Vaterschaft im Sinne des Gesetzes anerkannt ist; die Zulässigkeit der Feststellungsklage auf blutsmäßige Abstammung ist grundsätzlich auch in diesem Falle bejaht.

Das Anerkenntnis der Vaterschaft enthält nach § 1718 BGB. nur insoweit eine rechtsbegründende Verfügung, als

damit auf die Einrede der mehreren Zuhälter verzichtet wird. In dieser Hinsicht kann das Anerkenntnis auch durch den Nachweis seiner objektiven Unrichtigkeit nicht entkräftet werden. Zulässig bleibt dagegen der Nachweis, daß das Kind offenbar unmöglich aus der Beibwohnung des Anerkennenden empfangen worden sein könne, oder, daß letzterer innerhalb der Empfängniszeit der Kindsmutter überhaupt nicht beigezogen habe; des weiteren Nachweises, daß das Anerkenntnis in dieser Richtung irrtümlich abgegeben worden sei, bedarf es in diesem Fall nicht mehr (RGZ. 135, 219 = JW. 1932, 1353¹¹ u. 2154¹²).

Da auch dem Anerkenntnis der Vaterschaft nur vermögensrechtliche Bedeutung zukommt, kann die Frage der blutmäßigen Abstammung auch hier, sowohl vom unehelichen Kind als auch vom unehelichen Vater, jederzeit im Wege der Feststellungsklage des § 256 ZPO. die für die Beteiligten notwendige Klärung finden.

Ist die Abgabe des Anerkenntnisses bewußt unrichtig erfolgt, zum Zwecke einer vorsätzlichen Personenstandsveränderung, dann verstößt dasselbe gegen ein gesetzliches Verbot und ist gemäß § 134 BGB. nichtig; denn die allgemeinen Vorschriften über Rechtsgeschäfte haben auch auf das Anerkenntnis der Vaterschaft Anwendung zu finden (RG. v. 31. Jan.

1938: JW. 1938, 1047/48 und die dortigen Anmerkungen von Bernhardt).

Abschließend sei bemerkt, daß die Zulassung der Feststellungsklage auf blutmäßige Abstammung nur als der bestehenden Notwendigkeit Rechnung tragende vorläufige Lösung befristet kann.

Bei der allseits erwarteten Neugestaltung des gesamten Fragenkomplexes der blutmäßigen Abstammung — und eng damit verknüpft der Stellung der unehelichen Kinder —, die durch das Gesetz über die Änderung und Ergänzung familienrechtlicher Vorschriften und der Rechtsstellung der Staatenlosen v. 12. April 1938 in verschiedenen besonders vordringlichen Punkten bereits der Erneuerung nach nationalsozialistischem Rechtsempfinden zugeführt wurde, wird der Gesetzgeber entgegen der von Krupp (DR. 1938, 202) vertretenen Auffassung auch grundlegende Bestimmungen hinsichtlich der Verfahrensart zu erlassen haben, da nach den Vorschriften des geltenden Prozeßrechts weder die einwandfreie Ermittlung des objektiv richtigen Sachverhalts, worauf besonders Roquette (JW. 1938, 248) hinweist, noch die gleichfalls sowohl im Interesse des Staates als auch der Beteiligten selbst zu fordernde Rechtskraftwirkung für und gegen alle zu begründen ist.

Die Besteuerung von Abfindungen bei Ausscheiden aus einem Dienstverhältnis

Erwiderung auf den Aufsatz von Rapp, JW. 1938, 2322

A.

Von Rechtsanwält Dr. Haber,
Fachanwalt für Steuerrecht, Berlin

Nach § 34 EinkStG. wird auf Antrag die Einkommensteuer für außerordentliche Einnahmen nach einem Sondertarif berechnet, der gegenüber dem Normaltarif eine wesentliche Ermäßigung der Einkommensteuer bedeutet. Zweck dieses Sondertarifs ist, Einkünfte, die das Ergebnis einer mehrjährigen Tätigkeit darstellen oder denen das Wesen des Einmaligen oder des Außerordentlichen anhaftet, von der Progression der Einkommensteuer auszunehmen, weil die Anwendung des Normaltarifs auf diese Einkünfte zu Härten führen würde. Als solche außerordentlichen Einkünfte gelten unter anderem „Entschädigungen im Sinne von § 24 Ziff. 1 EinkStG.“. Dort ist bestimmt:

Zu den Einkünften im Sinne des § 2 Abs. 3 gehören auch

1. Entschädigungen, die gewährt worden sind

- a) als Ersatz für entgangene oder entgehende Einnahmen oder
- b) für die Aufgabe oder Nichtausübung einer Tätigkeit, für die Aufgabe einer Gewinnbeteiligung oder einer Anwartschaft auf eine solche.

Rapp führt zum Begriff der Entschädigung in dem angeführten Aufsatz aus:

In der Zahlung eines einmaligen Betrages kann einkommensteuerrechtlich nur dann eine Entschädigung im Sinne des § 24 Ziff. 1 a. a. D. erblickt werden, wenn der Zahlungsempfänger auf die Zahlung einen Rechtsanspruch hat. Der Zahlungsempfänger muß durch die Zahlung einen Ausgleich für die Aufgabe dieses Rechtsanspruchs erlangen. Diese Beurteilung entspricht allein dem Begriff „Entschädigung“. Kapitalabfindungen, die bei Ausscheiden aus einem Dienstverhältnis gewährt werden, sind daher nur dann Entschädigungen im Sinne des § 24 Ziff. 1 a. a. D., wenn sie zur Abgeltung eines sich aus dem Vertrage ergebenden Rechtsanspruchs gewährt werden. Daß Kapitalabfindungen in dem betreffenden Unternehmen in entsprechenden Fällen üblich sind, genügt nicht.

Diese Auffassung ist bisher weder in der Rechtsprechung, noch in Ministerialerlassen, noch im Schrifttum vertreten worden. Sie gibt der einschlägigen Bestimmung des EinkStG. einen

völlig veränderten Sinn und würde, wenn sie in die Praxis umgesetzt würde, die Anwendung des Sondertarifs gegenüber der jetzigen Verwaltungsübung wesentlich einschränken.

Ich vermag der Ansicht Rapps nicht beizutreten. Schon rein sprachlich kann man unter „Entschädigung“ zwanglos auch Leistungen verstehen, die ohne rechtliche Verbindlichkeit vorgenommen werden. Ich kann jemanden für seinen Zeitaufwand und seine Unkosten „entschädigen“, auch wenn ich nicht dazu verpflichtet bin. Der Begriff der Entschädigung setzt also eine Rechtspflicht zur Schadloshaltung nicht voraus. Im vorliegenden Fall ergibt sich aber weiterhin sowohl aus dem Wortlaut wie aus dem Sinn des Gesetzes, daß hier der Begriff der Entschädigung nicht nur Leistungen umfaßt, die auf Grund einer Rechtspflicht vorgenommen werden, sondern alle Leistungen, die einen Schadensausgleich in den Fällen des § 24 EinkStG. bezwecken.

1.

Wird die Entschädigung einem Arbeitnehmer als Ersatz für entgangenen oder entgehenden Arbeitslohn oder für die Aufgabe oder Nichtausübung einer Tätigkeit gewährt, so gehört sie zum Arbeitslohn (Blümich, „EinkStG.“, 2. Aufl., S. 334). Arbeitslohn ist gemäß § 19 EinkStG. ohne Rücksicht darauf steuerpflichtig, ob ein Rechtsanspruch auf die Bezüge besteht oder nicht. Wenn aber das Gesetz für die Frage der Steuerpflicht das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsanspruchs ausdrücklich für unerheblich erklärt, so ist es unmöglich, die Anwendung des Sondertarifs wiederum von dem Bestehen eines Rechtsanspruchs abhängig zu machen. Ist auch ein freiwillig gezahlter Arbeitslohn steuerpflichtig, so muß auch für eine freiwillig gezahlte „Entschädigung“ die Steuerermäßigung in Anspruch genommen werden können. Bei der Anwendung der Ermäßigungsvorschrift kann nicht ein Gesichtspunkt herangezogen werden, den das Gesetz bei der grundsätzlichen Frage der Steuerpflicht gerade verworfen hat.

Dies gilt um so mehr, als die Bestimmung des Gesetzes, daß der Arbeitslohn ohne Rücksicht auf Rechtsansprüche steuerpflichtig ist, keine die Einkunftsart „Arbeitslohn“ betreffende Sonderregelung, sondern den Ausdruck eines viel weiter reichenden, das gesamte Einkommensteuerrecht beherrschenden Gedankens darstellt. Nirgends im ganzen EinkStG. kommt es darauf an, ob die Leistung auf Grund eines Rechtsanspruchs erfolgt ist. Nach § 5 Abs. 2 EinkStG. wird die Besteuerung nicht dadurch ausgeschlossen, daß ein Verhalten, das den steuerpflichtigen Tatbestand erfüllt oder einen Teil des steuerpflichtigen Tatbestandes bildet, gegen ein gesetzliches

Gebot oder Verbot oder gegen die guten Sitten verstößt, und nach Abs. 4 schließt auch die Anfechtbarkeit eines Rechtsgeschäfts die Steuerpflicht solange nicht aus, als nicht die Anfechtung mit Erfolg durchgeführt ist. Daher sind auch Einkünfte aus unsittlicher oder verbotener Tätigkeit steuerpflichtig (Blü mich a. a. D. S. 30). Man braucht aber nicht einmal an nützliche oder anfechtbare Rechtsgeschäfte zu denken. Wieviel wird im Geschäftsleben geleistet, wo sich bei genauer Prüfung herausstellen würde, daß eine Verpflichtung hierzu nicht bestand! Welcher Kaufmann hätte nicht schon, um einen Kunden nicht zu verlieren, mehr getan, als er nach der Bestellung hätte tun müssen! Sollte dann bei dem Empfänger der Leistung — angenommen, daß dieser selbst auch Gewerbetreibender sei — etwa kein Einkommen aus Gewerbebetrieb vorliegen? Sonst könnte ein Gewerbetreibender etwa folgendes geltend machen: Auf einen Betrag, den er im Rahmen seines Gewerbebetriebes eingenommen habe, habe er keinen Rechtsanspruch gehabt; der Betrag sei daher nicht einkommensteuerpflichtig. Da dem Leistenden andererseits die Absicht unentgeltlicher Zuwendung gefehlt habe — er habe sich offenbar zur Leistung für verpflichtet gehalten —, sei sie auch nicht schenkungssteuerpflichtig. Liege aber dennoch Schenkungssteuerpflicht vor, so bliebe die Zahlung doch unterhalb der Freigrenze, so daß keine Steuer zu zahlen sei. — Daß eine solche Begründung unhaltbar ist, versteht sich von selbst. Genau so liegt es bei Einkünften aus Vermietung und Verpachtung, aus selbständiger Arbeit und bei den anderen Einkommensarten.

Schließlich sei auf § 22 EinkStG. verwiesen, wonach u. a. „Zuschüsse und sonstige Vorteile, die als wiederkehrende Bezüge gewährt werden“ steuerpflichtig sind. Das EinkStG. 1925 hatte hier noch einen Hinweis darauf enthalten, daß auch diejenigen Bezüge, auf die ein klagbarer Anspruch nicht besteht, der Steuer unterliegen. Diesen Hinweis hat das EinkStG. 1934, wie die Begründung bemerkt, „als selbstverständlich“ nicht mehr übernommen.

Es handelt sich also bei der Vorschrift des Gesetzes, daß beim Arbeitslohn die Frage „Rechtsanspruch oder nicht“ dahin stehen muß, um einen das gesamte Einkommensteuerrecht beherrschenden Gedanken. Dieser gilt nicht nur für die grundsätzliche Frage, ob ein erhaltener Betrag einkommensteuerpflichtig ist, sondern auch für die Anwendung von Steuerermäßigungs- und Steuerbefreiungsvorschriften. Nach § 3 Ziff. 7 EinkStG. sind steuerfrei: „Entschädigungen wegen Entlassung aus einem Dienstverhältnis auf Grund des ArbDG.“. Diese Bestimmung wird in § 6 Ziff. 5 Lohnst-DurchfW. dahin erläutert, daß auch Entschädigungen, die bei der Entlassung freiwillig gezahlt werden, steuerfrei sind, wenn sie die Grenzen des § 58 ArbDG. nicht überschreiten. Ein Arbeitnehmer, der bei seinem Ausscheiden eine Entschädigung in Höhe eines halben Jahresgehalts erhält, ohne einen Rechtsanspruch darauf zu haben, bleibt also mit diesem Betrage in jedem Falle einkommensteuerfrei. Übersteigt die Entschädigung die für die Steuerfreiheit vorgesehenen Grenzen, so ist sie voll steuerpflichtig; auf sie ist jedoch dann der Sondertarif des § 34 EinkStG. anzuwenden (Blü mich a. a. D. S. 45). Kommt es also für die Anwendung dieser Steuerbefreiungsvorschrift nicht auf das Vorliegen eines Rechtsanspruchs an, so muß dies in Ermangelung einer entgegenstehenden Bestimmung auch für die Anwendung der Ermäßigungs-vorschrift des § 34 gelten. Der Einwand, daß in dem Fall der Steuerbefreiungsvorschrift auf die Einschränkung, daß ein Rechtsanspruch vorliegen müsse, habe verzichtet werden können, weil durch die Einführung der Höchstgrenzen des ArbDG. einem Mißbrauch vorgebeugt sei, während im Fall des § 34 derartige Höchstgrenzen nicht bestünden, greift nicht durch, weil im Fall des § 34 keine Steuerbefreiung eintritt, vielmehr eine — wenn auch ermäßigte — Steuer tatsächlich gezahlt wird. Ein Mißbrauch ist nicht zu befürchten, weil bereits das Eigeninteresse des Arbeitgebers die Zahlung von unbegründet hohen Abfindungen ausschließt. — Aus der angeführten Bemerkung Blü mich's ergibt sich übrigens, daß Blü mich, der bekanntlich seinerzeit Sachbearbeiter für die Einkommensteuer im Reichsfinanzministerium

war, überhaupt nicht auf den Gedanken gekommen ist, die Anwendung des § 34 EinkStG. von dem Vorliegen eines Rechtsanspruchs abhängig zu machen.

II.

Die Nachprüfung der Auswirkungen der Ansicht Rapp's ergibt, daß sie einem der Hauptgrundsätze des Steuerrechts, dem Grundsatz der Gleichmäßigkeit der Besteuerung, widersprechen würde. Angenommen, der langjährige Prokurist einer Aktiengesellschaft wird in deren Vorstand gewählt und erhält einen vierjährigen Vertrag. Ein halbes Jahr nach Inkrafttreten desselben scheidet der Pflichtige — etwa in Folge Wechsels der Aktienmehrheit — aus den Diensten der Gesellschaft gegen eine Abfindung in Höhe von zwei Jahresgehältern aus. Die Abfindung wird ihm gewährt als Entschädigung für die Aufgabe seiner Tätigkeit; sie fällt also unter § 24/34 EinkStG. Die Abfindung ist dann auch nach Rapp nach dem Sondertarif zu versteuern, weil sie innerhalb dessen liegt, worauf der Pflichtige einen Rechtsanspruch hatte. Angenommen nun, der Pflichtige hätte nur einen halbjährigen Vertrag gehabt, trotzdem zahle ihm aber die Gesellschaft, um ihm die Aufrechterhaltung seiner bisherigen Lebensführung noch eine Zeitlang zu ermöglichen, gleichfalls eine Entschädigung in Höhe von zweier Jahresgehältern. Hier müßte nach Rapp für denjenigen Teil der Abfindung, der über das Gehalt des Vertragszeitraums hinausgeht, die Anwendung des ermäßigten Tarifs abgelehnt und die Steuer nach dem vollen Satz erhoben werden. Worin soll in diesen beiden Fällen die sachliche Berechtigung für eine unterschiedliche Behandlung liegen? Verdient nicht im Gegenteil eher derjenige, der sich nicht durch langjährige Verträge sichern konnte, als der wirtschaftlich Schwächere die Steuerermäßigung? In weiten Teilen der Industrie sind auch bei Vorstandsmitgliedern und sonstigen leitenden Angestellten kurzfristige Verträge üblich. Besonders bei den nicht wenigen Gesellschaften, die unter amerikanischem Einfluß stehen, ist der kurzfristige Vertrag die Regel. Trotzdem zahlen oft auch diese Gesellschaften bei unverschuldetem Ausscheiden solcher Angestellten Abfindungen, die so bemessen sind, als wenn der Vertrag für einen längeren Zeitraum bestanden hätte. — Aber man braucht nicht einmal an die Unterschiede in der Vertragsdauer zu denken. Auch wenn langfristige Verträge allgemein üblich wären, führte die Ansicht Rapp's zu Ungleichheiten in der Besteuerung. Angenommen, ein Angestellter mit fünfjährigem Vertrag scheidet nach einem Jahr unter Gewährung einer Entschädigung in Höhe des doppelten Jahresgehalts aus. Hier liegt die Entschädigung noch innerhalb des Betrages, auf den ein Rechtsanspruch vorlag; sie ist also auch nach Rapp nach dem ermäßigten Satz zu versteuern. Nun der gleiche Fall; der Vertrag wird aber nicht schon nach einem Jahr, sondern erst nach vier Jahren, wiederum unter Zubilligung einer Entschädigung in Höhe zweier Jahresgehälter, aufgelöst. Hier würde Rapp nur die Hälfte der Abfindung nach dem ermäßigten Satz versteuern, den Rest dagegen voll, weil der Angestellte auf das zweite Jahresgehalt keinen Anspruch hatte. Wo liegt hier der sachliche Unterschied, der eine so verschiedene Behandlung rechtfertigen könnte?

Noch aus anderen Gründen führt die Ansicht Rapp's zu unhaltbaren Ergebnissen: Nach ihr wären die Finanzbehörden im Streitfall zu einer Entscheidung darüber berufen, ob eine Entschädigung freiwillig oder ob sie auf Grund rechtlicher Verpflichtung gezahlt ist. Urteile der Arbeitsgerichte werden nur ausnahmsweise vorliegen. Dann würde diese wichtige arbeitsrechtliche Frage von Behörden und Gerichten entschieden werden, die infolge ihres gänzlich andersgearteten Aufgabekreises nicht die erforderliche Sachkenntnis und Erfahrung auf dem Gebiet des Arbeitsrechts besitzen können. Ein weiterer Mißstand tritt zutage, wenn man an die Finanzgerichte denkt, in denen auch zwei Laienbeisitzer mitwirken. Während beim ArbG. die Laienbeisitzer je zur Hälfte aus dem Kreis der Arbeitnehmer und der Arbeitgeber gewählt werden, ist die Zugehörigkeit zur Unternehmer- oder Gesellschaftsseite für die Besetzung der Finanzgerichte ohne Belang. Es können also beide Beisitzer ein und derselben Seite an-

gehören. Daß dies nicht einer geordneten Rechtspflege entspricht, liegt auf der Hand. Bekanntlich ist gerade die Frage der Pensionsansprüche, um deren Abgeltung es sich bei der Zahlung von Entschädigungen oft handeln wird, im Fluß. Soll auf diesem wichtigen Gebiet, das für das gesamte Arbeitsrecht von großer Bedeutung ist, jetzt eine Art Nebenrechtspflege durch sachlich hierfür nicht geeignete und unparitätisch besetzte Gerichte eingeführt werden? Damit taucht auch die Gefahr widersprechender Entscheidungen des RZS. und des RArbG. auf. Es gibt ohnehin genügende Gebiete, auf denen auseinandergehende Entscheidungen höchster Gerichte vorliegen, z. B. zwischen RG. und RZS. Soll diese Gefahr jetzt durch Befassung des RZS. mit arbeitsrechtlichen Fragen vergrößert werden?

Man könnte einwenden, daß bei einem Streit zwischen dem Pflchtigen und dem FinA. über die Frage des Rechtsanspruchs auf die Entschädigung eine Entscheidung der Arbeitsgerichte eingeholt werden könnte. Eine solche Handhabung ist aber ohne gesetzliche Vorschrift nicht durchführbar. Da die Steuerfrage erst praktisch werden kann, wenn die Entschädigung bereits gezahlt ist, ist eine Klage auf Leistung nicht möglich. Auch eine Feststellungsklage scheidet aus. Nach der gegenwärtigen Rechtslage können daher die Arbeitsgerichte im vorliegenden Fall nicht eingeschaltet werden. Ich würde aber auch die — erst zu schaffende — Möglichkeit einer gutachtlichen Anhörung des RArbG. — etwa entsprechend der Regelung des § 468 RAbgD. — nicht für glücklich halten, weil dort die Verhältnisse anders liegen. In § 468 RAbgD. ist vorgesehen, daß das Strafgericht, wenn es von der rechtskräftigen Entscheidung des FinA. oder FinGer. über den Steueranspruch abweichen will, ohne daß eine Entscheidung des RZS. vorliegt, dessen Entscheidung trotz Rechtskraft der Steuerveranlagung einzuholen hat. Dort handelt es sich aber um Steuerfragen, also um Fragen des öffentlichen Rechts. Vorliegend steht die privatrechtliche Verpflichtung zur Zahlung der Entschädigung zur Erörterung, über die sich die Parteien im gegenseitigen Einvernehmen geeinigt haben. Sie wollten vielleicht gerade vermeiden, alle Einzelheiten des Für und Wider aufzurollen. Sollen sie durch den Druck der erheblichen Mehrsteuern, die die Anwendung des Normaltarifs mit sich bringen würde, jetzt nachträglich hierzu gezwungen werden?

III.

Die behandelte Frage ist noch unter einem anderen Gesichtspunkt von Belang, und vielleicht liegt gerade hierin ihre wesentliche Bedeutung. Bekanntlich ist der Geldbedarf des Reiches in den letzten Jahren außerordentlich gestiegen. Jeder Einsichtige wird die Maßnahmen, die im Wege der Gesetzgebung oder im Verordnungswege zur Deckung des Finanzbedarfs des Reiches getroffen sind, als notwendig und berechtigt anerkennen. Leider machen sich zuweilen bei den FinA. Versuche bemerkbar, das Steueraufkommen weiterhin durch eine veränderte Auslegung bestehender gesetzlicher Bestimmungen zu erhöhen. Diese Art der Verschärfung der Steuerpflicht wird vom Pflchtigen mit Recht als unbillig empfunden. Er wird, wenn ihm mit klaren Worten gesagt wird, daß z. B. die Abschreibungsfreiheit für kurzlebige Wirtschaftsgüter nicht mehr beibehalten werden kann oder daß die Körperschaftsteuer erhöht werden muß, diese Mehrbelastung tragen im Bewußtsein, daß sie jeden anderen in seiner Lage ebenso trifft. Er wird aber bei einem Gesetz, das erst nach der Machtergreifung erlassen und das seit vier Jahren in einem bestimmten Sinne ausgelegt worden ist, einen plötzlichen Wechsel in der Auslegung, der sich zu seinem Nachteil auswirkt und vom Gesetzgeber offenbar nicht beabsichtigt ist, mit Recht als Unbilligkeit und als Durchbrechung des Grundsatzes der Gleichmäßigkeit der Besteuerung empfinden. Es wäre daher zu wünschen, wenn die Streitfrage baldmöglichst vom RZS. oder vom RArbG. im Sinne der bisherigen, dem Ausbau des EinkStG. allein entsprechenden Auslegung entschieden würde, auch damit auf diese Weise zukünftigen Auslegungsversuchen, mit denen ungerechtfertigte Steuererhöhungen erreicht werden sollen, vorgebeugt wird.

B.

Von Regierungsassessor Dr. Reinhard Rapp, Berlin

Die Ausführungen Havers unter I gipfeln in dem Gedanken, es sei nicht angängig, die Anwendung der Steuerbegünstigung des § 34 EinkStG. von dem Bestehen eines Rechtsanspruches abhängig zu machen, während ein solcher Rechtsanspruch für die Steuerpflicht als solche unerheblich sei. Zur Begründung bezieht sich Haver im wesentlichen auf § 19 Abs. 1 EinkStG.: „Es ist gleichgültig, ob es sich um laufende oder um einmalige Bezüge handelt und ob ein Rechtsanspruch auf sie besteht.“ Haver übersieht bei dieser Argumentation, daß der Gesetzgeber im § 24 Ziff. 1 EinkStG., der im übrigen nur im Hinblick auf § 34 EinkStG. von praktischer Bedeutung ist, den Ausdruck „Entschädigung“ gewählt hat, während er im § 19 a. a. O. nur von „einmaligen Bezügen“ spricht. Der Gesetzgeber unterscheidet also zwischen einmaligen Bezügen und Entschädigungen und stellt damit eindeutig klar, daß nicht jeder einmalige Bezug eine Entschädigung ist, während umgekehrt jede Entschädigung ein einmaliger Bezug ist. Ein einmaliger Bezug ist eben, woran ich trotz der Ausführungen Havers festhalte, nur dann eine Entschädigung i. S. des § 24 Ziff. 1 i. Verb. mit § 34 Abs. 2 Ziff. 3 EinkStG., wenn der Zahlungsempfänger einen Rechtsanspruch auf den einmaligen Bezug hat. Im übrigen ist auch kein Grund ersichtlich, warum nicht die Gewährung einer Steuerbegünstigung an schärfere Voraussetzungen als die Steuerpflicht selbst geknüpft sein soll.

Zu I der Ausführungen Havers sei weiterhin noch darauf hingewiesen, daß auch die „Entschädigungen wegen Entlassung aus einem Dienstverhältnis auf Grund des ArbDG.“ entgegen der Meinung Havers einen Anspruch voraussetzen (vgl. Blümich, „Einkommensteuergesetz“ 1938 § 3 Anm. 9 S. 41). Die hinsichtlich der Jubiläumsgeschenke getroffene Regelung (vgl. Veranlagungsrichtlinien für 1937 CIV 1 g S. 51) widerspricht ebenfalls der Auffassung Havers. Soweit Jubiläumsgeschenke eine bestimmte Grenze überschreiten und daher nicht mehr steuerfrei sind, können sie auf Grund des § 131 AO. (also im Billigkeitswege) nach § 34 EinkStG. versteuert werden. Diese Regelung wäre überflüssig, wenn Havers Ansicht richtig wäre.

Den Ausführungen Havers unter II, wonach der von mir vertretene Standpunkt dem Grundsatz der Gleichmäßigkeit der Besteuerung widersprechen soll, kann ich ebenfalls nicht folgen. Haver meint, derjenige, der sich nicht durch langjährige Verträge sichern könnte, verdiene eher eine Steuerbegünstigung als der wirtschaftlich Stärkere, der einen längeren Vertrag abgeschlossen habe. Der Arbeitgeber wird sich zu einem länger dauernden Vertrag regelmäßig nur dann entschließen, wenn er der Überzeugung ist, daß ihm die Arbeitskraft des Arbeitnehmers für diese Zeit von wirtschaftlicher Bedeutung ist. Der Arbeitnehmer hat damit auf Grund seiner persönlichen Tüchtigkeit Gehaltsansprüche für eine längere Zeit, also in größerem Umfange, erworben als der Arbeitnehmer, dem der Arbeitgeber keinen längeren Vertrag zu bieten Anlaß hatte, und der infolgedessen Gehaltsansprüche in diesem Umfang nicht erworben hat. Es entspricht durchaus dem Grundsatz steuerlicher Gerechtigkeit, wenn der auf Grund seiner persönlichen Tüchtigkeit für längere Zeit verpflichtete Arbeitnehmer auch steuerlich günstiger behandelt wird (vgl. auch die Progression des Tarifs).

Zu den Ausführungen Havers unter III habe ich abschließend folgendes zu bemerken: Auf allen Rechtsgebieten ist ein gelegentlicher Wechsel in der Betrachtungsweise unumgänglich. Dieses gilt für das Steuerrecht ebenso wie für jedes andere Rechtsgebiet. Ein typischer Fall dieser Art ist die Entscheidung des RZS. v. 14. Okt. 1937 (RStBl. 1937, 1225 = JW. 1938, 257 und JW. 1938, 1782).

Die neuen Grundsteuern im Verhältnis zwischen Pächter und Verpächter eines landwirtschaftlichen Betriebes

Von Rechtsanwalt Adolf Schmidt, Dresden

§ 7 Abs. 1 des vom 1. April 1938 ab gültigen GrStG., dessen Einzelheiten hier im übrigen nicht interessieren, bestimmt:

„Schuldner der Grundsteuer ist der Eigentümer“, oder „wenn die Betriebsmittel eines land- und forstwirtschaftlichen Betriebes einem anderen als dem Eigentümer des Grund und Bodens gehören, der Eigentümer des Grund und Bodens für den gesamten Betrieb“.

Neben diesem Grundstückseigentümer haftet nach § 8 als Gesamtschuldner, „wenn die Betriebsmittel oder Gebäude eines landwirtschaftlichen Betriebes einem anderen als dem Eigentümer des Grund und Bodens gehören, der Eigentümer der Betriebsmittel für den auf diese entfallenden Steuerbetrag“.

§ 5 des alten GrStRahmenG. hatte in Abs. 1 Satz 4 eine entsprechende Regelung vorgesehen. Immerhin unterscheiden sich neues GrStG. und altes GrStRahmenG. in zwei Punkten erheblich. § 5 GrStRahmenG. gibt die dem neuen GrStG. nicht mehr bekannte Regelung, daß der Eigentümer als Steuerschuldner für die Grundsteuer „vorbehaltlich abweichender Vereinbarungen mit dem Vertragsgegner berechtigt ist, von dem Eigentümer der Betriebsmittel Ersatz der anteiligen Steuer zu verlangen“. Weiter bestimmt das GrStRahmenG. in § 24, daß der Pächter dem Verpächter gegenüber bis zur Beendigung des laufenden Pachtvertrages denjenigen Bruchteil von der Grundsteuer zu tragen verpflichtet ist, den er nach der bisherigen Regelung von der früheren Grundsteuer oder der entsprechenden Steuer zu tragen gehabt hatte, aber nur dann, wenn der Pächter nach den Regelungen, die vor Erlaß des GrStRahmenG. landes- oder privatrechtlich vorgesehen waren, im Endergebnis die Grundsteuer ganz oder teilweise getragen hatte.

Eine derartige Übergangsvorschrift kennt das neue GrStG. nicht. In § 7 ist, wie bereits ausgeführt, nur bestimmt, daß der Eigentümer eines Grundstücks auch für die Betriebsmittel, die einem anderen gehören (Ziff. 2), die Grundsteuer zu zahlen hat, und in § 8, daß neben dem Grundstückseigentümer für den auf die Betriebsmittel entfallenden Steuerbetrag der Eigentümer der Betriebsmittel haftet.

Dabei steht es der Steuerbehörde frei, ob sie zunächst an den Eigentümer des Grund und Bodens als den Steuerschuldner oder an den Eigentümer der Betriebsmittel (Haftungsschuldner) herangehen will (§ 2 Abs. 2, 3 StAnpG.).

Leider hat sich nun in häufigen Fällen ein recht bedauerlicher und zu Streitigkeiten Anlaß bietender Zustand eingestellt. Erlassen nämlich in der Regel nur ein Grundsteuermaßbescheid und ein Grundsteuerbescheid, und zwar an den Eigentümer des Grund und Bodens. Da der Grundsteuermaßbescheid von dem Einheitswert von 1935 ausgeht (§ 10 GrStG.), wird der Maßbescheid in diesen Fällen regelmäßig erlassen unter Einschließung des sogenannten Pächteranteils.

Ist in Pachtverträgen vereinbart, daß der Pächter und der Verpächter die gesamte Grundsteuer nach einem Bruchteilverhältnis zu tragen haben, so können keine Schwierigkeiten auftauchen. Ganz anders ist aber die Sachlage, wenn im Pachtvertrag vorgesehen ist, daß der Verpächter die Grundsteuer zu zahlen hat. In diesem Falle ist es bisher so gewesen, daß der Verpächter die auf den Grund und Boden gelegte Steuer selbst getragen hat, während der Pächter die auf seine Betriebsmittel entfallende Steuer (Pächteranteil am Einheitswert) selbst bezahlen mußte. Eine vertragliche Regelung dahin, daß der Verpächter auch die Grundsteuer für den Pächteranteil tragen sollte, dürfte wohl kaum je getroffen sein, würde aber dann natürlich auch für die Zukunft Geltung haben. Dieser Fall kann aber bei der Betrachtung ausbleiben.

Hat nun der Verpächter, der allein die Grundsteuer zahlt, und dem jetzt der Grundsteuerbescheid zugestellt wird entsprechend dem gesamten Einheitswert, einschließlich der Pächter-

anteile, die Möglichkeit, den Pächter entsprechend dem Einheitswert für seine Betriebsmittel zur Grundsteuer anteilig heranzuziehen, auch wenn keine Gesetzesstelle es ausdrücklich bestimmt, oder kann er es nicht tun? Die Frage kann nur bejahend beantwortet werden. Dem Verpächter muß es gestattet sein, sich die Grundsteuer, die nicht auf den Grund und Boden entfällt, zurückerstatten zu lassen. Das ergibt sich bereits aus der Gegenüberstellung in §§ 7 u. 8 GrStG. i. Verb. m. § 426 Abs. 1 u. 2 BGB. Das Gesetz selbst will in bestehende vertragliche oder gesetzliche Beziehungen zwischen Pächter und Verpächter oder zwischen Gesamtschuldnern nicht eingreifen, so daß also die bisherige Regelung erhalten bleibt.

Kommt man also schon allein auf Grund dieser Erwägungen zu dem Ergebnis, daß der Pächter weiterhin in Zukunft den auf seine Betriebsmittel entfallenden Anteil der Grundsteuer zahlen muß, so gelangt man weiter zu dem gleichen Ergebnis, wenn man sich den Sinn und Zweck des Gesetzes vergegenwärtigt.

§ 1 Abs. 1 sagt: „Die Gemeinden sind berechtigt, eine Grundsteuer als Gemeindegeldsteuer zu erheben.“ Mit dieser Bestimmung mußte Hand in Hand gehen eine Vereinfachung der gesetzlichen Bestimmungen und ihre Vereinheitlichung, damit die Gesetzesanwendung auch dann zu Zweifeln keinen Anlaß gibt, wenn sie z. B. in ländlichen Gemeinden von Laien und nicht vorgebildeten Beamten erfolgt. Für solche Gemeinden ist es naturgemäß viel einfacher, wenn sie den Grundstückseigentümer zu der gesamten Steuer heranziehen und es ihm überlassen, sich mit seinem Erstattungspflichtigen selbst auseinanderzusetzen. Die Möglichkeit zu solchem Vorgehen für die Gemeinde ergibt sich aus § 8 GrStG. i. Verb. m. § 2 Abs. 2 StAnpG.: Denn zweckmäßig ist ein solches Vorgehen für die Gemeinde. Deshalb ist vielleicht auch in den Grundsteuerrichtlinien Nr. 43 nur wegen der Nutznießer und der Nießbraucher gesagt, daß in der Regel zunächst die Nutznießer oder Nießbraucher statt des Steuerschuldners zur Steuer heranzuziehen sind, da diesen Personen die Einnahmen aus dem Steuergegenstand zustehen und sie ohnehin nach bürgerlichem Recht zur Tragung der Lasten verpflichtet sind. Denn dieser Fall, der für die Nutznießer und Nießbraucher vorgesehen ist, ist nicht so häufig wie der andere Fall der Verpachtung eines Grundstücks, wobei die Betriebsmittel dem Pächter gehören, so daß also ländliche Gemeinden das GrStG. in solchen Fällen kaum anwenden brauchen.

Nur aus Gründen der Erleichterung des Geschäftsbetriebes für die Gemeinden dürfte diese neue Regelung erfolgt sein; an dem Innenverhältnis zwischen Pächter und Verpächter sollte sich durch das Gesetz aber nichts ändern. Keine dahingehende Bestimmung ist getroffen.

Hat nun der Pächter auf Grund der bisherigen Vereinbarungen oder der tatsächlichen Verhältnisse die auf seine Betriebsmittel entfallende Grundsteuer gezahlt, so bleibt es bei dieser Regelung.

Das gegenteilige Ergebnis würde außerordentlich unbillig sein für den Verpächter. Denn wie kommt der Verpächter dazu, eine um den Wert der Betriebsmittel des Pächters erhöhte Grundsteuer zu zahlen, ohne die Möglichkeit zu haben, durch Erhöhung des Pachtpreises einen Ausgleich zu schaffen?

Nicht die Zustellung des Grundsteuerbescheides ist maßgebend für die Frage, wer die Grundsteuer im Verhältnis zwischen Pächter und Verpächter zu tragen hat, sondern nur die Tatsache, wie die Regelung bisher gewesen ist.

Schließlich ist auch die Bestimmung des § 546 BGB. i. Verb. m. § 581 Abs. 2 BGB. noch zur Stützung dieser Ansicht heranzuziehen. Mangels abweichender Vereinbarung hat der Verpächter nur die auf der verpachteten Sache ruhenden Lasten zu tragen. Verpachtet sind aber nur der Grund und Boden, nicht aber die dem Pächter selbst gehörigen Betriebs-

mittel, so daß der Pächter also auch unter Berücksichtigung dieser gesetzlichen Bestimmung die Grundsteuer, die auf seine Betriebsmittel entfällt, selbst zu tragen bzw. dem Verpächter zu erstatten hat.

Die Berechnung der Grundsteuer zwischen Pächter und Verpächter hat entsprechend dem Beteiligungsverhältnis am Einheitswerte zu erfolgen. Beträgt z. B. der Pächteranteil $\frac{1}{4}$ des gesamten Einheitswertes, so hat er auch $\frac{1}{4}$ der gesamten Grundsteuer zu zahlen. Der ermäßigte Satz für die ersten 10 000 RM kommt beiden Parteien dadurch gleichmäßig zugute.

Der Verpächter hat nun zwei Möglichkeiten, um zu er-

reichen, daß der Pächter die auf seine Betriebsmittel entfallende Grundsteuer zahlt:

1. Er kann bei der Steuerbehörde beantragen, eine Teilung der Grundsteuer herbeizuführen, dergestalt, daß auch der Pächter einen Grundsteuerbescheid über seinen Anteil am Einheitswert erhält. Eine Rechtspflicht der Steuerbehörde, das zu tun, besteht nicht. Das ist vielmehr allein in das Ermessen der Steuerbehörde gestellt,
2. der Verpächter kann nach Zahlung der gesamten Grundsteuer durch ihn im Wege der ordentlichen Klage den von ihm für den Pächter bezahlten Teil der Grundsteuer einlagen.

Das Kapitalfälligkeitengesetz

Von Anwaltsassessor Dr. iur. Klaus Lauer, Hamburg

Das Gesetz zur Regelung von Kapitalfälligkeiten gegenüber dem Ausland v. 27. Mai 1937 (RGBl. I, 600)¹⁾ sowie die dazu ergangene Durchf. v. 11. Okt. 1937 (RGBl. 1125) gehören in den Rahmen derjenigen Bestimmungen, die sich mit Erfüllung und Abwicklung der aus dem Geld- und Kapitalverkehr herrührenden Auslandsverbindlichkeiten befassen²⁾. Ein Abschnitt dieses Komplexes ist schon durch das Moratoriumsgesetz v. 9. Juni 1933 (RGBl. I, 349), soweit es sich um den Kapitaldienst, d. h. die Zahlung von Zinsen, Tilgungsbeträgen und sonstigen regelmäßig wiederkehrenden Leistungen handelt, geregelt, dabei aber die Frage offen gelassen worden, wie das Kapital selbst bei Eintritt der Fälligkeit im Hinblick auf die bestehenden Transferschwierigkeiten behandelt werden soll. Diese Lücke ist zu einem Teil durch die — in dem Beschluß des Großen Rats vom 23. Mai 1936 (RGBl. 151, 116 ff.)³⁾ gipfelnde — Rechtsprechung des RG. und durch entsprechende Richtlinien der Reichsstelle für Devisenbewirtschaftung⁴⁾ ausgefüllt worden. Danach kann der deutsche Schuldner — von besonderen Ausnahmefällen abgesehen — das Auslandskapital nur dann auf Sperrkonto zurückzahlen, wenn der ausländische Gläubiger hierzu seine Zustimmung erteilt, und erhält dementsprechend eine Genehmigung zur Rückzahlung auf Sperrkonto (oder Sonderkonto) nur dann, wenn der Gläubiger bereit ist, diese Zahlung an Erfüllungsstatt entgegenzunehmen. Der ausländische Gläubiger ist zur Annahme einer ihm angebotenen Zahlung auf Sperrkonto nicht verpflichtet (§ 242 BGB.) und gerät durch die Zurückweisung einer solchen Zahlung nicht in Annahmeverzug (§§ 293, 294 BGB.). Der Schuldner hat daher auch nicht die Möglichkeit, sich durch Hinterlegung (§§ 372, 378 BGB.) von seiner Verbindlichkeit zu befreien, sondern ist vielmehr, da das Schuldverhältnis „in der Schwebe“ bleibt, gezwungen, das Kapital weiterhin mit dem — vielfach überhöhten — Vertragszinsfuß zu verzinsen.

Wenn durch diese vom RG. aufgestellten Grundsätze auch, soweit sie die Frage der Sperrkontozahlung betreffen, eine zureichende Klärung herbeigeführt worden ist, so ist das Ergebnis doch insofern unbefriedigend, als der Schuldner einerseits an einer Rückzahlung des Kredits, den abzudecken er bereit und in der Lage ist, auf unbestimmte Zeit gehindert wird, andererseits aber verpflichtet ist, eine Zinsquote zu zahlen, die vielfach wirtschaftlich untragbar oder zum min-

desten mit der derzeitigen Lage des innerdeutschen Geldmarktes unvereinbar ist. Diesem Mißstand hilft das Kapitalfälligkeitengesetz — wenigstens für die Zeit nach Eintritt der Fälligkeit — ab, indem es bestimmte Möglichkeiten eröffnet, durch die der Schuldner entweder den Auslandskredit abdecken oder aber die Festsetzung einer angemessenen und wirtschaftlich tragbaren Verzinsung erzielen kann. —

Für die Betrachtung und Anwendung des Kapitalfälligkeitengesetzes, dessen Vorschriften in den folgenden Ausführungen im einzelnen erläutert werden sollen, erscheint es wichtig, zunächst zwei wesentliche Feststellungen voranzuführen:

1. Durch das Gesetz wird die erwähnte Rechtsprechung des RG., soweit sie sich auf die rechtlichen Konsequenzen eines Sperrmarkangebots bezieht, in keiner Weise berührt. Der Gesetzgeber hat vielmehr diese Rechtsprechung als richtig anerkannt und demgemäß in der amtlichen Gesetzesbegründung eindeutig zum Ausdruck gebracht, daß der ausländische Gläubiger nach wie vor grundsätzlich nicht verpflichtet ist, eine Sperrkontozahlung gegen seinen Willen anzunehmen.

2. Das Gesetz kann und soll nur als letztes Mittel des inländischen Schuldners angesehen werden. Primär besteht der Wunsch und die Hoffnung, daß es den Beteiligten gelingen wird, im Wege einer freien Vereinbarung eine Regelung zu treffen, durch die unter verständiger Berücksichtigung der beiderseitigen Belange eine Rückzahlung des Kapitals innerhalb der Grenzen der Devisengesetzgebung ermöglicht oder im Zusammenhang mit einer Prolongation (§ 3) eine Zinsfremdung herbeigeführt wird. Kommt ein solches Abkommen zustande, so sind die im Kapitalfälligkeitengesetz vorgesehenen Maßnahmen naturgemäß ausgeschlossen. Der deutsche Schuldner wird von den ihm durch das Gesetz gegebenen — einschneidenden — Befugnissen erst dann Gebrauch machen, wenn eine gütliche Einigung über die Frage der Rückzahlung bzw. Verzinsung nicht zu erzielen ist.

I. Anwendungsbereich des Gesetzes

Bei der Anwendung des Kapitalfälligkeitengesetzes ist die Frage aufzutreten, ob dieses Gesetz, das dem deutschen Recht angehört, sich nur auf solche Schuldverhältnisse bezieht, die nach deutschem Recht zu beurteilen sind, oder auch auf solche, die nach internationalem Privatrecht einem ausländischen Recht unterstehen. Diese Frage ist zweifellos im letzten Sinne zu beantworten. Das ergibt sich einerseits aus der Tatsache, daß das Kapitalfälligkeitengesetz dem Komplex der aus volkswirtschaftlichen Gründen erlassenen devisenrechtlichen Vorschriften angehört und daher, wenn es sich auch auf die privatrechtlichen Beziehungen der Beteiligten auswirkt, in seinem eigentlichen Wesen öffentliches Recht darstellt⁵⁾. Zum anderen kommt die Erwägung hinzu, daß das Gesetz, wenn man seine Anwendung nur auf die dem deutschen Recht unterstehenden Kreditverträge beschränken wollte, den beabsichtigten Zweck

¹⁾ Vgl. dazu: Amtliche Gesetzesbegründung, DZ. 1937, 834; Bundesrat der Reichsstelle für Devisenbewirtschaftung Nr. 79/37 DST v. 2. Juni 1937 und Nr. 140/37 DST v. 18. Okt. 1937; Pfundtner-Meubert, „Das neue Deutsche Reichsrecht“ II d 13; Flad-Verghoib-Fabricsius, „Das neue Devisenrecht“ A 189 ff.

²⁾ Das Kapitalfälligkeitengesetz und die Durchführungsverordnung finden mit Wirkung ab 30. April 1938 im Lande Österreich sinngemäße Anwendung; vgl. die WD. über die Einführung reichsgesetzlicher Vorschriften über den zwischenstaatlichen Kapitalverkehr im Lande Österreich v. 29. April 1938 (RGBl. I, 428).

³⁾ Vgl. auch RG.: JW. 1936, 1284; RG.: JW. 1936, 2858.

⁴⁾ Ri. II 44; vgl. auch Ri. IV 42 und Ri. IV 45.

⁵⁾ Vgl. RGBl. 156, 160 = JW. 1938, 229² m. Anm. S. 520²⁶.

nicht erreichen würde und seine Geltung daher auf alle im Gesetz erwähnten Zahlungsverbindlichkeiten ausgedehnt werden muß. Es ist somit festzustellen, daß das Kapitalfälligkeitgesetz ausnahmslos auch in den Fällen zur Anwendung kommt, in denen das betr. Schulverhältnis kraft ausdrücklicher Vereinbarung oder in Ermangelung einer besonderen Vereinbarung nach den Regeln des internationalen Privatrechts einem ausländischen Recht untersteht⁶⁾.

II. Zahlungsverbindlichkeit gegenüber dem Ausland

Die Vorschriften des Kapitalfälligkeitgesetzes greifen gemäß § 1 Abs. 1 nur dann Platz, wenn im Einzelfall eine „Zahlungsverbindlichkeit gegenüber dem Ausland“ besteht. Voraussetzung ist also, daß Schuldner der Kreditforderung ein Inländer, Gläubiger ein Ausländer ist. Für den Begriff des Inländers und des Ausländers ist § 6 Abs. 6 DevG maßgebend (Art. 1 DurchfW.D.), d. h. Ausländer sind Personen, die im Ausland, Inländer sind Personen, die im Inland ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt, Sitz oder Ort der Leitung haben. — Um in der Praxis aufgetretene Mißverständnisse zu beseitigen, ist durch Art. 1 DurchfW.D. festgestellt worden, daß eine „Zahlungsverbindlichkeit gegenüber dem Ausland“ nicht schon dadurch entsteht, daß eine gegen einen Inländer gerichtete Forderung eines Inländers an einen Ausländer verpfändet wird. Denn die Verpfändung hat lediglich zur Folge, daß der Ausländer ein Pfandrecht an der Forderung erlangt; Gläubiger aber bleibt nach wie vor der inländische Forderungsinhaber.

Das Gesetz bezieht sich nach Sinn und Wortlaut (§ 1 Abs. 1) nur auf solche Auslandsforderungen, die aus dem Geld- und Kapitalverkehr⁷⁾ herrühren; Verbindlichkeiten aus dem Waren- und Dienstleistungsverkehr werden also nicht erfasst. — Von der Anwendung des Gesetzes sind ferner auch diejenigen Tatbestände ausgeschlossen, für die bereits Spezialvorschriften bestehen:

1. Das Moratoriumsgesetz v. 9. Juni 1936, das die regelmäßig wiederkehrenden Zahlungen des Zinsens- und Tilgungsdienstes regelt, hat seine volle Geltung behalten und ist von dem neuen Gesetz, das sich nur auf Kapitalforderungen erstreckt, nicht berührt worden (§ 6 Abs. 2).

2. Für kurzfristige Stillhaltecredite verbleibt es bei den Bestimmungen der Kreditabkommen, nach denen die Fälligkeit der Stillhaltegelder grundsätzlich aufgeschoben ist. In Fällen, in denen ausnahmsweise während der Laufzeit der Kreditabkommen eine Kapitalfälligkeit eintritt, werden die für die Erfüllung der Verpflichtungen erforderlichen devisenrechtlichen Genehmigungen von der Reichsbank erteilt⁸⁾.

III. Fälligkeit

Das Kapitalfälligkeitgesetz setzt voraus, daß das betr. Auslandskapital fällig geworden ist. Das bezieht sich sowohl auf die Bestimmungen der §§ 1 und 2, wie auf die des § 3, in dem ausdrücklich von einem „fälligen Betrag“ die Rede ist. Das gleiche gilt naturgemäß auch für den § 5 des Gesetzes und den Art. 5 DurchfW.D. (Weitergabe der Zinsentlastung), da in diesen Vorschriften auf die §§ 1 und 2 bzw. § 3 Bezug genommen wird (Näheres vgl. unter VI). — Solange eine Fälligkeit nicht eingetreten ist, bestimmen sich die zwischen den Parteien bestehenden Beziehungen — insbesondere bezüglich der Zinshöhe — nicht nach dem Kapitalfälligkeitgesetz, sondern nach der bisherigen Rechtslage (§ 6 Abs. 1), wie sie in der eingangs erwähnten Judikatur des RG. dargelegt worden ist. Hinsichtlich solcher Zahlungsverbindlichkeiten, die bereits vor Inkrafttreten des Gesetzes (29. Mai

1937) fällig geworden sind, haben die Wirkungen des Gesetzes mit dem Inkrafttreten eingesezt (§ 8).

Für die Folgen der Fälligkeit ist es grundsätzlich gleichgültig, ob die Fälligkeit durch Kündigung oder Zeitablauf oder sonstige vertraglich vorgesehene Umstände eingetreten ist. Eine Sonderregelung besteht aus verständlichen Billigkeitsgründen nur dann,

1. wenn das Kapital vorzeitig fällig wird, weil der Schuldner seinen Verpflichtungen (z. B. den ihm obliegenden Zinszahlungen) nicht nachgekommen ist, oder
2. wenn der Schuldner die Fälligkeit des Kapitals wider Treu und Glauben herbeigeführt hat.

In diesen Fällen kann der Schuldner die ihm bei Eintritt der Fälligkeit durch das Kapitalfälligkeitgesetz eingeräumten Vergünstigungen nicht für sich in Anspruch nehmen, sondern muß, falls nicht auf Verlangen des ausländischen Gläubigers eine Rückzahlung auf Sperrkonto erfolgt, weiterhin den bisherigen Vertragszinsfuß zahlen (§ 4 Abs. 1). — Während sich der erstgenannte Ausnahmetatbestand im Einzelfall regelmäßig ohne erhebliche Schwierigkeiten ermitteln läßt, wird die für die zweite Ausnahme entscheidende Feststellung, ob seitens des Schuldners ein Verstoß gegen Treu und Glauben vorliegt, in der Praxis oftmals nicht leicht sein. Da es jeweils auf die konkreten Umstände des Tatbestandes ankommen wird, lassen sich feste Regeln in dieser Frage nicht aufstellen. Es würde auch nicht gerechtfertigt sein, schlechthin das Prinzip aufzustellen, daß einem Schuldner, der ein ihm zustehendes Kündigungsrecht ausübt und dadurch die Fälligkeit des Kapitals herbeiführt, ein Verstoß gegen Treu und Glauben vorzuwerfen ist⁹⁾.

Vielmehr muß davon ausgegangen werden, daß die Vergünstigungen des Kapitalfälligkeitgesetzes grundsätzlich auch dann eintreten, wenn der Schuldner — sei es vor (§ 8), sei es nach dem Inkrafttreten des Gesetzes — gemäß den vertraglichen Vereinbarungen oder den allgemeinen gesetzlichen Vorschriften (z. B. § 247 BGB.) den Auslandskredit fristgerecht gekündigt und damit fällig gestellt hat. Denn es fehlen jegliche Anhalts- und Gesichtspunkte dafür, daß etwa der Wille des Gesetzgebers dahin gehen könnte, im Falle einer einseitigen Kündigung die vom Gesetz vorgesehenen Fälligkeitfolgen auszuschließen und dadurch die dem Schuldner gesetzlich oder vertraglich gegebenen Kündigungsmöglichkeiten nachteilig zu beeinflussen. Andererseits sind allerdings Tatbestände denkbar, in denen eine vom Schuldner ausgesprochene Kündigung einen Verstoß gegen Treu und Glauben bedeuten würde. Das würde z. B. der Fall sein, wenn der Schuldner entweder nicht gewillt oder wirtschaftlich gar nicht in der Lage ist, bei Eintritt der durch die Kündigung hervorgerufenen Fälligkeit die Kapitalschuld — nach Maßgabe des allgemeinen Devisenrechts bzw. des Kapitalfälligkeitgesetzes — zur Rückzahlung zu bringen, sondern mit der Kündigung lediglich die Absicht verfolgt, zu seinen Gunsten eine Zinskonversion zu erzielen¹⁰⁾. Daß bei einem solchen illoyalen Verhalten der § 4 Abs. 1 anzuwenden ist und daher die gesetzlichen Vergünstigungen nicht eintreten, erscheint insbesondere auch deshalb gerechtfertigt, weil das Ziel des Gesetzgebers doch dahin geht, dem Schuldner gegenüber den bestehenden Transfererschwierigkeiten einen Ausgleich bzw. eine Hilfe zu gewähren; wenn aber im Einzelfall der Wille oder die finanzielle Möglichkeit zur Rückzahlung des Kredites überhaupt fehlt, wird das Transferproblem gar nicht praktisch, so daß folglich auch die Spezialregelung des Kapitalfälligkeitgesetzes nicht zur Anwendung kommen kann. — Von derartigen Sonderfällen abgesehen ist im übrigen aber an dem Grundsatz festzuhalten, daß die für das Eingreifen des Gesetzes erforderliche Fälligkeit des Kredites vom Schuldner naturgemäß auch durch eine Kündigung, sofern eine solche nach Gesetz oder Vertrag möglich ist, herbeigeführt werden kann.

⁶⁾ Ebenso Pfundtner-Reubert a. a. O. S. 3 u. 5.

⁷⁾ Eine Verbindlichkeit aus dem Geld- und Kapitalverkehr liegt z. B. auch dann vor, wenn eine Warenschuld vereinbarungsgemäß in eine Darlehensschuld umgewandelt worden ist (vgl. Flad-Bergholtz-Fabrizius a. a. O. A 193; Pfundtner-Reubert a. a. O. S. 5).

⁸⁾ Vgl. Amtliche Gesetzesbegründung zu § 1.

⁹⁾ Vgl. dazu Pfundtner-Reubert a. a. O. S. 9.

¹⁰⁾ Vgl. RG. 79/37.

IV. Folgen der Kapitalfälligkeit

Das Gesetz erstreckt die in den §§ 1 und 2 geregelten Folgen der Kapitalfälligkeit nur auf solche Tatbestände, in denen der Schuldner die fällige Zahlung nicht leisten kann, „weil die erforderliche devisenrechtliche Genehmigung nicht erteilt wird“. Dadurch sind diejenigen Fälle ausgeschaltet, in denen nach dem Beschluß des Großen Zivilsenats¹¹⁾ ausnahmsweise für den ausländischen Gläubiger nach Treu und Glauben (§ 242 BGB.) die Verpflichtung besteht, die Rückzahlung des Kredites auf Sperrkonto an Erfüllungsstatt anzunehmen¹²⁾. Dem Schuldner wird nämlich, wenn er geltend macht, daß ein solcher Ausnahmefall vorläge, die Genehmigung zur Zahlung auf Sperrkonto ohne die vorherige schriftliche Einverständniserklärung des Gläubigers (Ri. II 44) erteilt, jedoch mit dem Vorbehalt, daß der Gläubiger die Zahlung an Erfüllungsstatt annimmt. Dem Antragsteller ist in diesen Fällen unter Hinweis auf den erwähnten Beschluß des Großen Zivilsenats des RG. anheimzugeben, die Einwilligung des Gläubigers zu der beabsichtigten Rückzahlung nötigenfalls auf gerichtlichem Wege herbeizuführen. In den Genehmigungsbescheid ist die Bedingung aufzunehmen, daß die Devisenbank auf Grund der Genehmigung zur Gutschrift des vom Schuldner zugunsten des ausländischen Gläubigers eingezahlten Betrages nur berechtigt ist (§ 12 DevG.), wenn der Schuldner gleichzeitig mit dem Genehmigungsbescheid die Annahmeerklärung des Gläubigers oder eine rechtskräftige gerichtliche Entscheidung in Urschrift oder beglaubigter Abschrift vorlegt, durch die die Verpflichtung des Gläubigers zur Entgegennahme der Leistung auf Sperrkonto an Erfüllungsstatt ausgesprochen wird. Die Devisenstellen haben nicht zu prüfen, ob nach den vom Schuldner vorgetragenen Umständen eine derartige Verpflichtung des Gläubigers besteht; über diese — zivilrechtliche — Frage entscheiden, sofern sie zwischen den Beteiligten streitig ist, die zuständigen Gerichte (RG. 79/37.). — Bei dem erwähnten Tatbestand bestimmen sich die Zinsverpflichtungen des Schuldners nach den vertraglichen Abmachungen und den allgemeinen Normen des bürgerlichen Rechts; befindet sich der Gläubiger im Annahmeverzug, so sind gemäß § 301 BGB. Zinsen an ihn nicht zu entrichten.

Das Kapitalfälligkeitgesetz greift nur dann ein, wenn der vorbezeichnete Ausnahmefall nicht vorliegt und dem Schuldner die Genehmigung zur Zahlung auf Sperrkonto nicht erteilt wird. Unter diesen Voraussetzungen endet mit dem Eintritt der Fälligkeit die Pflicht des Schuldners, die vertraglich vereinbarten Zinsen zu zahlen (§ 1 Abs. 1)¹³⁾, und es ergeben sich nunmehr folgende Möglichkeiten:

1. Der Gläubiger kann, wie bisher, jederzeit verlangen, daß der fällige Betrag in Reichsmark auf ein Sperrkonto bei einer Devisenbank¹⁴⁾ eingezahlt wird. Durch die Zahlung auf Sperrkonto wird der Schuldner von seiner Verbindlichkeit befreit (§ 1 Abs. 2). — Für die Erteilung der erforderlichen Devisengenehmigung ist die in Ri. II 44 vorgesehene Einverständniserklärung des Gläubigers beizubringen (RG. 79/37.).

Ist der Schuldner vertraglich verpflichtet, in ausländischer Währung zu zahlen, so ist der Schuldbetrag in Reichsmark umzurechnen (§ 2 Abs. 1). Die Umrechnung erfolgt nach Maßgabe des § 1 Abs. 1 Satz 3—5 des Moratoriumsgesetzes, d. h. grundsätzlich dergestalt, daß der amtliche Mittelfurs der ausländischen Währung an der Berliner Börse an dem der Zahlung vorangegangenen Werktag zugrunde gelegt wird.

Wird die vom Gläubiger geforderte Zahlung auf Sperrkonto durchgeführt, so hat der Schuldner gemäß § 1 Abs. 3 vom Zeitpunkt der Fälligkeit bis zum Zahlungstage die Forderung mit 4% oder, wenn die Forderung nach Gesetz oder Vertrag niedriger verzinslich war, zu diesem niedrigeren Zins-

saß¹⁵⁾ zu verzinsen (§ 2 Abs. 2)¹⁷⁾. Solange die Zahlung nicht geleistet ist, ruht die Zinsverpflichtung (§ 1 Abs. 1). — Zu beachten ist jedoch, daß der Gläubiger, wenn der Schuldner nach Fälligkeit mit der Kapitalrückzahlung oder den Zinszahlungen in Verzug¹⁸⁾ gerät, ohne Rücksicht auf die §§ 1 und 2 während der Dauer des Verzuges die ursprünglich vereinbarten Zinsen fordern kann (§ 4 Abs. 2)¹⁹⁾.

2. Ist der Gläubiger mit einer Rückzahlung auf Sperrkonto nicht einverstanden, sondern will er das Schuldverhältnis fortsetzen, so kann er, statt Zahlung auf Sperrkonto zu verlangen, gemäß § 1 Abs. 3 Satz 1 erklären, daß er die fällige Forderung bei dem Schuldner stehen lassen wolle. Der Schuldner ist berechtigt, dem Gläubiger zur Abgabe dieser Erklärung eine mindestens einmonatige Frist, die gegebenenfalls bereits vor Fälligkeit in Gang gebracht werden kann (Art. 2 DurchfW.), zu setzen (§ 1 Abs. 4 Satz 1)²⁰⁾; dabei hat er den Gläubiger darauf hinzuweisen, daß er sich nach erfolglosem Ablauf der Frist durch Zahlung der Schuld auf Sperrkonto befreien könne (§ 1 Abs. 4 Satz 3).

Gibt der Gläubiger eine Erklärung nach § 1 Abs. 3 ab, so ist der Kredit, soweit nicht die Voraussetzungen des § 4 vorliegen, vom Eintritt der Fälligkeit an nach Maßgabe des § 1 Abs. 3 Satz 2, d. h. regelmäßig mit 4%, zu verzinsen²¹⁾. Vom Zeitpunkt der Fälligkeit bis zur Abgabe der Erklärung ruht die Zinsverpflichtung.

Während die Vorschrift des § 1 Abs. 2 (Gläubiger verlangt Rückzahlung auf Sperrkonto) eine, wenigstens bezüglich der Verpflichtung des Schuldners, endgültige Klärung der Rechtsbeziehungen herbeiführt, schafft der § 1 Abs. 3 (Gläubiger erklärt, daß er die Forderung stehen lasse) insofern einen unklaren Zustand, als der Gläubiger ohne Rücksicht auf die von ihm abgegebene Erklärung gemäß § 1 Abs. 2 jederzeit noch verlangen kann, daß das Kapital auf Sperrkonto zurückgezahlt wird. Macht er von dieser Möglichkeit Gebrauch, so ist der Kreditbetrag — mit schuldbefreiender Wirkung — auf ein Sperrkonto bei einer Devisenbank einzuzahlen (vgl. die Ausführungen unter 1) und von der Fälligkeit bis zum Zahlungstage mit 4% zu verzinsen (§ 1 Abs. 2 und 3, § 2).

3. Gibt der Gläubiger bis zum Ablauf der ihm gesetzten Frist keine Erklärung darüber ab, ob er eine Sperrkontozahlung verlangen oder den Kapitalbetrag bei dem Schuldner stehen lassen will, so kann sich der Schuldner von seiner Verpflichtung dadurch befreien, daß er den Betrag für den Gläubiger bei der Konversionskasse für deutsche Auslandsschulden einzahlt (§ 1 Abs. 4 des Gef.; Art. 4 Abs. 1 DurchfW.). Um die erforderliche Genehmigung für die Zahlung an die Konversionskasse zu erhalten, muß der Schuldner glaubhaft machen, daß die bezeichneten Voraussetzungen des § 1 Abs. 4 Satz 2 vorliegen; die in Ri. II 44 vorgesehene Einverständniserklärung des Gläubigers braucht nicht beigebracht zu werden

¹⁵⁾ über den in § 1 Abs. 3 Satz 2 festgelegten Zinssatz hinaus kann ein Verwaltungskostenbeitrag nicht verlangt werden (§ 1 Abs. 3 Satz 3).

¹⁶⁾ Der Reichsminister der Justiz und der Reichswirtschaftsminister können den in § 1 Abs. 3 genannten Zinssatz anderweitig festsetzen, wenn sich die Zinsverhältnisse auf dem Geldmarkt ändern (§ 9).

¹⁷⁾ Die Zinsen sind nicht auf Sperrkonto, sondern nach den Bestimmungen des Moratoriumsgesetzes an die Konversionskasse für deutsche Auslandsschulden zu zahlen.

¹⁸⁾ Die Frage des Verzuges ist nach deutschem Recht unter Berücksichtigung der Devisengesetzgebung zu beurteilen; vgl. Pfundtner-Neubert a. a. O. § 9.

¹⁹⁾ Der § 4 Abs. 2 gewährt eine Art gesetzlichen Strafzins, schließt andererseits aber nicht aus, daß der Gläubiger einen etwaigen weitergehenden Verzugschaden (§ 286 BGB.) geltend macht.

²⁰⁾ Ist bei einer Anleihe die Frist einer Vielzahl von Gläubigern zu setzen, die dem Anleiheschuldner ihrer Person nach nicht bekannt sind, so kann die Fristsetzung durch öffentliche Bekanntmachung erfolgen (Art. 3 DurchfW.).

²¹⁾ Ist die Forderung in einer Schuldverschreibung verbrieft, so ist die Genehmigung zur Zahlung der Zinsen davon abhängig zu machen, daß der ausländische Gläubiger die Schuldverschreibung dem Schuldner selbst oder einer von diesem zu bestimmenden inländischen Devisenbank zur Abstempelung vorlegt; vgl. RG. 63/38 DSt v. 14. Juni 1938.

¹¹⁾ RGZ. 151, 116 ff. = JW. 1936, 2449 f.

¹²⁾ Ein solcher Fall wird z. B. dann anzunehmen sein, wenn der Gläubiger den betr. Kredit zu Lasten eines Sperrguthabens (Ri. II 53 Abs. 2a) gewährt hat; vgl. RG. 78/37 und Flad-Bergbold-Fabricius a. a. O. A 190.

¹³⁾ Die Genehmigung zur Zahlung der vertraglichen Zinsen wird dem Schuldner vom Fälligkeitzeitpunkt ab nicht mehr erteilt.

¹⁴⁾ Vgl. § 29 DevG.

(R.E. 79/37; 140/37). Bezüglich der devisenrechtlichen Besonderheiten bei der Rückzahlung von Anleihen sei auf R.E. 140/37 verwiesen.

Bevor der Schuldbetrag an die Konversionskasse entrichtet ist, hat der Gläubiger trotz des Fristablaufs noch die Möglichkeit, gemäß § 1 Abs. 2 von dem Schuldner zu verlangen, daß der Betrag auf Sperrkonto bei einer Devisenbank eingezahlt wird. Sobald der Schuldner aber die Zahlung an die Konversionskasse geleistet hat, tritt insoweit ein Erlöschen des zwischen ihm und dem Gläubiger bestehenden Schuldverhältnisses ein. Der eingezahlte Betrag wird dem Gläubiger gutgeschrieben; die aus der Gutschrift gegen die Konversionskasse bestehenden Ansprüche bestimmen sich nach den in der Satzung der Konversionskasse²²⁾ festgelegten Grundsätzen (Art. 4 Abs. 2 Durchf.WD., § 3 Moratoriumsgesetz).

Der Gläubiger ist jedoch jederzeit berechtigt, das Guthaben auf seinen Antrag von der Konversionskasse auf eine von ihm zu bezeichnende Devisenbank übertragen zu lassen (Art. 4 Abs. 3 Durchf.WD.).

Hat der Schuldner die Zahlung an die Konversionskasse geleistet, so ist der Kreditbetrag — abgesehen von den Ausnahmefällen des § 4 — vom Zeitpunkt der Fälligkeit bis zum Zahlungstage nach Maßgabe des § 1 Abs. 3 zu verzinsen (§ 2 Abs. 2). Solange die Zahlung nicht erfolgt ist, ruht die Zinsverpflichtung (§ 1 Abs. 1). —

Für alle hier unter 1—3 aufgeführten Tatbestände sei der Vollständigkeit halber nochmals darauf hingewiesen, daß bei Zahlungsverbindlichkeiten, die bereits vor Inkrafttreten des Gesetzes fällig geworden sind, an Stelle des für die gesetzlichen Wirkungen entscheidenden Zeitpunktes der Fälligkeit der Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gesetzes (29. Mai 1937) tritt (§ 8). — Es sei ferner bemerkt, daß eine sich aus den §§ 1 und 2 ergebende Zinsentlastung, wenn es sich um einen Hypothekarkredit handelt, nicht der Eintragung ins Grundbuch bedarf, um gegenüber dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs wirksam zu bleiben (§ 7).

V. Stundungsvereinbarung

In § 3 des Gesetzes ist klargestellt, daß die Beteiligten die bestehenden Transferschwierigkeiten auch dadurch regeln können, daß sie eine Vereinbarung über die Stundung des fälligen Kredits treffen. Kommt eine derartige Vereinbarung zustande, so sind die in den §§ 1 und 2 vorgesehenen Maßnahmen naturgemäß ausgeschlossen. — Für den Abschluß einer Stundungsvereinbarung ist, sofern es sich um einen Fremdwährungskredit handelt, immer eine devisenrechtliche Genehmigung erforderlich (§ 9 Abs. 2 DevG., Ri. II 9), die nur dann erteilt wird, wenn die Zins- oder Tilgungsbedingungen nicht zu ungunsten des Schuldners geändert werden und der Zinssatz die jeweils von der Reichsstelle für Devisenbewirtschaftung bzw. dem Reichswirtschaftsminister festgesetzte Höhe nicht übersteigt. Bei Reichsmarkkrediten kann unter den genannten Voraussetzungen die Stundung auch ohne Genehmigung vorgenommen werden (§ 15 DevG., Ri. II 40). Die maßgebende Zinsquote im Sinne dieser Vorschriften ist zur Zeit 4½%, jedoch kann bei einer besonders langfristigen Prolongation eine Genehmigung gegebenenfalls auch für eine höhere Verzinsung erlangt werden (R.E. 79/37).

Eine Stundungsvereinbarung im Sinne des § 3 liegt nach Bedeutung und Wortlaut des Gesetzes (vgl. oben unter III) nur dann vor, wenn die zwischen den Beteiligten über eine Prolongation und Zinsregelung getroffenen Abmachungen sich auf einen fälligen oder demnächst fällig werdenden Kredit beziehen. Ein Prolongations- und Zinsabkommen, das von den Parteien getätigt worden ist, ohne daß dabei der Gesichtspunkt der Fälligkeit und der sich hieraus ergebenden Konsequenzen eine Rolle gespielt hat, steht in keiner Verbindung zu der Sonderregelung des Kapitalfälligkeitgesetzes, sondern ist nach den allgemeinen Rechtsvorschriften zu beurteilen. Der

Reichskommissar für das Kreditwesen²³⁾ hat sich hierüber wie folgt geäußert²⁴⁾: „Allerdings erscheint es mir nach Art. 2 Durchf.WD. nicht erforderlich, Stundungsvereinbarungen nur dann als auf Grund von § 3 abgeschlossen anzusehen, wenn die Fälligkeit bereits eingetreten war, sie können auch eine angemessene Zeit vorher im Hinblick auf die alsbald bevorstehende Fälligkeit geschlossen werden. Jedoch muß dabei der unmittelbare Zusammenhang mit der bevorstehenden Fälligkeit, der auch durch die in Art. 2 Durchf.WD. genannte Frist hervorgehoben wird, gegeben sein. Es kann nicht schon jede Stundungsvereinbarung, die zwischen einem inländischen Schuldner und seinem ausländischen Gläubiger abgeschlossen wird, als auf Grund von § 3 des Ges. v. 27. Mai 1937 zustande gekommen gelten.“ Diese Feststellung hat zwar keine Bedeutung für die rechtliche Wirksamkeit des getroffenen Abkommens; sie ist aber für die Frage entscheidend, nach welchen Grundsätzen die etwaige Verpflichtung zur Weitergabe einer Zinsentlastung zu regeln ist.

VI. Weitergabe der Zinsentlastung

Die Schuldner von Auslandsverbindlichkeiten haben sehr häufig die Gelder, die ihnen durch eine Anleihe, einen Kredit oder durch Begründung von Guthaben aus dem Ausland zugeflossen sind, im Inland an Dritte weitergegeben. Beispiel: Einer inländischen Bank (Erstschuldner) ist von einem ausländischen Geldgeber ein umfangreicher zu 7% verzinslicher Kredit gewährt worden. Die Mittel dieses Kredits hat sie u. a. dazu benutzt, einem inländischen Grundeigentümer (Zweitschuldner) ein Hypothekendarlehen zu gewähren, für das ein Zinssatz von 7¼% vereinbart worden ist.

Ergibt sich nunmehr für den Erstschuldner aus der Anwendung der §§ 1 und 2 Kapitalfälligkeitgesetzes eine Zinsentlastung (vgl. oben IV), so ist ihm durch § 5 Abs. 1 des Ges. die Verpflichtung auferlegt, in dem gleichen Umfang gegenüber dem inländischen Zweitschuldner den Zinssatz zu ermäßigen. Wird also in dem angeführten Beispiel der dem Erstschuldner gewährte Auslandskredit fällig, und tritt infolgedessen bezüglich der Auslandsverbindlichkeit eine Zinsentlastung von 7% auf 4% ein, so ist die dadurch erzielte Zinsentlastung (3%) an den Zweitschuldner weiterzugeben mit der Folge, daß dieser statt der bisherigen 7¼% nur noch 4¾% Zinsen zu zahlen hat. — Die Zinsermäßigung gegenüber dem Zweitschuldner erfolgt nicht automatisch, sondern erfordert eine entsprechende Herabsetzungserklärung des Erstschuldners, zu deren Vornahme dieser allerdings gemäß § 5 Abs. 1 verpflichtet ist. Aus der bezeichneten gesetzlichen Regelung, durch die eine enge Verknüpfung zwischen der Auslandsverbindlichkeit und der Inlandsforderung des Erstschuldners hergestellt wird, ist auch zu folgern, daß dem Erstschuldner gegenüber dem Zweitschuldner die Verpflichtung obliegt, von sich aus alles Erforderliche zu tun (z. B. Fristsetzung nach § 1 Abs. 4), um hinsichtlich der Auslandsverbindlichkeit eine Ermäßigung des Zinssatzes und damit die Vorbedingung für eine Weitergabe der Zinsentlastung eintreten zu lassen. Ob diese Verpflichtung auch so weit geht, daß der Erstschuldner gezwungen ist, die Voraussetzungen für die Anwendung der §§ 1 und 2, d. h. die Fälligkeit der Auslandsverbindlichkeit — durch Kündigung — herbeizuführen, erscheint zweifelhaft. Die Entscheidung dieser Frage, die grundsätzlich zu verneinen sein wird²⁵⁾, hängt von den jeweiligen Umständen des Einzelfalles ab.

Die in § 5 Abs. 1 vorgeschriebene Weitergabe der Zinsentlastung muß naturgemäß auch dann erfolgen, wenn zwischen dem Erstschuldner und seinem Auslandsgläubiger eine Stundungsvereinbarung gemäß § 3 des Ges. getroffen worden ist (Art. 5 Durchf.WD.). Kommt also in dem obigen Beispiel zwischen dem Erstschuldner und dem ausländischen Geldgeber eine Abmachung dergestalt zustande, daß die Auslandsverbindlichkeit von einem bestimmten Zeitpunkt an nur mit

²²⁾ Die im Deutschen Reichsanzeiger veröffentlichte Satzung der Konversionskasse für Deutsche Auslandsschulden ist bei F. Lad-Berg-hold-Fabricius a. a. D. C 21 abgedruckt.

²³⁾ Vgl. § 5 Abs. 2 des Ges., Art. 5 Durchf.WD.

²⁴⁾ Vgl. Bescheid v. 5./30. April 1938, Tgb.-Nr. 11651/38 V.

²⁵⁾ Vgl. Pfundtner-Reubert a. a. D. S. 9.

4½% verzinslich ist und die Rückzahlung bis zum 1. Jan. 1940 prolongiert werden soll, so ergibt sich für den Zweitschuldner daraus einerseits die Konsequenz, daß er eine Ermäßigung des von ihm zu zahlenden Zinssatzes um die eingetretene Zinsentlastung (2½%), d. h. von 7¾% auf 5¼% beanspruchen kann. Zum anderen muß er aber, wenn es der Erstschuldner verlangt, auch sein Einverständnis dazu geben, daß die Fälligkeit seines Hypothekendarlehens ebenfalls bis zum 1. Jan. 1940 prolongiert und demnach eine Rückzahlung bis zu dem genannten Zeitpunkt ausgeschlossen wird. Diese Folgerung ergibt sich sowohl aus Billigkeitserwägungen wie auch aus dem Zweck der gesetzlichen Regelung. Das Ziel des Gesetzgebers wird zweifelsohne nicht dahin gehen, daß dem Zweitschuldner die vom Erstschuldner herbeigeführte Zinsersparnis schlechthin und ohne Rücksicht auf etwaige mit ihr zusammenhängenden Rechtsfolgen zugute kommen soll; der Sinn der diesbezüglichen Vorschriften ist vielmehr so aufzufassen, daß der Erstschuldner die Zinsentlastung naturgemäß nur in dem Maße weitergeben kann und soll, wie er sie selbst erhalten hat, d. h. mit allen denjenigen Einschränkungen und Vertragsklauseln, die auch ihm von seiten des ausländischen Gläubigers auferlegt sind. Er kann demgemäß, wenn ihm eine Zinsermäßigung im Zusammenhang mit einer Prolongation gewährt worden ist, zu einer Weitergabe der Zinsentlastung auch nur mit der Maßgabe verpflichtet sein, daß der Zweitschuldner bezüglich seiner Darlehensschuld ebenfalls einer entsprechenden Prolongation zustimmt. Denn es kann billigerweise von ihm weder verlangt werden, daß er lediglich die sich aus dem Prolongationsabkommen ergebenden Vergünstigungen weiterzugeben, die damit verbundenen Einschränkungen aber selbst zu tragen hat, noch kann ihm zugemutet werden, daß ihm gegebenenfalls die Rückzahlung seiner inländischen Darlehensforderung gegen seinen Willen aufgenötigt wird, während er seinerseits mit Rücksicht auf die getätigte Stundungsvereinbarung zu einer Abdeckung seiner Auslandsverpflichtung nicht in der Lage ist. — Die rechtliche Situation liegt folglich so, daß der Erstschuldner die Zinsentlastung nur dann weiterzugeben braucht, wenn der Zweitschuldner zu der mit ihr verbundenen Prolongation oder etwaigen anderen Einschränkungen sein Einverständnis erklärt. Verweigert der Zweitschuldner seine Zustimmung, so hat er keinen Anspruch auf Zinsermäßigung und muß daher den bisherigen Zinssatz weiter zahlen.

Ob und in welchem Umfang eine nach den §§ 1 und 2 bzw. auf Grund einer Stundungsvereinbarung nach § 3 eingetretene Zinsentlastung weiterzugeben ist, entscheidet im Streitfalle grundsätzlich das ordentliche Gericht. In Fällen jedoch, in denen der Schuldner der Auslandsverbindlichkeit eine Bank oder eine öffentliche Körperschaft ist, ist gemäß § 5 Abs. 2 diese Entscheidung aus technischen Gründen²⁶⁾ unter Ausschluß des Rechtsweges dem Reichskommissar für das Kreditwesen (bei Banken) bzw. der Aufsichtsbehörde (bei öffentlichen Körperschaften) übertragen worden. Die Entscheidungen des Reichskommissars für das Kreditwesen sowie diejenigen der Aufsichtsbehörde sind für Gerichte und Verwaltungsbehörden bindend. —

Die in § 5 Abs. 1 und 2 getroffene Regelung hat naturgemäß nur dann Geltung, wenn eine Zinsentlastung nach den §§ 1 und 2 bzw. auf Grund einer Stundungsvereinbarung nach § 3 des Ges. (Art. 5 DurchsW.) eingetreten ist. Sie bezieht sich daher insbesondere nicht auf solche Fälle, in denen eine Zinsermäßigung auf Grund eines Abkommens stattfindet, das ohne unmittelbaren Zusammenhang mit einer eingetretenen oder bevorstehenden Fälligkeit getätigt ist und daher von der Sonderregelung des Kapitalfälligkeitgesetzes nicht erfaßt wird (vgl. oben unter V). In derartigen Fällen ist die Frage der Weitergabe der Zinsentlastung niemals vom Reichskommissar für das Kreditwesen bzw. der Aufsichtsbehörde (§ 5 Abs. 2), sondern ausschließlich von den ordentlichen Gerichten zu entscheiden. Ob und inwieweit der Erstschuldner zu einer Weitergabe verpflichtet ist, ist nicht nach § 5 Abs. 1, sondern

nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu beurteilen und hängt demgemäß von den jeweiligen Umständen des Einzelfalles, insbesondere von dem Inhalt der zwischen dem Erst- und Zweitschuldner bestehenden Vertragsbeziehungen (§ 242 BGB.) ab.

Es sei noch bemerkt, daß gemäß § 5 Abs. 3 für solche Hypotheken und Grundschulden, die der Zinsgesetzgebung für den landwirtschaftlichen Auslandskredit unterliegen, eine Sonderregelung vorbehalten worden ist. Es handelt sich hierbei um die Deckungswerte einer Reihe von Auslandsanleihen, die von der Deutschen Rentenbank-Kreditanstalt und anderen Kreditanstalten zu landwirtschaftlichen Zwecken aufgenommen worden sind. Für sie gelten die besonderen Bestimmungen des Gesetzes über die Zins erleichterung für den landwirtschaftlichen Auslandskredit v. 20. Juli 1933 (RGBl. I, 524) und der WD. v. 30. Sept. 1936 (RGBl. I, 859) und v. 22. März 1937 (RGBl. I, 425)²⁷⁾.

VII. Verhältnis zu anderen Gesetzen

Das Verhältnis des Kapitalfälligkeitgesetzes zu den bisherigen Bestimmungen über die Rückzahlung und Verzinsung der hier in Betracht kommenden Verbindlichkeiten basiert auf dem Grundsatz, daß das Gesetz einerseits keine rückwirkende Kraft hat (§ 6 Abs. 1; vgl. auch § 8), zum anderen aber mit dem Zeitpunkt seines Inkrafttretens ausschließliche Geltung besitzt (§ 6 Abs. 2 Satz 1). Bis zu diesem Zeitpunkt hat der Schuldner also in aller Regel den vertraglich vereinbarten Zinssatz zu zahlen und ist gegebenenfalls nur dann von seiner Verzinsungspflicht befreit, wenn ein Tatbestand vorliegt, in dem der Auslandsgläubiger nach der Rechtsprechung des RG. (vgl. oben unter IV) ausnahmsweise zur Annahme einer ihm angebotenen Rückzahlung auf Sperrkonto verpflichtet gewesen wäre und durch seine Weigerung in Annahmeverzug geraten ist (§ 301 BGB.).

Fällt eine vom Kapitalfälligkeitgesetz erfaßte Forderung unter das Zinssenkungsgesetz v. 2. Juli 1936²⁸⁾, so wird die Geltung der nach diesem Gesetz vorgenommenen Zinsfestsetzung mit dem Zeitpunkt beendet, in dem die Wirkungen des Kapitalfälligkeitgesetzes, sei es auf Grund der Vorschriften der §§ 1 und 2 oder des § 3, sei es auf Grund einer Weitergabeverpflichtung nach § 5, Art. 5 DurchsW. (vgl. das unter VI aufgeführte Beispiel), einsetzen. In diesem Zeitpunkt tritt die nach dem Zinssenkungsgesetz getroffene Zinsregelung — auch wenn sie durch Richterspruch erfolgt ist — automatisch außer Kraft und wird nunmehr durch die Verzinsungsbestimmungen des Kapitalfälligkeitgesetzes ersetzt.

Nach § 6 Abs. 2 Satz 2 und 3 sind von der ausschließlichen Geltung des Kapitalfälligkeitgesetzes die Vorschriften des bereits oben (unter II) erwähnten Moratoriumsgesetzes v. 9. Juni 1933, dessen Wirksamkeit unberührt bleibt, sowie diejenigen Tatbestände ausgenommen, in denen der Auslandsgläubiger auf Grund vertraglicher Vereinbarungen oder gesetzlicher Bestimmungen in weiterem Umfang als nach § 1 zur Annahme einer Sperrkontozahlung verpflichtet ist. Davon werden insbesondere die Fälle betroffen, in denen nach der schon mehrfach zitierten Judikatur des RG. der Gläubiger ausnahmsweise nach Treu und Glauben (§ 242 BGB.) verpflichtet ist, die ihm angebotene Sperrkontozahlung an Erfüllungstatt anzunehmen. Eine Anwendung des Gesetzes wäre unter diesen Umständen deshalb sinnwidrig, weil dann dem Schuldner die weitergehenden Rechte, die sich aus der für ihn günstigen Sonderlage ergeben, genommen würden²⁹⁾. Das Ziel des Kapitalfälligkeitgesetzes geht aber nicht etwa dahin, die rechtliche Situation des deutschen Schuldners einzuengen, sondern dahin, die Rückzahlungsmöglichkeiten zu erweitern, damit auf diese Weise die deutsche Auslandsverschuldung entlastet werden kann. —

²⁷⁾ Vgl. Amtliche Gesetzesbegründung zu § 5.

²⁸⁾ Das Zinssenkungsgesetz findet in einer großen Zahl von Fällen deshalb keine Anwendung, weil die hier fraglichen Forderungen häufig „zur Deckung von im Ausland aufgenommenen Anleihen dienen“ (§ 3 Abs. 1 Ziff. 2 dieses Ges.); vgl. dazu Lauer: *WB.* 1938, 718 ff.

²⁹⁾ Vgl. Amtliche Gesetzesbegründung zu § 6.

²⁶⁾ Vgl. darüber: Amtliche Gesetzesbegründung zu § 5.

Die Beordnung von auswärtigen Armenanwälten in Patentstreitsachen

I.

Von Amtsgerichtsrat Dr. Kleeff, Düsseldorf

Die Patentstreitsachen hat der Reichsminister der Justiz auf Grund der in § 51 Abs. 2 PatG. erteilten Ermächtigung durch die WD. v. 10. Sept. 1936 (RGBl. II, 299) den LG. Berlin, Düsseldorf, Frankfurt (Main), Hamburg, Leipzig und Nürnberg-Fürth zugewiesen; welche Bezirke diesen Landgerichten zugeteilt sind, ist aus der WD. ersichtlich. Um den aus dieser Regelung für einen Teil der Parteien erwachsenden Nachteil, daß das zuständige Gericht entfernter als bisher liegt, zu mildern und um die Rechtsanwälte, die nicht bei den ausgewählten Gerichten zugelassen sind, von den Patentstreitigkeiten nicht auszuschließen, ist durch § 51 Abs. 3 PatG. bestimmt worden, daß die Vertretung vor den Gerichten für Patentstreitsachen auch von den Rechtsanwälten ausgeführt werden kann, die bei den Landgerichten oder Oberlandesgerichten zugelassen sind, die ohne die getroffene Ausnahmeregelung für den Prozeß zuständig waren (Begr. des PatG.). Damit ist die im § 15 RW. ausgesprochene örtliche Beschränkung der Zulassung durchbrochen und eine Doppelzulassung eingeführt worden (Benkard, § 51 PatG. Anm. 3); denn die vorbezeichneten Anwälte sind nunmehr bei den Landgerichten und Oberlandesgerichten, denen die Entscheidung in Patentstreitsachen übertragen ist, zugelassen, wenn auch beschränkt. Wenn im Abs. 4 des § 51 PatG. von einem beim Prozeßgericht nicht zugelassenen Rechtsanwalt gesprochen wird, so ist damit, wie Benkard a. a. O. zutreffend ausführt, ein bei dem Prozeßgericht nicht allgemein zugelassener Rechtsanwalt, also ein nur in Patentstreitsachen zugelassener Rechtsanwalt gemeint. Allerdings gilt diese Zulassung nicht schlechthin für Patentstreitsachen, sondern nur für die Patentstreitsachen, in denen die Klage bzw. die Berufung ohne die WD. v. 10. Sept. 1936 vor das Landgericht bzw. das Oberlandesgericht gehören würde, bei dem der Rechtsanwalt allgemein zugelassen ist; maßgebend ist mithin die örtliche Zuständigkeit, die sich ohne Berücksichtigung der vorgenannten WD. aus den jeweiligen Klagebehauptungen ergibt (Klauer-Möhrling, § 51 PatG. Anm. 4). Ist hiernach ein Rechtsanwalt befugt, eine Partei in einer Patentstreitsache vor einem Landgericht oder Oberlandesgericht, vor dem er nicht allgemein zugelassen ist, zu vertreten, so gehört er zu dem Kreis der in dieser Streitsache zugelassenen Rechtsanwälte. Das hat zur Folge, daß er seiner Partei, wenn sie arm ist, im Armenrechte beigeordnet werden kann. Somit ist es auch der armen Partei möglich, einen Patentstreit durch den an ihrem Wohnsitz oder in dessen Nähe wohnhaften Anwalt ihres Vertrauens führen zu lassen.

Ist die Beordnung eines Rechtsanwalts aus einem anderen Landgerichtsbezirk oder einem anderen Oberlandesgerichtsbezirk erfolgt, so erhebt sich die Frage, ob dem Anwalt die Kosten seiner Reisen zu den Terminen vor dem Prozeßgericht aus der Reichskasse zu ersetzen sind. Diese Frage ist zu bejahen. Der Erfaß der Reisekosten in Armensachen ist im § 1 Abs. 3 ArmAnwG. besonders geregelt worden. Nach dieser Bestimmung werden die Reisekosten nicht vergütet, wenn die betreffende Reise nicht erforderlich war. Die Reisen des Prozeßbevollmächtigten zur Wahrnehmung der Verhandlungstermine und der Beweistermine vor dem Prozeßgericht sind, wie keiner Begründung bedarf, notwendig und daher dem Rechtsanwalt aus einem anderen Landgerichts- oder Oberlandesgerichtsbezirk aus der Reichskasse zu erstatten. Die Vorschrift des § 51 Abs. 4 PatG., daß die Mehrkosten, die einer Partei dadurch erwachsen, daß sie sich gemäß Abs. 3 durch einen nicht beim Prozeßgericht zugelassenen Rechtsanwalt — genauer durch einen nicht allgemein beim Prozeßgericht zugelassenen Rechtsanwalt — vertreten läßt, nicht zu erstatten sind, hat an der Bestimmung des § 1 Abs. 3 ArmAnwG. nichts geändert. Denn § 51 Abs. 4 PatG. regelt nur die Erstattungspflicht der unterlegenen Partei gegenüber der Gegenpartei und ist mithin nur eine Ergänzung der Vorschriften der ZPO.

über die Prozeßkosten (§§ 91 ff.), er gilt aber nicht für das Verhältnis zwischen Armenanwalt und Reichskasse. Auch eine entsprechende Anwendung des § 51 Abs. 4 PatG. auf die Erstattung der Armenanwaltsgebühren erscheint nicht angängig, da die Erstattungspflicht des Reiches gegenüber dem Armenanwalt nach anderen Gesichtspunkten zu beurteilen ist als die Erstattungspflicht der Parteien untereinander und da auch das geltende Recht die Regelung des Erfaßes der Armenanwaltsgebühren aus der Reichskasse von der Frage der Erstattung der Prozeßkosten durch die kostenpflichtige Partei streng scheidet. Daß die Reichskasse, wenn sie die Reisekosten auswärtiger Anwälte vergütet, durch den im § 51 Abs. 4 PatG. bestimmten Ausschluß der Erstattungsfähigkeit der Mehrkosten einen erheblichen Ausfall erleiden wird, steht nicht zu erwarten. Allerdings kann in Höhe der im § 51 Abs. 4 PatG. bezeichneten Mehrkosten ein Erstattungsanspruch gegen den ersatzpflichtigen Gegner nicht entstehen und deshalb auch nicht gemäß § 5 ArmAnwG. auf die Reichskasse übergehen. Aber derartige Mehrkosten werden in den meisten Patentstreitsachen insoweit nicht festzustellen sein, als sonst Kosten durch die Tätigkeit eines Verkehrsanwalts entstanden wären, also in Höhe der Verkehrs- (Korrespondenz-) Gebühr (Klauer-Möhrling, § 51 PatG. Anm. 5b). Bedient sich nämlich die in einem anderen Landgerichts- oder Oberlandesgerichtsbezirk wohnhafte Partei in einer Patentstreitsache zur Unterrichtung des am Sitz des Prozeßgerichts wohnenden Prozeßbevollmächtigten eines Anwalts ihres Wohnorts als Verkehrsanwalts, so werden zumeist die Kosten des Verkehrsanwalts als zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig anzusehen und deshalb nach § 91 ZPO. erstattungsfähig sein. Infolgedessen werden trotz der Vorschrift des § 51 Abs. 4 PatG. in den meisten Fällen die Reisekosten des auswärtigen Anwalts bis zur Höhe der Verkehrsgebühr von der ersatzpflichtigen Gegenpartei zu erstatten sein, so daß auch die Reichskasse bei Vergütung der Reisekosten an den Anwalt den Erstattungsanspruch gegen den erstattungspflichtigen Gegner in gleicher Höhe erwirbt. Sollte sich gleichwohl die Belastung der Reichskasse durch die Anwendung des § 1 Abs. 3 ArmAnwG. auf die erwähnten Reisekosten als nicht tragbar erweisen, so wird es Sache des Gesetzgebers sein, die notwendige Einschränkung anzuordnen. Solange aber eine solche Änderung des ArmAnwG. nicht erfolgt ist, sind in Patentstreitsachen dem auswärtigen Armenanwalt die Kosten der Reisen zu den Terminen vor dem Prozeßgericht zu ersetzen. Selbstverständlich werden auch in Patentstreitsachen den beim übergeordneten Landgericht zugelassenen Amtsgerichtsanwälten die Kosten der Reise von ihrem Wohnsitz zum Orte des Landgerichts, bei dem sie allgemein zugelassen sind, gemäß der WD. v. 30. April 1936 (RGBl. I, 406) aus der Reichskasse nicht vergütet.

II.

Von Kammergerichtsrat Dr. Gaedeke, Berlin

Vorstehenden Ausführungen darf unbedenklich beigeopflachtet werden, außer soweit sie die Erstattung der Reisekosten des auswärtigen Armenanwalts aus der Reichskasse betreffen.

Dazu erscheint es zweckmäßig, zunächst den Begriff der „Mehrkosten“ in § 51 Abs. 4 PatG. noch schärfer hervortreten zu lassen. Wenn § 51 Abs. 4 PatG. die Mehrkosten, die einer Partei durch Bestellung eines an sich nicht beim Prozeßgericht zugelassenen Anwalts zum Prozeßbevollmächtigten entstehen, für nicht erstattungsfähig erklärt, so bedeutet diese Beschränkung in der Tat nicht etwa die Versagung der Reisekosten des auswärtigen Anwalts schlechthin. Dieser Fehler ist bei der Auslegung des früheren § 18 Abs. 6, jetzigen § 20 Abs. 5 RW. (der die dem § 51 Abs. 4 PatG. entsprechende Bestimmung für die Simultananwälte enthält) lange Zeit gemacht worden und findet sich auch heute noch weitverbreitet, obwohl die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte heute weitgehend diesen Irrtum einsehend und forrigniert. Denn der Be-

griff der „Mehrkosten“ weist zwangsläufig auf eine vergleichende Berechnung hin, nämlich auf den Unterschiedsbetrag zwischen denjenigen Kosten, die der Partei entstanden wären, wenn sie sich eines am Sitz des Prozeßgerichts wohnhaften Anwalts bedient hätte, und denjenigen Kosten, die ihr durch Betrauung des auswärtigen Anwalts tatsächlich entstanden sind. Nur die Differenz, der — etwaige — Überschuß der in letzterem Falle entstandenen Kosten, naturgemäß bedingt durch die Reisekosten, erfüllt den Begriff „Mehrkosten“. Und nur dieser, vielleicht einen Bruchteil der Reisekosten erreichende, vielleicht im Einzelfalle sogar die gesamten Reisekosten erreichende Kosten teil ist vom unterlegenen Gegner nicht zu erstatten (so z. B. RG. [KostSen.] v. 20. Nov. 1937: JW. 1938, 60 mit eingehender Begründung; OLG. Kiel vom 22. Mai 1937: M. d. RMA. 1937, 163; OLG. Köln vom 22. Okt. 1937: JW. 1937, 3052).

Es ist daher in der Tat auch bei dem auswärtigen Anwalt in Patentstreitsachen in jedem Falle zu prüfen, welche Maßnahmen die Partei bzw. ihr Prozeßbevollmächtigter zweckmäßigerweise hätte ergreifen dürfen, wenn sie einen am Sitz des Prozeßgerichts wohnhaften Anwalt beauftragt hätte. Er gibt sich dabei, daß die Partei selbst mehrfach zur mündlichen Information ihren Anwalt hätte aufsuchen oder daß sie sich sogar der Hilfe eines Verkehrsanwalts hätte bedienen müssen und dürfen, dann sind die dafür in Betracht kommenden Kosten rechnerisch den übrigen erstattungsfähigen Kosten der Partei zuzuzählen und ist ein Mehrkostenbetrag überhaupt nicht vorhanden, wenn statt dessen die Reisekosten hinzugerechnet werden, ohne daß der Gesamtkostenbetrag überschritten wird. Das heißt nichts anderes, als daß in diesem Falle die Reisekosten doch zu erstatten sind.

Nichtig ist nun, daß für das Verhältnis des Armenanwalts zur Reichskasse die Rechtslage nicht ohne weiteres so klar ist. Denn in der Tat finden die Grundsätze über die Kostenersatzung unter den Parteien an sich keine Anwendung auf die Erstattung der Armenanwaltskosten aus der Reichskasse. Doch bedeutet dieser Grundsatz nicht mehr, als daß die Notwendigkeit der vom Armenanwalt ergriffenen Maßnahmen für die Gebührenerstattung nicht zu prüfen ist (RG. [KostSen.] v. 4. Jan. 1936: JW. 1936, 615). Bei den Aussagen dagegen, so also vor allem auch den Reisekosten, hat Erstattung ebenso wie vom unterlegenen Gegner nur zu erfolgen, soweit sie notwendig waren.

Diese Grundsätze besagen nun durchaus nicht, wie Kleeff meint, daß nicht gesetzlich angeordnete Einschränkungen der Erstattungsfähigkeit unter den Parteien ihrem Sinn und ihrer Zweckbestimmung nach nicht auch auf das Verhältnis zwischen Armenanwalt und Reichskasse entsprechend anzuwenden wären. Dies legt vielmehr bis zu einem gewissen Grade schon die von Kleeff erwähnte Wechselbeziehung zwischen Erstattungsfähigkeit und Übergang auf die Reichskasse nahe, zweifellos doch ein gewichtiges Argument. U. a. diese Erwägung hat denn auch die Entscheidung des RG. über die Reisekostenerstattung des Simultanarmenanwalts (v. 8. Juli 1933: JW. 1933, 2345) bedingt, daß solche dem Armenanwalt aus der Reichskasse nicht zu erstatten sind. Denn sonst würde nicht nur der beigeordnete Anwalt dem Wahlanwalt gegenüber besser dastehen, sondern vor allem die Reichskasse zu Auf-

wendungen gezwungen sein, die sie ihrerseits von dem erstattungspflichtigen Gegner trotz § 5 ArmAnwG. niemals wieder erstattet erhielte.

Diese Entscheidung ist wohl gemerkt vor der besonderen Regelung dieser Frage durch die RD. v. 30. April 1936 (RGBl. I, 400) ergangen, die damit also an sich keinen neuen Rechtszustand geschaffen, sondern gleichsam nur Klarstellend ausgesprochen hat, daß die nach § 20 Abs. 5 RD. nicht erstattungsfähigen Mehrkosten auch aus der Reichskasse nicht zu erstatten sind.

Man könnte nun erwarten, daß eine entsprechende Ergänzungsbestimmung nunmehr auch für den auswärtigen Anwalt in Patentstreitsachen erlassen würde. Allein ebensowenig wie beim Simultanarmenanwalt die Einschränkung der Erstattung der Reisekosten aus der Reichskasse erst einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung bedürft hätte, ist dies für § 51 Abs. 4 PatG. der Fall. Denn die Rechtslage ist beide Male die gleiche, folglich trifft das auch für die Anwendung des § 51 Abs. 4 PatG. auf Armenanwälte im Verhältnis zur Reichskasse zu. Das bedeutet, daß auch der an sich solche Beschränkung nicht in sich tragende § 1 Abs. 3 ArmAnwG. für diese Fälle nur mit dieser Einschränkung anzuwenden ist.

Insofern bedarf es also nicht erst irgendwelcher Betrachtung über eine untragbare Zwißbelastung der Reichskasse und gegebenenfalls Abhilfe auf gesetzgeberischem Wege. Vielmehr hat auch jetzt schon der Urkundsbeamte bei Liquidierung von Reisekosten für die Fahrt des auswärtigen Armenanwalts in Patentstreitsachen zu prüfen,

- a) wieweit die Kosten notwendig waren, was sich ja ohne weiteres aus der Zahl der wachzunehmenden Termine ergibt,
- b) wieweit diese Reisekosten sich als Mehrkosten in dem erörterten Sinne darstellen.

Er hat also von sich aus zu prüfen, ob nach der gegebenen Sach- und Rechtslage andernfalls die Partei sich eines Verkehrsanwalts hätte bedienen müssen und dürfen oder statt dessen eigene Informationsreisen zu dem Prozeßbevollmächtigten am Sitz des Prozeßgerichts hätte ausführen müssen. Selbst wenn man sich auf den Standpunkt stellt, daß solche Reisekosten der armen Partei aus der Reichskasse weder vorzuschießen noch zu erstatten sind, die Reichskasse also insofern ohnehin keine Mehrbelastung erfahren hätte, so handelt es sich ja gar nicht um Mehrkosten der Reichskasse, sondern um solche des Rechtsstreits, d. h. um rein rechnerische Faktoren, die festzustellen und gegeneinander zu vergleichen sind. Das bedeutet also im Gegensatz zu der Auffassung von Kleeff, daß die Reichskasse Reisekosten von vornherein nur bis zu der Höhe zu erstatten hat, bis zu welcher sie auch gegen den unterlegenen Gegner einen entsprechenden Ersatzanspruch nach § 5 ArmAnwG. erwirbt.

Für die praktische Handhabung wird es sich empfehlen, daß der liquidierende Armenanwalt gleich diejenigen Kosten mit anführt, die seine Partei dadurch erspart hat, daß sie ihn als auswärtigen Anwalt bestellt hat. So erhält der Urkundsbeamte sogleich diejenigen tatsächlichen Angaben und rechnerischen Daten, die er für die Prüfung der Mehrkostenfrage benötigt. Es werden so zunächst ablehnende Bescheide oder mindestens Rückfragen vermieden und wird der Urkundsbeamte auf die richtige Berechnungsweise hingewiesen.

Sind die Gerichte an die Entscheidungen der Preisüberwachungsstellen in Mietsachen gebunden?

Von Gerichtsassessor Dr. Ewald Krupp, Heidelberg

In meinem Aufsatz „Preisüberwachung bei Mieten“: JW. 1938, 2710 ff. habe ich unter Biff. VI — „Zuständigkeiten und Bindungen der Gerichte an die Entscheidungen der Preisbehörden“ — im letzten Absatz die Auffassung vertreten, die Gerichte seien nicht an die Entscheidungen der Preisüberwachungsstellen gebunden. Diese Auffassung stimmte grundsätzlich mit den wenigen anderen bisher in der Literatur vorliegenden Äußerungen zu diesem Problem über-

ein¹⁾. Im Mitteilungsblatt v. 1. Aug. 1938 (Nr. 13) hat nun der Reichskommissar für die Preisbildung folgende — auszugsweise wiedergegebene — Entscheidung veröffentlicht:

„Nach Biff. 13 des RG. Nr. 184/37 verstößt jede Kündigung gegen die PreisstopRD., durch die sich der Ver-

1) Vgl. SchoII: JW. 1938, 1494; Lampe, „Preisüberwachung und Preisbildung bei Mieten“, Berlin 1938, S. 43 und 78.

mieter mittel- oder unmittelbar einen wirtschaftlichen Vorteil verschaffen will. Dieser Tatbestand ist grundsätzlich bei jeder Kündigung als gegeben anzusehen, zu der der Mieter durch sein eigenes Verhalten keinen Anlaß gegeben hat.

Soweit danach Kündigungen verboten sind, können die Preisüberwachungsstellen und die auf Grund der Ziff. 4 des Organisationserlasses v. 12. Dez. 1936 in Verbindung mit Ziff. 20 des RGE. Nr. 184/37 mit der Preisüberwachung beauftragten unteren Verwaltungsbehörden die Kündigung für unzulässig erklären und dem Vermieter notwendigenfalls unter Androhung einer Ordnungsstrafe jede Handhabung untersagen, die den Mieter zur Räumung veranlassen soll. Die Anordnungen der Preisbehörden sind nach § 6 des Ges. v. 29. Okt. 1936²⁾ für die Gerichte bindend. Eine Räumungsklage, die auf Grund einer für unzulässig erklärten Kündigung erhoben wird, muß also ohne sachliche Prüfung abgelehnt werden.“

Hiernach scheint es auf den ersten Blick so, als seien die Gerichte grundsätzlich an sämtliche „Anordnungen“ und Entscheidungen der Preisbehörden, insbesondere also auch der Preisüberwachungsstellen, gebunden. (Daß die Gerichte an die Entscheidungen der Preisbildungsstellen gebunden sind und sein müssen, ist unstreitig³⁾.) Da eine solche Auffassung aber wohl kaum der Interessenlage und den Erfordernissen der Praxis entsprechen und auch nicht in Übereinstimmung mit den einschlägigen Gesetzesbestimmungen stehen würde, erscheint es angebracht, an die Entscheidung einmal eine grundsätzliche Betrachtung darüber anzuknüpfen, ob und gegebenenfalls inwieweit die Gerichte an die Entscheidungen und Anordnungen der Preisüberwachungsstellen gebunden sind.

Zu diesem Zwecke ist zunächst auf den Unterschied der Begriffe „Entscheidungen“ und „Anordnungen“ hinzuweisen, auf dessen klare Erkenntnis es mir dabei wesentlich anzukommen scheint. Eine „Anordnung“ kann nur in einem positiven, rechtsgestaltenden Eingriff in die Privatrechtssphäre eines oder mehrerer Betroffenen bestehen, unter „Entscheidung“ dagegen kann man bei einer Verwaltungsbehörde jede einen endgültigen Charakter tragende Äußerung (Bescheid, Entscheid, Strafanordnung oder Verfügung sowie auch jede „Anordnung“ im bezeichneten Sinne) einer mit Entscheidungsgewalt ausgestatteten Instanz verstehen. Jedoch ist eine klare Abgrenzung der beiden Begriffe im Preisrecht, besonders im Mietpreisrecht, vom Gesetzgeber bzw. dem von ihm ermächtigten Preiskommissar bisher noch nicht vorgenommen worden.

Hauptrechtsquelle für die zu lösende Frage ist der auch in dem angezogenen Entscheid des Reichskommissars für die Preisbildung erwähnte § 6 Abs. 1 PreisbildungsgG. Dieser lautet:

„Die auf Grund dieses Gesetzes ergehenden Anordnungen sind für die Verwaltungsbehörden und Gerichte bindend.“

Weitere materielle Rechtsquellen sind die §§ 4 und 5 PreisstopWD.

Um aber für das Spezialgebiet des Mietrechts zu einem Ergebnis zu kommen und damit die wirkliche Bedeutung und den Umfang des angezogenen Entscheids erkennen zu können, bedarf es einer genauen Bergewärtigung der vom Reichskommissar für die Preisbildung im Wege der Verwaltungserlasse⁴⁾ herausgegebenen Bestimmungen, in denen gerade die Befugnisse der Preisüberwachungsstellen (in Ausfüllung der als Rahmengesetze anzusehenden PreisstopWD. und PreisbildungsgG.) näher geregelt sind. Dies sind:

a) Ziff. 3 des Organisationserlasses v. 12. Dez. 1936⁵⁾:

„Die Befugnis, bei Zuwiderhandlungen Strafantrag zu stellen, Verhandlungen vor dem Sondergericht zu be-

antragen und Ordnungsstrafen zu verhängen, wird den Preisüberwachungsstellen übertragen...“

b) Aus dem RGE. 184/37 v. 12. Dez. 1937:

AV 2: „Macht ein Mieter geltend, daß eine Kündigung gegen die PreisstopWD. verstoße, kann der Vermieter von der Preisüberwachungsstelle ersucht werden, die Gründe, die ihn zur Kündigung veranlaßt haben, anzugeben und erforderlichenfalls glaubhaft zu machen...“

AVI 1: (Enthält die genauere Regelung der sich schon aus dem Organisationserlaß v. 12. Dez. 1936 und besonders der PreisstopWD. selbst ergebenden Strafbefugnis.)

AVI 2: „Neben oder in besonderen Fällen auch an Stelle der Bestrafung können bei Verletzung der PreisstopWD. den Vermietern besondere Auflagen gemacht werden (§ 5 der WD.). Insbesondere können solche Auflagen bei Nichterfüllung der Verpflichtung zur ordnungsmäßigen Instandhaltung einer Wohnung oder bei Vornahme unzulässiger Kündigungen geboten sein. Im ersten Falle werden ähnliche Anordnungen in Betracht kommen, wie sie § 6 MietG. vorsieht. Im letzteren können dem Vermieter besondere Kündigungsbeschränkungen auferlegt werden...“

AVI 4: „Weiter haben die Preisüberwachungsstellen zu beachten, daß die Entscheidung zivilrechtlicher Fragen, die sich aus der Anwendung der PreisstopWD. ergeben, nicht ihre Sache ist, sondern ausschließlich den ordentlichen Gerichten zusteht. Ich erlaube aber, über auftauchende Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung alsbald mir zu berichten.“

Hiernach haben die Preisüberwachungsstellen also folgende Befugnisse:

- a) Ihnen zur Kenntnis kommende Verletzungen der PreisstopWD. zu prüfen;
- b) Straf- und Verfahrensanträge zu stellen;
- c) Ordnungsstrafen anzudrohen und zu verhängen;
- d) Auflagen zu machen (z. B. Kündigungsbeschränkungen), um vorgekommene Verstöße wieder gutzumachen oder drohende zu verhindern.

Die Fälle zu a und b bieten für die Lösung unseres Problems kaum Schwierigkeiten. Zweifelhaft könnten höchstens die Fälle sein, in denen die Preisüberwachungsstelle einen Anzeigenden oder den sonst Betroffenen bescheidet, sie habe keine Veranlassung zum Eingreifen, da kein Verstoß gegen die PreisstopWD. vorliege, z. B. die Vernachlässigung der Instandsetzungspflicht des Vermieters sei nicht derart, daß durch diese bloße Unterlassung eine Verletzung der Preisvorschriften anzunehmen sei. An eine solche (negative) Entscheidung der Preisüberwachungsstelle wäre das Gericht nicht gebunden. Denn es handelt sich bei derartigen Entscheidungen der Preisüberwachungsstellen zweifellos nicht um „Anordnungen“ i. S. des § 6 PreisbildungsgG. Das Gericht wäre also berechtigt, den Vermieter zur Vornahme der vom Mieter verlangten Instandsetzungsarbeiten zu verurteilen. — Da im Falle b von vornherein nur eine gerichtliche Entscheidung in Frage kommt, kann dort der in Rede stehende Konflikt nicht entstehen.

Im Falle c setzt insbesondere die Verhängung einer Ordnungsstrafe voraus, daß die Preisüberwachungsstelle zuvor geprüft und entschieden hat, daß die Preisvorschriften schuldhaft verletzt sind. Die Prüfung dieser Frage ist also in all diesen Fällen mit Notwendigkeit der Preisüberwachungsstelle überlassen, so daß auf diese Weise leicht der Fall der Entscheidung einer mehr oder weniger ins Zivilrecht gehörenden Frage durch die Preisüberwachungsstelle eintreten kann (trotz RGE. 184/37 Ziff. AVI 4). Gegen die Strafverfügungen der Preisüberwachungsstellen gibt es nun aber bestimmte Rechtsmittel im Verwaltungsweg, wobei — abgesehen von den förmlichen Rechtsmitteln⁶⁾ — der Reichskommissar für die Preisbildung immer die letzte Instanz darstellt. Soweit auf

²⁾ Sog. Preisbildungsgesetz.

³⁾ Vgl. meinen Aufsatz JW. 1938, 2173 Ziff. VI.

⁴⁾ Vgl. über deren rechtliche Bedeutung meinen Aufsatz JW. 1938, 2170 am Anfang mit Anm. 1.

⁵⁾ Abgedruckt bei Lampe S. 90 ff.

⁶⁾ Vgl. meinen Aufsatz JW. 1938, 2173 Ziff. V.

ein solches Rechtsmittel hin eine — bestätigende oder aufhebende — Entscheidung einer Preisbildungsbehörde oder des Reichskommissars selbst ergeht, ist das Gericht zweifellos daran gebunden; soweit dagegen Rechtsmittel nicht eingelegt werden oder nicht oder nicht mehr zulässig sind (z. B. wegen Fristablaufs), oder soweit in letzter Instanz eine Preisüberwachungsstelle entschieden hat, kann m. E. eine Bindung des Gerichts in vollem Umfange nicht angenommen werden. Gegen die Strafe selbst könnte zwar das Gericht sicherlich nichts unternehmen, denn dafür wäre es erstens nicht zuständig, und zweitens handelt es sich bei der Ordnungsstrafverfügung wohl auch um eine „Anordnung“ der Preisbehörde i. S. des § 6 Preisbildungsg. Verordnung“ der Preisbehörde i. S. des § 6 Preisbildungsg. Verordnung“ aber die Ordnungsstrafverfügung auf falscher Beurteilung einer zivilrechtlichen Vorfrage, verläßt sie evtl. sogar gegen Ziff. A VI 4 des R.E. 184/37, so dürfte dem Gericht grundsätzlich die Befugnis nicht abzuspochen sein, diese zivilrechtliche Frage gegebenenfalls anders zu beurteilen und entsprechend darüber zu entscheiden. Jedoch kann das Gericht die offensichtlich nachteiligen zweier im Grunde gegensätzlicher Entscheidungen zweier Reichsbehörden wohl fast immer dadurch vermeiden, daß es die Stellungnahme (Entscheidung) der der Preisüberwachungsstelle übergeordneten Preisbildungsstelle einholt. Deckt sich diese mit der Beurteilung der Preisüberwachungsstelle, so ist nunmehr das Gericht mit Recht gebunden, denn nun hat die für die Entscheidung der Frage, ob die PreisstopVO. verletzt ist oder nicht, berufenste und erfahrenste Stelle gesprochen. (Hierbei ist zu beachten, daß es sich in solchen Fällen wohl selten oder nie um reine Zivilrechts-, sondern meistens um Grenz- oder Mischfragen handelt; denn anderenfalls hätte die Preisüberwachungsstelle vor ihrem Eingreifen die Entscheidung des Gerichts abwarten müssen, oder ihre Entscheidung wäre im Falle der Einlegung eines Rechtsmittels sicher aufgehoben worden.) Hält die Preisbildungsstelle jedoch eine Verletzung der PreisstopVO. nicht für gegeben, so bestehen m. E. keine Bedenken, daß das Gericht z. B. die Klage des Mieters auf Instandsetzung oder Vornahme von Schönheitsreparaturen trotz der bereits erfolgten Bestrafung des Vermieters abweist.

Die am ehesten praktisch werdenden Fälle sind aber die unter d genannten. Mit diesen verhält es sich ähnlich wie mit den Fällen zu c). Auch bei der Anordnung einer Auflage hat die Preisüberwachungsstelle vorher geprüft, ob die PreisstopVO. verletzt ist oder ob eine Verletzung zu befürchten ist. Auch gegen solche Auflagen stehen den Betroffenen, wenn gleich es auch nicht ausdrücklich bestimmt ist, die oben erwähnten Rechtsmittel im Verwaltungswege zu, so daß insoweit das gleiche wie zu den Fällen zu c) Gesagte gilt. Nur ist bei den Fällen unter d der Unterschied, daß die Auflagen der Preisüberwachungsstellen oft schon das enthalten, was das Gericht im Urteil aussprechen oder ablehnen würde. Ist also hier das Gericht anderer Ansicht, so würde es mit einer gegenteiligen Entscheidung die Anordnung der Preisüberwachungsstelle praktisch außer Kraft setzen oder jedenfalls eine erhebliche Unsicherheit hervorrufen. Das darf aber schon im Interesse der Staatsautorität nicht zugelassen werden, selbst wenn einmal ein Einzelfall dadurch eine ungerechte Behandlung erfahren würde. In diesen Fällen muß daher, da anderen-

falls „Anordnungen“ einer Preisbehörde aufgehoben werden würden, das Gericht gebunden sein. Das ergibt sich klar aus § 6 Preisbildungsg. und daraus, daß nun einmal die Preisüberwachungsstellen für die Anordnung solcher Auflagen zuständig sind. Bedenkt man aber, welche vielfachen Sicherheiten das Preisrecht selbst dadurch gibt, daß es die verschiedensten Rechtsmittel im Verwaltungswege zuläßt, so wird man darin kaum einen Nachteil für Gerechtigkeit und Rechtssicherheit erblicken können.

Einen solchen Fall stellt auch die Unzulässigkeitsklärung einer Kündigung durch die Preisüberwachungsstelle dar. Denn eine solche Unzulässigkeitsklärung ist eine Anordnung des gleichen materiellen Inhaltes wie ein Urteil, das die Räumungsklage abweist.

Enthält ausnahmsweise eine Auflage der Preisüberwachungsstelle einmal keine materielle Anordnung, sondern stellt sie nur eine Maßnahme zur Verhinderung einer befürchteten Verletzung der PreisstopVO. dar (z. B. Entziehung der Hausverwaltung), so wird es sich meist um Fragen handeln, die als solche niemals zur gerichtlichen Entscheidung gestellt werden. Gegebenenfalls aber würde das Gericht, wie in den Fällen zu c, an die der Auflage zugrunde liegende Beurteilung einer zivilrechtlichen Vorfrage nicht gebunden sein. Die Anordnung selbst müßte jedoch in jedem Falle unberührt bleiben.

Zusammengefaßt ergibt sich also folgendes Bild:

1. Das Gericht ist an alle negativen Entscheidungen der Preisüberwachungsstelle nicht gebunden.

2. Ebenso ist das Gericht grundsätzlich nicht an die einer Anordnung oder Entscheidung einer Preisüberwachungsstelle zugrunde liegende Beurteilung einer zivilrechtlichen Vorfrage gebunden, es sei denn, daß die Anordnung der Preisüberwachungsstelle in einer Auflage besteht, die gerade den Punkt regelt, den das Gericht entscheiden soll.

3. An alle positiven Anordnungen der Preisüberwachungsstellen dagegen ist das Gericht gebunden, jedoch selbstverständlich nur, solange nicht eine gegenteilige Entscheidung einer übergeordneten Preisbildungsstelle ergangen ist.

Wenn ein Gericht in einem Falle angerufen wird, in dem es hiernach an eine bereits ergangene Entscheidung einer Preisüberwachungsstelle gebunden wäre, so besteht die Möglichkeit, den Rechtsstreit so lange auszusetzen, wie dem durch die Anordnung der Preisüberwachungsstelle Beschwerten noch ein Rechtsmittel im Verwaltungswege zur Seite steht, und auf die Einlegung dieses Rechtsmittels noch keine Entscheidung ergangen ist. Ferner besteht für das Gericht die Möglichkeit, von Amts wegen die Entscheidung der der betreffenden Preisüberwachungsstelle übergeordneten Preisbildungsstelle einzuholen. Hierbei sind aber die von SchoII: JW. 1938, 1494 und in meinem Aufsatz JW. 1938, 2173 f. entwickelten allgemeinen Grundsätze zu beachten.

Aus dem Vorstehenden ergibt sich also, daß die von SchoII und von mir bisher vertretene Ansicht, die Gerichte seien an die Entscheidungen der Preisüberwachungsstellen nicht gebunden, nicht im vollen, sondern nur in dem vorstehend dargestellten Umfange aufrechterhalten werden kann.

Zum Beitragsanspruch der Wirtschaftsgruppen

I. In JW. 1938, 2148 ist ein Urteil des OLG. Jena veröffentlicht, welches sich mit der Frage beschäftigt, ob für die Beitragsansprüche der Organisationen der gewerblichen Wirtschaft, insbesondere also der Wirtschaftsgruppen, der Rechtsweg zulässig sei. Die Frage wird mit Recht bejaht, was auch der allgemeinen Rechtspredung entspricht. Die Begründung gibt jedoch zu Bedenken Anlaß. Das OLG. führt aus: Nach § 5 der DurchfVO. v. 27. Nov. 1934 zum Gesetz über den organischen Aufbau der gewerblichen Wirtschaft (RGBl. 1934, 1194) hätten die Wirtschaftsgruppen die Stellung rechtsfähiger Vereine, deshalb ständen sich die Parteien als gleichberechtigt im Verkehr des Privatrechts gegenüber; man müsse annehmen, daß die Wirtschaftsgruppen im Rechtsverkehr als juristische

Personen des Privatrechts gelten sollten. Ihnen öffentlich-rechtlichen Charakter zu geben, möge auch kein Bedürfnis bestanden haben und bestehen, denn sie seien mit ihren Mitgliedern schon den Anordnungen des Reichswirtschaftsministeriums unterworfen, und andererseits hätten auch ihre Leiter hoheitliche Befugnisse (Führerprinzip). Deshalb habe der Beitragsanspruch keinen öffentlich-rechtlichen Charakter.

II. Eine solche Gleichstellung mit den rechtsfähigen Vereinen des BGB., insbesondere hinsichtlich des Verhältnisses zu den Mitgliedern, wird aber weder den ergangenen Bestimmungen noch der tatsächlichen Bedeutung der Wirtschaftsgruppen und der Organisationen der gewerblichen Wirtschaft überhaupt gerecht. Auf die bestehenden Unterschiede ist schon in früheren Urteilen (so OLG. Berlin v. 22. Okt. 1935, OLG. Riegeln v. 24. Juli 1936: DJ. 1936, 1661) hingewiesen; letzteres Urteil sagt Klipp

und klar, das Rechtsverhältnis zwischen den Wirtschaftsgruppen und ihren Mitgliedern sei ein öffentlich-rechtliches. Und in der Tat ist folgendes zu berücksichtigen:

1. Die Mitgliedschaft bei einem Verein des BGB. wird durch privatrechtliche Willenserklärungen (Beitritt und Aufnahme) begründet, der Austritt ist laut zwingender Vorschrift des § 39 BGB. jederzeit zulässig, höchstens vielleicht satzungs-gemäß von Kündigungsfristen abhängig. Demgegenüber besteht bei den Organisationen der gewerblichen Wirtschaft gesetzliche Zwangsmitgliedschaft, unabhängig vom Willen beider Teile, allein auf Grund der Tatsache, daß eine einschlägige wirtschaftliche Tätigkeit ausgeübt wird (§ 8 DurchfW.D.).

2. Auch in der Gestaltung ihrer inneren Verfassung sind die Wirtschaftsgruppen nicht frei. Der Leiter hat zwar gem. § 12 DurchfW.D. eine Satzung zu erlassen, sie ist aber nur gültig, wenn und insoweit sie mit den Vorschriften der DurchfW.D. übereinstimmt. Insbesondere sind die Aufgaben der Wirtschaftsgruppe gesetzlich und zwingend festgelegt durch die DurchfW.D. und die weiteren Erlasse des RMW. (insbesondere den vorgenannten Reformersatz v. 7. Juli 1936: RNz. Nr. 157 und den Kartellerlaß v. 12. Nov. 1936: RNz. Nr. 265).

3. Die Aufgaben der Wirtschaftsgruppen beschränken sich nicht darauf, die privatrechtlichen Interessen ihrer Mitglieder fördern zu sollen, ebensowenig wie sie von den Wünschen und dem Willen der Mitglieder in ihren Maßnahmen abhängig sind. Vielmehr liegen ihre Aufgaben zum größten und maßgeblichsten Teile nach der Richtung der Förderung des gemeinen Wohles, der Volks- und staatlichen Gesamtheit. Sie sind als Träger staatlicher Aufgaben in die Staatsordnung eingegliedert. So der RMW. in einer bei Franke: JW. 1936, 2593, angeführten Rede, wo es heißt: „Wenn unser neuer Staat die Führung der Wirtschaft beansprucht, so muß er auch ein Organ haben, durch das er diese Führung verwirklicht.“ Deshalb sollen die Wirtschaftsgruppen „die Instrumente zur Durchgabe von Anordnungen an die Wirtschaft und zur geordneten Sammlung von Wünschen der Wirtschaft“ sein, und sie sollen in die „Tagesarbeit der Wirtschaftspolitik eingeschaltet“ sein. Auch bei Danieleszik: JW. 1936, 3514, wird ausgeführt, daß sie einerseits Selbstverwaltungsaufgaben haben, andererseits aber solche, die die staatliche Wirtschaftsführung ihnen stellt, z. B. Mitarbeit beim Vierjahresplan (Bewilligung von Rohstoffkontingenten), Verlagerung der Kartellaufsicht von den staatlichen Stellen auf die Gruppen. Sie sind also, wie es dort heißt, „Sachwalter der Gesamtheit“ und nicht mehr wie früher, „reine Interessensvertretungen“. In Übereinstimmung damit wird z. B. im sogenannten Reformersatz v. 7. Juli 1936 zu II, C, 7 verboten, daß sich marktregelnde oder sonstige Verbände als „Fachschaft“ oder „Gruppe“ bezeichnen, damit nicht der Eindruck erweckt werde, als kämen diesen Verbänden „öffentliche Befugnisse zu“. Der Minister geht also selbst davon aus, daß den Wirtschaftsgruppen solche Befugnisse zustehen.

4. Zur Durchführung dieser Aufgaben ist denn auch den Wirtschaftsgruppen eine hoheitrechtliche Gewalt über ihre Mitglieder gegeben worden. Die Unterscheidung, die das OLG. Jena in dieser Hinsicht dahin machen will, daß nur die „Leiter“ der Gruppen solche Gewalt hätten, ist nicht haltbar. Der Leiter ist von der Wirtschaftsgruppe nicht zu trennen, er ist das, durch die gesetzlich festgelegte Verfassung vorgeschriebene, Organ der Wirtschaftsgruppe, neben dem Geschäftsführer, dem Beirat und u. U. der Mitgliederversammlung, und das Führerprinzip besagt nichts anderes, als daß er in seinen Entschlüssen nicht an Mehrheitsbeschlüsse der Mitglieder gebunden ist. Die Mitglieder haben gem. § 16 Abs. 3 DurchfW.D. seinen Weisungen, die durch den Zweck der Gruppe und durch den Zusammenschluß der gewerblichen Wirtschaft bedingt sind, zu folgen und können durch Ordnungsstrafen hierzu angehalten werden, die im Verwaltungszwangsverfahren beigetrieben werden. Nichtsahnur für die Anordnungen des Leiters und die Führung der Gruppe sind nicht die Wünsche der Mitglieder, sondern die Anschauungen des nationalsozialistischen Staates und die Rücksichtnahme auf die Gesamtinteressen der Wirtschaft und auf das Staatsinteresse.

5. Daß schließlich der RMW. selbst den Beitrag zu den Organisationen der gewerblichen Wirtschaft für eine „öffentliche Last“ hält, folgt aus einem Erlaß an die Reichswirtschaftskammer vom 27. Nov. 1937, wo im Rahmen der Bemühungen zur Stabilisierung des Preis- und Lohnniveaus auf die Notwendigkeit hingewiesen wird, eine Erhöhung der öffentlichen Lasten zu vermeiden. „Zu diesen gehören auch“ (heißt es weiter), „Gebühren, Beiträge und Umlagen der gesamten Organisation der gewerblichen Wirtschaft (Gruppen, Kammern, Reichsinnungsverbände usw.)“. Man wird daher der Beitragsforderung auch das Vorrecht im Konkurs

gemäß § 61 Ziff. 3 KO. gewähren müssen, da der innere Grund für das Vorrecht — Sicherstellung öffentlicher Aufgaben gegenüber privaten Interessen — bei diesen Forderungen genau so vorliegt wie beispielsweise bei den Beiträgen zur Industrie- und Handelskammer, zur Handwerkskammer u. a. m.

III. Angehts dieser Umstände kann die vom OLG. vertretene Auffassung, daß juristische Personen und Mitglieder sich bei den Wirtschaftsgruppen nicht anders gegenübersehen als bei einem eingetragenen Verein des Privatrechts, nicht gebilligt werden. Das Rechtsverhältnis zwischen beiden geht bei den Wirtschaftsgruppen weit über den Charakter eines Privatrechtsverhältnisses hinaus. Überzeugender sind vielmehr für die Zulassung des Rechtsweges für die Beitragsklagen der Wirtschaftsgruppen die Ausführungen des OLG. Berlin in dem schon erwähnten Urteil v. 22. Okt. 1935, die im wesentlichen dahin gehen: Gemäß den (bis heute nicht geänderten) Rechtsgrundsätzen des RG. über die Zulassung des Rechtsweges für öffentlich-rechtliche Ansprüche in RGZ. 92, 313 ff. kommt es darauf an, ob für den Anspruch der Rechtsweg entweder ausdrücklich zugelassen, oder ob eine Verweisung des Anspruchs vor die ordentlichen Gerichte wenigstens aus dem Sinn des Gesetzes bei Berücksichtigung der zur Zeit des Erlasses herrschenden Rechtsauffassung und Rechtsübung zu folgern ist. Letzteres sei der Fall, denn:

1. der Gesetzgeber sei sich der Möglichkeit von Beitragsstreitigkeiten bewußt gewesen.
2. Es sei nicht anzunehmen, daß er die Wirtschaftsgruppen ohne staatlichen Rechtsschutz hinsichtlich dieser Ansprüche habe lassen wollen, besonders auch wegen ihrer wichtigen öffentlichen Aufgaben.
3. Wo er einen verwaltungsrechtlichen Zwang gewollt habe (Ordnungsstrafen), habe er dies ausdrücklich vorgeschrieben.
4. Die herrschende Rechtsauffassung und Rechtsübung zur Zeit des Erlasses des Gesetzes sei davon ausgegangen, daß Organisationen der privaten Wirtschaft (an deren Stelle die neuen Organisationen treten sollten) ihre Mitgliedsbeiträge nur im ordentlichen Rechtsweg einzahlen könnten.
5. Deswegen sei der Wille des Gesetzgebers, auch ohne ausdrücklichen Anspruch, nur dahin auszulegen, daß es hinsichtlich der Beitragsklagen bei dieser Regelung verbleiben solle.

IV. Der Rechtsweg für die Beitragsklagen der Wirtschaftsgruppen ist also in der Tat für zulässig zu erachten, obwohl das Rechtsverhältnis zwischen den Wirtschaftsgruppen und ihren Mitgliedern als ein rein privatrechtliches nicht angesehen werden kann. Andererseits ist es zutreffend, daß der Gesetzgeber davon abgesehen hat, die Wirtschaftsgruppen und ihre selbständigen Fachgruppen usw. als öffentliche Korporationen zu bezeichnen. Wenn er ihnen in § 5 DurchfW.D. die Stellung von rechtsfähigen Vereinen zugewiesen hat, so sollte damit im wesentlichen nur die Rechtsfähigkeit verliehen werden, die privatrechtliche Natur des Rechtsverhältnisses zwischen Wirtschaftsgruppe und Mitgliedern ist daraus aber nicht zu folgern.

RMW. a. D. B o f f, Berlin.

Zur Vereinfachung und Verbilligung der Rechtspflege

Trotz aller Hinweise an die Schuldner in den Zahlungsbefehlen, gegen diese nur dann Widerspruch zu erheben, wenn sie begründete Einwendungen haben, legen viele nach wie vor Widerspruch ein, obwohl sie den Anspruch nicht streitig machen können und auch gar nicht vorhaben, im Termin zum Abschluß eines Stundungs- oder Ratenzahlungsvergleiches mit dem Gläubiger zu erscheinen. Für diesen ist die Wahrnehmung des Termins erträglich, wenn er an seinem Wohnsitzgericht klagen kann. Hart ist es aber für ihn, wenn er den Schuldner an dessen Wohnsitzgericht belangen muß. Geholfen kann dem Gläubiger werden in den Rechtsstreiten bis zu 100 RM Streitwert, zu Unrecht Bagatellsachen genannt. Hier kann im schriftlichen Verfahren entschieden werden. Wird aber in diesem Falle erst wieder dem Schuldner zur Mitteilung seiner Einwendungen eine (meist fruchtlos verstreichende) Frist gesetzt, so vergeht kostbare Zeit; zumal wenn er mit irgendwelchen Einwänden kommt, zu denen der Gläubiger erst gehört werden muß und die sich dann als unbegründet herausstellen. Weiter erwacht dem Richter mit der notwendigen, wenn auch meist formulärmäßigen Begründung des Urteils Arbeit. Durch dieses entstehen Kosten, die Urteilsgebühr. Auch muß das Urteil von der Kanzlei abgeschrieben und dann von Amts wegen zugestellt werden. Alles das läßt sich vermeiden, wenn in diesen Fällen folgender Weg gegangen wird. Auf den Widerspruch hin wird sofort Güdetermin angesetzt. Dem Gläubiger oder seinem Rechtsanwalt wird auf der Ladung mitgeteilt: „Sie brauchen zum

Termin nicht zu erscheinen und in ihm nicht vertreten zu sein, wollen nur für den Fall, daß der Bekl. im Termin nicht erscheint oder den Anspruch anerkennt, sofort noch schriftlich den Erlaß eines Verfümmis- bzw. Anerkenntnisurteils beantragen." Erscheint dann im Termin der Beklagte nicht, ergeht auf den schriftlichen Antrag des Klägers hin gegen jenen Verfümmisurteil, das keiner Begründung bedarf und dem Kläger formlos mitgeteilt wird. Erscheint der Beklagte und erkennt er an, ergeht auf den schriftlichen Antrag des Klägers hin Anerkenntnisurteil oder der Beklagte wird vor Eintritt in die Verhandlung belehrt und veranlaßt, seinen Widerspruch zurückzunehmen und, wenn er nicht auf einmal zahlen kann, sich zu bestimmten Zahlungen zu verpflichten. Dem Gläubiger wird dann nahegelegt, nur demgemäß Vollstreckungsbegehren zu beantragen. Bringt, was selten ist, der Bekl. erhebliche Einwendungen vor, wird nach Anhörung des Klägers über sie durch

Unberaumung eines Verkündungstermins entschieden. Immer spart der Gläubiger und damit auch der meist unterliegende Schuldner die Kosten der Terminswahnehmung.

Die rechtliche Grundlage zu dieser Handhabung bietet § 20 i. Verb. m. § 18 Abs. 2 Bf. zur Entlastung der Gerichte v. 9. Sept. 1915. Denn danach bestimmt das Gericht in diesen Rechtsstreiten sein Verfahren nach freiem Ermessen.

Ein Berliner Rechtsanwalt, der einen Schuldner auf Bezahlung einer unstreitigen Warenforderung unter 100 RM in Minden verklagen mußte, hat sich erst kürzlich mir gegenüber für diese einfache Lösung, die ihm die Bestellung eines Unterbevollmächtigten ersparte, bedankt und geschrieben, eine solche Art der Behandlung trage den wirtschaftlichen Belangen aller Beteiligten Rechnung.

UGR. Dr. L u f t, Minden (Westf.).

Reichsrechtsamt

Betreuung der Volksgenossen in Unfallangelegenheiten durch die NS.-Rechtsbetreuungsstellen — fogenannte Unfallschutzstellen

Der Stabsleiter des Reichsrechtsamts in der Reichsleitung der NSDAP. hat mit dem nachstehenden Anschreiben v. 26. Sept. 1938 an die Gaurechtsämter das Rundschreiben Nr. 85/38 nebst Anlage gerichtet:

Reichsrechtsamt.

München, den 26. Sept. 1938.

Stabsleiter.

Der ständig wachsende Verkehr, der durch die Schaffung des Volkswagens noch erheblich zunehmen wird, fordert täglich seine Opfer. Neben den vorbeugenden Maßnahmen durch Verkehrserziehung ist es daher besondere Aufgabe der NS.-Rechtsbetreuungsstellen, unfallverletzten oder unfallgeschädigten Volksgenossen, die zur Bezahlung der gesetzlichen Anwaltsgebühren außerstande sind, alsbald nach dem erlittenen Unfall mit Rat und Tat beizustehen.

Damit der unfallgeschädigte Volksgenosse möglichst bald nach dem Unfall betreut werden kann, um ihn vor rechtlichen Nachteilen zu schützen, müssen die NS.-Rechtsbetreuungsstellen in ständiger Verbindung mit der Polizei (Polizeipräsidium, Polizeirevier) und mit den örtlichen Krankenanstalten stehen. Es muß sichergestellt werden, daß sowohl die Polizei als auch die Krankenanstalten täglich fernmündlich oder schriftlich den NS.-Rechtsbetreuungsstellen den Namen und die genaue Anschrift des unfallgeschädigten Volksgenossen bzw. des in das Krankenhaus eingelieferten Unfallverletzten mitteilen.

Polizei und Krankenhäuser sollen überdies jedem Unfallverletzten — gegebenenfalls den Angehörigen — einen Handzettel ausshändigen, in welchem in entsprechender Weise darauf hingewiesen wird, daß ihm die NS.-Rechtsbetreuungsstelle kostenlos zur Beratung und Vertretung zur Verfügung steht.

Außerdem sind in den Polizeirevierern und in den Krankenanstalten (Geschäftsstellen, Fluren, Aufnahmezimmer) Plakate anzubringen, in welchen in geeigneter Weise auf die kostenlose Betreuung der unfallverletzten bzw. unfallgeschädigten Volksgenossen durch die NS.-Rechtsbetreuungsstellen hingewiesen wird.

Die NS.-Rechtsbetreuungsstellen überzeugen sich davon, daß die Plakate in den Polizeirevierern und in den Krankenhäusern ausshängen. Die persönliche Fühlungnahme des NS.-Stellenleiters mit dem Leiter der örtlichen Polizeistelle und den Leitern der Krankenanstalten ist hiernach sehr zweckmäßig und erwünscht.

Teilt nun die Polizei oder ein Krankenhaus der NS.-Rechtsbetreuungsstelle mit, daß ein Unfallverletzter einen Anwalt zu sprechen wünscht, so begibt sich der in der NS.-Stelle gerade diensttuende Rechtsanwalt zu dem Volksgenossen und bespricht mit ihm die Angelegenheit. Insbesondere prüft der Rechtsanwalt, ob die Voraussetzungen für die Inanspruchnahme der NS.-Rechtsbetreuung bei dem Antragsteller vorliegen. Wenn die Voraussetzungen vorliegen, bearbeitet dieser Rechtsanwalt die Sache weiter im Rahmen der NS.-Rechtsbetreuung. Liegen die Voraussetzungen nicht vor, so klärt der

Rechtsanwalt den Unfallverletzten allgemein über die zunächst zu ergreifenden Schritte auf und macht den Volksgenossen — falls die Schadenshöhe zur Zuständigkeit des Landgerichts gehört — darauf aufmerksam, daß er im Streitfalle einen Rechtsanwalt zur Vertretung haben müsse. In diesem Falle ist es dem Rechtsanwalt verboten, dem Unfallverletzten bzw. Unfallgeschädigten eine bestimmte Rechtsanwaltskanzlei zu benennen.

Zum Zwecke einer gleichmäßigen und einheitlichen Bearbeitung der Unfallangelegenheiten im Reich habe ich die in Anlage beigelegte Anordnung (Rundschreiben Nr. 85/38) erlassen, zu deren Durchführung ich die entsprechenden Maßnahmen sofort zu ergreifen bitte.

Heil Hitler!

gez.: Dr. Fischer.

Rundschreiben

Nr. 85/38

I.

Die Beratung und Vertretung der durch Unfall verletzten bzw. geschädigten deutschen Volksgenossen ist Aufgabe der NS.-Rechtsbetreuung.

II.

In denjenigen Orten, in welchen bisher fogenannte „Unfallschutzstellen“, „Unfallschutzverbände“ oder ähnliche Stellen selbständig oder in Verbindung mit den NS.-Rechtsbetreuungsstellen errichtet sind, übernehmen die NS.-Rechtsbetreuungsstellen die Betreuung in diesen Angelegenheiten.

III.

Durch Unfall verletzte bzw. geschädigte Volksgenossen, die keinen Anspruch auf NS.-Rechtsbetreuung haben, erhalten Rat und Hilfe durch den Anwalt ihres Vertrauens. In diesen Fällen ist es den NS.-Rechtsbetreuungsstellen sowie allen an der NS.-Rechtsbetreuung teilnehmenden Anwälten verboten, dem unfallverletzten bzw. geschädigten Volksgenossen die Anschrift einer bestimmten Rechtsanwaltskanzlei zu benennen.

IV.

Die Bildung von Sondervereinigungen innerhalb der Reichsgruppe Rechtsanwälte des NSRB. zwecks Bearbeitung von Unfallangelegenheiten ist unzulässig. Soweit solche Vereinigungen bestehen, sind sie unverzüglich aufzulösen.

V.

Soweit die Voraussetzungen für die Inanspruchnahme der NS.-Rechtsbetreuung vorliegen, finden für eine Betreuung in Unfallangelegenheiten die für die NS.-Rechtsbetreuung geltenden Bestimmungen, insbesondere die „Allgemeinen Richtlinien für die NS.-Rechtsbetreuung“ v. 25. Nov. 1935 und die „Dienstweisung für die NS.-Rechtsbetreuungsstellen“ v. 2. Sept. 1934 Anwendung.

VI.

Die NS.-Rechtsbetreuungsstellen haben besonders darauf zu achten, daß die Betreuung der unfallverletzten bzw. =geschädigten Volksgenossen möglichst bald nach dem Unfall erfolgt. In entsprechender Zusammenarbeit mit Polizei und Krankenanstalten vereinbaren daher die Gaurechtsämter mit diesen Stellen, daß:

- Namen und Anschriften der unfallgeschädigten bzw. der in die Krankenanstalten eingelieferten unfallverletzten Volksgenossen nach Möglichkeit täglich fernmündlich oder schriftlich den NS.-Rechtsbetreuungsstellen gemeldet werden;
- in den Polizeirevieren und in den Krankenanstalten (Geschäftsstellen, Fluren, Ausnahmезimmern) Plakate ausgehängt werden;
- Polizei und Krankenanstalten den Unfallverletzten bzw. =geschädigten Handzettel auszuhändigen.

VII.

Plakate und Handzettel sind von den Gaurechtsämtern für den Bedarf in absehbarer Zeit herzustellen. Ausdruck: siehe Anlage.

VIII.

Die Gaurechtsämter weisen ferner in regelmäßig wiederkehrenden Zeitabständen (etwa vierteljährlich) in der NS.-Presse (gegebenenfalls auch im Rundfunk) in geeigneter Weise auf die Betreuung der unfallverletzten bzw. =geschädigten Volksgenossen durch die NS.-Rechtsbetreuungsstellen hin.

IX.

Erweist sich im einzelnen Fall die Zuziehung oder Mitwirkung eines Sachverständigen als notwendig, so setzt sich

der NS.-Rechtsbetreuungsstellenleiter mit der zuständigen Dienststelle der Reichsfachschaft für das Sachverständigenwesen in der Deutschen Rechtsfront in Verbindung (vereinbarung des Reichsrechtsamts der NSDAP. mit der Reichsfachschaft für das Sachverständigenwesen in der Deutschen Rechtsfront v. 31. Aug. 1934).

X.

Diese Anordnung tritt sofort in Kraft.

Heil Hitler!

gez.: Dr. Fischer.

Muster

für

die Beschriftung der Plakate und Handzettel
„NS.-Rechtsbetreuungsstelle
(Bezeichnung des Ortes)

Allen Volksgenossen, welche zur Aufbringung der gesetzlichen Anwaltsgebühren außerstande sind, stehen bei Verkehrsunfällen oder Verletzungen durch Unfälle zwecks Beratung und Vertretung

kostenlos

die NS.-Rechtsbetreuungsstellen zur Verfügung.

Die NS.-Rechtsbetreuungsstelle befindet sich: (Straße, Hausnummer — Gebäude —, Stockwerk, Zimmer).

Sprechstunden:

Fernsprechnummer:

In dringenden Fällen auf fernmündlichen Anruf Besuch des diensttuenden Rechtsanwalts im Krankenhaus.“

Schrifttum

Dr. Dr. Carl Hiller: Der Beweiswert der Blutprobe. (Heft 2 der Veröffentlichungen des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge.) Leipzig 1938. Verlag Lühse & Co. 95 S. Preis brosch. 2,40 R.M.

Das kleine Werk verdient uneingeschränktes Lob. Der von mir bereits in der Anmerkung JW. 1937, 1970^a hervor gehobene Beweiswert der Blutgruppenbestimmung und Vergleichung wird infolge der neuen familienrechtlichen Gesetzesbestimmungen, die in dem Werk bereits berücksichtigt sind, in Zukunft noch eine außerordentlich erhöhte Bedeutung gewinnen. Hiller gibt in geradezu außergewöhnlicher Weise ein Beispiel dafür, wie eine so wichtige Frage in gedrängter Kürze umfassend, klar und eindringlich dargestellt und behandelt werden kann. Nach einer ebenso genauen wie allgemein verständlichen Darstellung der „medizinischen Beurteilung“ des Verfahrens werden seine allgemeinen und dann insbes. die prozessrechtlichen Anwendungsgebiete, sowie auch wichtige prozessuale Einzelfragen, unter genauer Anführung der neuesten Rechtsprechung erörtert. Anschließend wird der gegenwärtige Stand der Anerkennung des Beweiswertes der Blutprobe durch die Rechtsprechung des In- und Auslandes festgestellt. Das zusammengefaßte Ergebnis (S. 70) kann Wort für Wort untergeschrieben werden. Es stellt fest, daß der Blutprobeweis, wie alle biologischen Beweise, den (gegenwärtigen, Zusatz des Besprechers) Grenzen naturwissenschaftlicher Erkenntnis unterliegt und daher einen mathematisch sicheren hundertprozentigen Beweis nicht zu erbringen vermag. Daß er dies aber auch nicht brauche, weil im Prozeßrecht, dem hauptsächlichsten seiner Anwendungsgebiete, zur Erfüllung des hier stets in Frage kommenden „offenbar unmöglich“ die Erbringung eines Beweises genüge, der dem Erfordernis größtmöglicher Wahrscheinlichkeit entspreche. Ich möchte hier (wie bereits a. a. D.) hinzufügen, daß unter allen anderen hier in Betracht kommenden Beweisarten der Blutprobeweis mir bei weitem den größten und zuverlässigsten Beweiswert zu besitzen scheint.

Die im Anhang abgedruckten ministeriellen Richtlinien für die Ausführung der Blutgruppenbestimmung, welche die möglichste Ausschließung von Fehlern bei der Ausführung des Verfahrens garantieren sollen, erhöhen den praktischen Wert des Buches, das in die Hand jedes Rechtswahrs gehört.

AGR. Dr. Kallfelz, Cottbus.

Handbuch der Kleinsiedlung. Band II: Die Deutsche Kleinsiedlung. Systematische Darstellung von Wilhelm Giesberg, MinR. im R- und PrArbMin., und Dr. Walther Gage, DRegR. im RfM. Stuttgart-Berlin 1938. Verlag W. Kohlhammer. VIII, 221 S. Preis geb. 12 R.M.

Band I dieses Wertes, der in der JW. 1936, 3226 besprochen ist, enthält den Wortlaut der Gesetze, Verordnungen und Erlasse, die die Grundlage der Kleinsiedlung bilden und mit ihr im Zusammenhang stehen. Ihm stellt sich Band II mit einer systematischen Darstellung des deutschen Kleinsiedlungswesens als Lehrbuch zur Seite. Dabei sind die Bestimmungen des ArbM. über die Förderung der Kleinsiedlung vom 14. Sept. 1937 grundlegend berücksichtigt und erläuternd dargestellt unter Vertwertung der bisher mit ihnen gemachten praktischen Erfahrungen.

Das Buch ist übersichtlich gegliedert und eine Erläuterung des Kleinsiedlers, des Siedlungsgeländes, der Siedlerstelle, der vermögensrechtlichen Seiten der Siedlung und des Siedlungsverfahrens mit seinen verschiedenen Auswirkungen. Die Darstellung zeigt eine knappe, leicht verständliche Form und durchbringt mit Sorgfalt die Fülle der mannigfaltigen rechtlichen Grundlagen der Kleinsiedlung. Die Verf. verschaffen hierdurch einen umfassenden und klaren Überblick über das gesamte Kleinsiedlungsrecht.

Im Anhang sind die Bestimmungen des ArbM. v. 14. Sept. 1937 und die Allgemeinen Vertragsbedingungen für die Übernahme von Reichsbürgschaften für Kleinsiedlungen wiedergegeben. Da seit Erscheinen des ersten Bandes das RHeimStG. durch die Bef. v. 25. Nov. 1937 (RGBl. I, 1291) geändert und die Bef. über den Verkehr mit landwirtschaftlichen Grundstücken vom 15. März 1918 durch die GrundstücksVerfBef. v. 26. Jan. 1937 mit AusfW. v. 22. April 1937 (RGBl. I, 35, 534) ersetzt worden ist, wäre die Wiedergabe auch dieser Vorschriften erwünscht gewesen.

Das Buch wird nicht nur dem Siedlungsfachmann zur Vertiefung seiner Kenntnisse und Erkenntnisse verhelfen, sondern jedem, der mit Siedlungsfragen zu tun hat, eine leichte und zuverlässige Führung durch den umfangreichen und schwierigen Stoff gewähren.

AGR. Dahmann, Berlin.

Rechtssprechung

Nachdruck der Entscheidungen nur auszugsweise und mit genauer Quellenangabe gestattet

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

Strafrecht

Strafgesetzbuch

1. RG. — § 20 a StGB. Liegen die Voraussetzungen des § 20 a StGB. vor, so schließt das Absehen von der Strafschärfung des § 20 a Abs. 2 StGB. die Anordnung der Sicherungsverwahrung nicht aus. Entscheidend ist lediglich, ob die Öffentlichkeit des besonderen Schutzes vor weiteren erheblichen Rechtsbrüchen des Täters bedarf und die Sicherungsverwahrung hierfür das einzig wirksame Mittel darstellt.

Der Angekl. hat seine Reb. auf die Anfechtung der Unterbringung in Sicherungsverwahrung beschränkt. Er macht dabei auch geltend, daß die Voraussetzungen für die Annahme, er sei ein gefährlicher Gewohnheitsverbrecher, nicht dargetan seien. Damit wendet er sich gegen die Anwendbarkeit des § 20 a StGB. Wenn die Strk. auch von einer Strafschärfung nach dem Abs. 2 dieser Bestimmung abgesehen hat, so hat die Reb. nach Lage der Sache hier die Wirkung, daß über die Sicherungsverwahrung hinaus der gesamte Strafauspruch angefochten ist (RGSt. 68, 385 = JW. 1935, 201^o m. Anm.). Eine teilweise Straffreiheit — bzgl. der Fälle P. und H. — auf Grund des Ges. v. 7. Aug. 1934 kommt schon deswegen nicht in Betracht, weil noch die Fälle L. und D. mitangeklagt waren, die am 10. Aug. 1934 noch nicht verjährt waren (RGSt. 72, 24 = JW. 1938, 1166¹⁰), und es mit Rücksicht auf die für die abgeurteilten Fälle ausgeworfenen Einzelstrafen von je 3 Monaten als ausgeschlossen zu erachten ist, daß insoweit eine Gesamtstrafe von mehr als sechs Monaten nicht zu erwarten gewesen wäre.

Daß der Beschw. ein Gewohnheitsverbrecher ist, konnte die Strk. aus dem festgestellten Sachverhalt ohne Rechtsirrtum entnehmen. Auch das Merkmal der Gefährlichkeit ist bedeutsam frei nachgewiesen. Nach der Überzeugung der Strk. besteht bei dem Angekl., der sich seit seinem 15. Lebensjahr fast ständig in unzüchtiger Weise mit Männern abgegeben hat und dessen strafbare Tätigkeit einer fest eingewurzelten Neigung entspringt, in hohem Maße die Wahrscheinlichkeit des Rückfalls. Daß er meistens „durch die sich bietende Gelegenheit“ zu den Unzuchtshandlungen verführt und dabei „nicht gerade der treibende Teil“ gewesen sein mag, und daß somit der ihm inwohnende verbrecherische Hang auf Willensschwäche und Haltlosigkeit beruht, steht der Annahme seiner Gefährlichkeit nicht entgegen (vgl. die Entsch. des erf. Sen. v. 23. Juni 1938, 2 D 258/38 = DJ. 1938, 1158 = JW. 1938, 2129¹). Die Schlußfolgerung, daß der Angekl. stets dazu neigen wird, Objekte für seine lasterhafte Betätigung zu suchen und zu finden, steht mit den sonstigen Urteilsangaben nicht in Widerspruch und läßt einen Rechtsirrtum nicht erkennen. Das Gericht stellt auch — wie gegenüber dem Vorbringen der Reb. zu bemerken ist — fest, daß der Beschw. nicht etwa nur unter der Einwirkung des Alkoholvergnüßes auf diesem Gebiete straffällig wird, wie eine Anzahl der abgeurteilten Einzelfälle erweist. Die Annahme des BG., daß die von dem Angekl. künftig zu erwartenden Straftaten eine erhebliche Bedrohung der öffentlichen Sicherheit darstellen (RGSt. 68, 149 = JW. 1934, 1662²⁸ m. Anm.), ist rechtlich nicht zu beanstanden.

Danach liegen bei dem Angekl. sämtliche Merkmale des § 20 a Abs. 2 StGB. vor. Daß die Strk. gleichwohl von der Strafschärfung aus dieser Bestimmung abgesehen hat, schließt die Anordnung der Sicherungsverwahrung nicht aus (RGSt. 70, 129 = JW. 1936, 1374¹³). Entscheidend ist lediglich, ob die Öffentlichkeit des besonderen Schutzes vor weiteren erheblichen Rechtsbrüchen des Täters bedarf und die Sicherungs-

verwahrung hierfür das einzig wirksame Mittel darstellt. Diese Voraussetzungen sind hier ausreichend nachgewiesen. Die Strk. hat dargelegt, welche strafbaren Handlungen des Angekl. zu befürchten sind und hat Ziel und Richtung dieser Angriffe näher bezeichnet; sie liegen in jedem Falle auf dem Gebiete der wider-natürlichen Unzucht. Das Gericht konnte sich seine Überzeugung von der seitens des Angekl. drohenden erheblichen Gefahr im Anschluß an die Ansicht des Sachverständigen bilden, daß bei dem Beschw. die homosexuelle Neigung so tief verankert sei, daß er trotz harter Strafen immer wieder rückfällig werden würde. Wenn die Strk. dann weiter zu der Auffassung gelangt ist, daß der Angekl. mit zunehmenden Jahren selbst zu aktivem Handeln übergehen wird, so liegt eine solche Entwicklung bei der Stärke des Triebes, dem der Angekl. keinerlei Hemmungen entgegenzusetzen vermag, keinesfalls fern. Es würde dem Sinn und Zweck des GewohnheitsverbrG. widersprechen, wenn erst abgewartet werden sollte, ob der Angekl. sich noch in verwerflicher Weise als bisher betätigt. Es genügt, daß eine solche Gefahr — wie sie hier nach allem bedenkenfrei angenommen worden ist — besteht. Die Anordnung der Sicherungsverwahrung konnte die Strk. dann aber auch als die einzige Maßregel ansehen, die der Öffentlichkeit einen wirksamen Schutz vor dem Angekl. bietet. Für die Unterbringung in einer Heil- oder Pflegeanstalt ist mangels der Voraussetzungen des § 51 StGB. kein Raum, auch die Verbringung in eine Trinkerheilanstalt hat die Strk. bei dem festgestellten Sachverhalt zutreffend ausgeschlossen. Desgleichen kam bei dem Angekl., der bisher lediglich unter dem rechtlichen Gesichtspunkt des § 175 StGB. verurteilt worden ist, eine Entmannung nach Maßgabe des § 42 k StGB. nicht in Betracht (RGSt. 68, 292 = JW. 1934, 2918²⁰). Auch wenn der Angekl. sich bereit erklärt hat, sich freiwillig entmannen zu lassen, vermag das die Anordnung der Sicherungsverwahrung nicht entbehrlich zu machen, da nicht feststeht, ob diese Maßnahme zur Durchführung gelangt und ob sie die erstrebte Änderung der Triebrichtung des Angekl. zur Folge hat.

(RG., 2. StrSen. v. 11. Aug. 1938, 2 D 459/38.)

*

2. RG. — §§ 20 a, 42 e StGB. Für das Begriffsmerkmal des Gewohnheitsverbrechers, daß die Neigung zu strafbaren Gesetzwidrigkeiten besteht, ist es ohne Bedeutung, ob sie auf Grund charakterlicher Veranlagung von vornherein vorhanden war, oder ob sie — sei es mit, sei es ohne Verschulden — erworben ist.

Die Reb. der Strk. greift das Urteil des BG. im Strafausdruck insoweit an, als der Angekl. nicht als gefährlicher Gewohnheitsverbrecher verurteilt und demgemäß nicht die Anordnung der Sicherungsverwahrung nach § 42 e StGB. an Stelle der verhängten Unterbringung in einer Heil- oder Pflegeanstalt (§ 42 b StGB.) für geboten erachtet worden ist.

Das Rechtsmittel hat Erfolg.

Nach den Feststellungen sind die äußeren Erfordernisse des Abs. 1 und des Abs. 2 des § 20 a StGB. gegeben. Bei der Gesamtwürdigung der Taten des Angekl. kommt das BG. indessen zu dem Ergebnis, daß er nicht als gefährlicher Gewohnheitsverbrecher anzusehen sei. Diese Annahme steht aber mit den Feststellungen nicht in Einklang. Gewohnheitsverbrecher ist eine Persönlichkeit, die infolge eines auf Grund charakterlicher Veranlagung bestehenden oder durch Übung erworbenen inneren Hanges wiederholt Rechtsbrüche begeht und zur Wiederholung von Rechtsbrüchen neigt. Gefährlich ist ein Gewohnheitsverbrecher, wenn nicht nur die Möglichkeit, sondern mit Rücksicht auf die bisherige Häufung seiner Straf-

taten und die bisher gezeigte Hartnäckigkeit und Stärke des verbrecherischen Willens eine bestimmte Wahrscheinlichkeit dafür besteht, daß er in Fortwirkung seines verbrecherischen Hanges den Rechtsfrieden erneut in erheblichem Maße stören wird (RGSt. 68, 149 = JW. 1934, 1662²³). Die Gefährlichkeit des Angekl. hat das LG. bejaht, meint jedoch, daß die Merkmale des Gewohnheitsverbrechens bei ihm nicht gegeben seien, weil die ihm innewohnende, auf erblicher Anlage beruhende Neigung zu strafbaren Gesetzwidrigkeiten sich regelmäßig erst dann auswirke, wenn seine Hemmungslosigkeit durch besondere Gelegenheit (Druck durch wirtschaftliche Not und Neigung) einen stärkeren Anreiz erhielt. Hierbei hat das LG. nicht verkannt, daß solche Gelegenheiten, wie der Verlust der Arbeitsstelle, schlechte Einflüsse oder falsche Behandlung, jederzeit an ihn herantreten könnten. Die Urteilsbegründung geht aber offensichtlich davon aus, daß dem Angekl. die durch äußere Anlässe hervorgerufene Auslösung seiner Hemmungslosigkeit gewissermaßen nicht zum Verschulden angerechnet werden könne und daß es insoweit an einem Merkmal für den Begriff des Gewohnheitsverbrechens fehle. Diese Schlussfolgerung ist aber rechtsirrig. Begriffsmerkmal ist nur, daß die Neigung zu strafbaren Gesetzwidrigkeiten besteht; es ist ohne Bedeutung, ob sie auf Grund charakterlicher Veranlagung von vornherein vorhanden war oder ob sie — sei es mit, sei es ohne Verschulden — erworben ist. Da in den bisherigen Feststellungen alle Begriffsmerkmale des gefährlichen Gewohnheitsverbrechens nachgewiesen sind, so hätte das LG. den Angekl. als solchen verurteilen müssen (vgl. das Urteil 3 D 416/38 v. 21. Juli 1938: JW. 1938, 2331¹).

Diese Erwägungen führen zur Aufhebung des angefochtenen Urteils im Strafauspruch.

In der künftigen Verhandlung wird auch erneut die Frage der Anordnung einer Maßregel der Sicherung gegen den Angekl. zu erörtern sein. Das LG. hat die Anwendung des § 42 e StGB. nicht für zulässig erachtet, weil es dem Angekl. nicht als gefährlichen Gewohnheitsverbrecher angesehen hat. In einer Hilfservägung hat es sich aber auch dahin ausgesprochen, daß bei vermindert Zurechnungsfähigen „in erster Linie“ die Unterbringung gemäß § 42 b StGB. als die mildere Maßregel in Betracht käme, auch wenn zugleich die Voraussetzungen des § 42 e StGB. erfüllt wären. Diese Annahme trifft in ihrer Allgemeinheit nicht zu. In erster Linie ist die Rücksicht auf die Erfordernisse der öffentlichen Sicherheit maßgebend. Wenn sich hiernach die Sicherungsverwahrung als notwendig erweist, so ist sie anzuordnen (vgl. RGSt. 72, 151 = JW. 1938, 1514²).

(RG., 3. StrSen. v. 8. Aug. 1938, 3 D 578/38.)

*

3. RG. — § 64 StGB. Urteile, die wegen Vorliegens der Voraussetzungen des § 51 Abs. 1 StGB. an Stelle der Strafe die Unterbringung nach § 42 b Abs. 1 StGB. anordnen, sind den auf Strafe lautenden Urteilen gleichzustellen.

Die Unterbringung in einer Heil- oder Pflegeanstalt nach § 42 b StGB. setzt in erster Reihe voraus, daß der Unterzubringende eine mit Strafe bedrohte Handlung begangen hat, die sich als Verbrechen oder Vergehen darstellt. Hier ergeben sich bereits Bedenken gegen das Urteil des LG. Ohne Rechtsirrtum hat das LG. zwar angenommen, daß die vom Angekl. gegen Erika J. verübte Beleidigung eine geeignete Grundlage für die Sicherungsmaßnahme bilde. Sie ist auch nicht dadurch entfallen, daß nach Erlaß des ersten Urteils der Vater der Erika J. den Strafantrag zurückgenommen hat. Nach dem Wortlaut des § 64 Abs. 1 StGB. könnte diese Zurücknahme zulässig erscheinen, weil das Urteil des LG. nicht auf Strafe lautet und die Zurücknahme des Antrags bis zur Verkündung eines auf Strafe lautenden Urteils zulässig ist. Bei näherer Betrachtung ergibt sich jedoch die Notwendigkeit, Urteile, die wegen Vorliegens der Voraussetzungen des § 51 Abs. 1 StGB. an Stelle der Strafe die Unterbringung in einer Heil- oder Pflegeanstalt nach § 42 b Abs. 1 StGB. anordnen, den auf Strafe lautenden gleichzustellen. Der Vorschrift des § 64 Abs. 1 liegt

der gesetzgeberische Gedanke zugrunde, daß es mit der Würde des Gerichts nicht vereinbar sei, wenn das auf Grund der Hauptverhandlung verkündete Urteil des Gerichts nachträglich von dem Antragsteller durch Zurücknahme des Strafantrags zu Fall gebracht werden könne. Dieser Gedanke trifft zweifellos auch zu, wenn das Gericht wegen der Unzurechnungsfähigkeit des Angekl. zwar außerstande ist, auf eine Strafe zu erkennen, statt dessen aber die Unterbringung des Angekl. in einer Heil- oder Pflegeanstalt anordnet. Die Tatsache, daß der § 64 Abs. 1 derartige Fälle nicht erwähnt, erklärt sich zwanglos dadurch, daß zur Zeit seiner Entstehung Sicherungsmaßregeln nach Art der im § 42 b StGB. zugelassenen im Gesetz noch nicht vorgesehen waren. Mit der Feststellung der Beleidigung hat das LG. jedoch das den Gegenstand der Anklage bildende Geschehen rechtlich nicht erschöpft. Es hat übersehen, daß in dem Verhalten des Angekl. eines oder mehrere vollendete oder versuchte Verbrechen gegen § 176 Abs. 1 Nr. 3 StGB. insofern liegen können, als er die Kinder zum Hinsehen nach seinem entblößten Gliede verleitet (vgl. RGSt. 70, 316 = JW. 1936, 2997²³ und RG.: JW. 1935, 524, 2734). Auf diesen rechtlichen Gesichtspunkt kann es entscheidend ankommen, wenn die erneute Prüfung der Zurechnungsfähigkeit, deren Notwendigkeit noch darzulegen sein wird, das Ergebnis haben sollte, daß der Angekl. zur Zeit der Tat nur vermindert zurechnungsfähig gewesen ist, also bestraft werden muß.

Als rechtsirrig ist zu beanstanden, daß die Strk. die Unterbringung des Angekl. in einer Heil- oder Pflegeanstalt angeordnet hat, ohne eine zuverlässige Feststellung zu treffen, daß die Zurechnungsfähigkeit des Angekl. zur Zeit der Tat i. S. des § 51 Abs. 1 aufgehoben oder mindestens gemäß Abs. 2 derselben Bestimmung vermindert gewesen ist. Die bloße Möglichkeit, daß der Angekl. für seine Taten strafrechtlich nicht verantwortlich gemacht werden kann, genügt zwar, ihn freizusprechen, vermag aber nicht die Verhängung der Sicherungsmaßnahme zu rechtfertigen. Hierzu wird auf RGSt. 70, 128 am Schluß und die dort genannten Entsch. Bezug genommen (JW. 1936, 1603²).

(RG., 5. StrSen. v. 28. Juli 1938, 5 D 344/38.)

*

4. OLG. — §§ 164, 42 b StGB. Wissentlich falsche Anschuldigung, begangen im Zustande der Unzurechnungsfähigkeit, als Grundlage für die Unterbringung in eine Heil- und Pflegeanstalt gemäß § 42 b StGB. Gefahr für die öffentliche Sicherheit ist in jedem Fall schon dann gegeben, wenn von seiten des Unzurechnungsfähigen mit weiteren Anzeigen — oder auch nur verleumdnerischen Redereien — gegen den im Einzelfall Betroffenen oder auch gegen andere vermeintliche Widersacher zu rechnen ist. Neben der Gefahr fortgesetzter Schädigung des Rufes und Ansehens der Betroffenen muß hier auch die Erschütterung des Vertrauens in die Rechtspflege als gefährliche Bedrohung der öffentlichen Sicherheit angesehen werden.

Nach den Feststellungen des angefochtenen Urteils schuldet die Angekl. Frau R. dem Maurermeister D. in R. für ausgeführte Maurerarbeiten einen größeren Geldbetrag. Sie unterschrieb einen Schuldschein v. 28./29. Okt. 1929 über insgesamt 3083,50 RM mit „Frau R.“, verweigerte aber später die Zahlung. In dem darauf folgenden Rechtsstreit Ds gegen sie, bestritt sie, den Schuldschein unterschrieben zu haben. Bei seiner Parteivernehmung beschwor D., daß die Angekl. den Schuldschein in seiner Gegenwart unterzeichnet habe. Die Angekl. zeigte am 17. Okt. 1936 D. bei dem zuständigen Gendarmeriehauptwachmeister mit der Behauptung an, dieser habe die Unterschrift unter dem Schuldschein fälschlich angefertigt. Die StA. führte daraufhin ein Ermittlungsverfahren gegen D. wegen Urkundenfälschung und Meineides durch, das mit Einstellung endete.

In dem Verhalten der Angekl. hat das SchöffG. den äußeren Tatbestand einer falschen Anschuldigung i. S. von § 164 Abs. 1 und Abs. 3 StGB. verwirklicht gesehen. Es hat jedoch auf Grund eines ärztlichen Gutachtens angenommen, daß die Angekl. die Tat im Zustande der Unzurechnungsfähigkeit begangen hat. Es liege bei der Angekl. ein — wahrscheinlich — angeborener leichter Schwachsin vor, der sich im Laufe der Jahre zu einer präsenilen Geistesstörung mit zeitweiligen Ein-

nestäuschungen und Verfolgungsideen gesteigert habe. Das SchöffG. hat die Angekl. auf Grund des § 51 Abs. 1 StGB. freigesprochen, aber nach § 42 b StGB. die Unterbringung in einer Heil- und Pflegeanstalt angeordnet, weil seitens der Angekl. die Gefahr weiterer falscher Anschuldigungen und Verleumdungen bestünde und deshalb die öffentliche Sicherheit diese Unterbringung erfordere.

Die Rev. der Angekl. richtet sich gegen die Anordnung der Unterbringung in einer Heil- und Pflegeanstalt. Sie ist unbegründet.

Denn die Voraussetzungen der Anordnung aus § 42 b StGB. sind zutreffend und ohne Rechtsirrtum festgestellt. Die Rev. kann hierzu zunächst nicht mit Erfolg rügen, daß es sich bei dem Verhalten der Angekl. lediglich um einen einmaligen Vorgang handele, dessen Wiederholung nicht zu befürchten sei oder jedenfalls keine schädlichen Folgen haben könne. Wenn auch die StA. mit Rücksicht auf den ihr bekannten Geisteszustand der Angekl. neuen Anzeigen nicht nachgehen wird, so besteht nach der Feststellung des SchöffG. gleichwohl die Gefahr, daß die Angekl. sich an andere Behörden oder Beamte wenden und Ermittlungen gegen D. veranlassen wird. Bei der krankhaften Einstellung der Angekl. ist darüber hinaus damit zu rechnen, daß sie Anzeigen auch gegen andere Personen erstatten wird. Diese Annahme kommt im Urteil des Tatrichters in dem auf dem Gutachten des Sachverständigen beruhenden Hinweis zum Ausdruck, Frau R. würde fortfahren, in querulirender Weise mit Beschuldigungen und Anzeigen gegen ihre „vermeintlichen Widersacher“ vorzugehen.

Mit Recht hat aber das SchöffG. zur Erörterung, ob eine von der Angekl. ausgehende allgemeine Gefahr vorliege, auch das sonstige Verhalten der Angekl. mit herangezogen, insbes. die Verleumdungen, die die Angekl. über D. verbreitet hat. Es ist nicht nötig, daß die Handlung, die das Gericht zur Anordnung der Unterbringung veranlaßt, aus sich schon der Allgemeinheit gefährlich erscheint oder wenigstens den allgemeinen gefährlichen Charakter des Rechtsbrechers erkennen läßt (vgl. RGSt. 69, 243 = JW. 1935, 2366¹⁵ m. Anm. und RG. DRZ. 1935, 489). Nur muß das sonstige für die Feststellung der Gefährdung der öffentlichen Sicherheit mitverwertete Verhalten mit der das Vergehen veranlassenden Tat im Zusammenhang stehen. Es konnte also auch das Vorliegen und die künftige Möglichkeit verleumderischer Velleidigungen bei der Beurteilung der Angeklagten mitverwertet werden, wie es durch den Tatrichter geschehen ist, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob ihrer wegen Strafantrag gestellt worden ist oder nicht (vgl. RGSt. 70, 218, 221 = JW. 1936, 1780¹⁶ und RG.: JW. 1937, 2373²⁸). In dieser Richtung hat das SchöffG. festgestellt, daß die Angekl. wiederholt an ihr völlig fremde Personen herangetreten ist und diesen gegenüber D. als einen meineidigen Betrüger und Urkundenfälscher bezeichnet hat. Wenn die Unterbringung in eine Anstalt nicht dem Treiben der Angekl. Einhalt böte, würde, wie das SchöffG. hervorhebt, D. — oder sonstige Opfer ihrer Verleumdungen — nicht nur in seiner Ehre, sondern auch in seinem Vermögen erheblich geschädigt werden.

In der festgestellten Tatsache, daß die Angekl. bei ihrem Standpunkt anderen Personen gegenüber verbleiben wird, sie sei im Zivilprozeß infolge Meineides und Urkundenfälschung zu Unrecht verurteilt und im Strafverfahren freigesprochen worden, liegt ferner die Gefahr einer Erschütterung des Vertrauens weiterer Bevölkerungskreise in die Rechtspflege (vgl. RG.: DRZ. 1938, 424) und damit ebenfalls eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit. Die Rev. rügt hier, der Tatrichter habe verkannt, daß nach der Veröffentlichung des Urteils, in dem die Angekl. wegen Unzurechnungsfähigkeit freigesprochen ist, ihren Beschäftigten niemand mehr Glauben schenken werde. Das trifft jedoch nicht zu. Wie das SchöffG. ausgeführt hat, kann nicht angenommen werden, daß jeder, an den sich die Angekl. mit ihren Verdächtigungen wenden wird, tatsächlich von der Begründung des Urteils aus § 51 Abs. 1 StGB. Kenntnis besitzt. Die Angekl. wird jedenfalls diesen Umstand nicht ausdrücklich mitteilen. Sie ist auch nach der Würdigung des Sachverständigengutachtens durch den Tatrichter nicht derart geistig gekörnt, daß von vornherein niemand mehr auf ihre Redereien hören wird.

Die von der Angekl. zu befürchtenden Angriffe sind auch nicht bloß lästige Beeinträchtigungen, wie die Rev. meint. Ihre Anwürfe, wie sie nach den Feststellungen des SchöffG. erwartet werden müssen, sind den Betroffenen nicht zuzumuten und untragbar für die Allgemeinheit. Es mag sein, daß die Verleumdungen der Angekl. nicht bei jedem einzelnen mit Rücksicht auf dessen Einstellung und Urteilskraft gleich stark wirken. Bei

einer Gefährdung der öffentlichen Sicherheit kommt es aber nicht grundsätzlich entscheidend auf die Schwere oder besondere Gefährlichkeit der einzelnen Straftat an, auch nicht auf die Höhe des in einem Falle angerichteten Schadens (vgl. RG.: JW. 1938, 166⁵). Es genügt vielmehr, wie aus dem Urteil des SchöffG. eindeutig hervorgeht, daß das Gesamtverhalten der Angekl. in Zukunft durch fortwährende Schädigung des Rufes und Ansehens anderer Personen und des Vertrauens in die Rechtspflege eine gefährliche Bedrohung der Rechtsordnung und eine Erschütterung der öffentlichen Sicherheit darstellt.

Nach den Feststellungen des Tatrichters kann eine Abhilfe des Zustandes auch auf andere Art nicht erreicht werden. (Wird näher ausgeführt.)

(Ostb. Raumburg [Saale], Strafsenat, Ur. v. 20. Aug. 1938, Ss 81/38.)

*

5. RG. — § 164 StGB. Soweit § 164 StGB. die Absicht des Täters und die Eignung der Behauptungen erfordert, ein behördliches Verfahren oder andere behördliche Maßnahmen gegen den Verdächtigten herbeizuführen oder fortbauern zu lassen, ist damit nicht die im Rahmen der Prozeßgesetze sich bewegende Zivilrechtspflege gemeint und einbezogen.

Das O. sieht den Tatbestand des Vergehens gegen § 164 StGB. dadurch als erfüllt an, daß der Angekl. wider besseres Wissen den längst bezahlten Forderungsbetrag von 349,20 RM nochmals heizutreiben versucht und dazu dem Gerichtsvollzieher Pfändungsauftrag erteilt habe, denn er habe mit seinem Vollstreckungsauftrag bei einer Behörde (AG.) über den Schuldner H. eine Behauptung tatsächlicher Art, nämlich Fortbestehen der Forderung und Zahlungsverweigerung, aufgestellt, die geeignet gewesen sei, gegen diesen behördliche Maßnahmen, nämlich eine Pfändung, herbeizuführen. Diese Rechtsauffassung des O. beruht auf einer Verkennung der Bedeutung des § 164 StGB. Die entscheidende Frage ist, ob der Tatbestand des § 164 StGB. dadurch erfüllt werden kann, daß eine Behörde der Zivilrechtspflege im Rahmen der Prozeßgesetze zur Durchsetzung einer Forderung in Anspruch genommen wird, von der der Täter weiß, daß sie nicht besteht, sofern keine anderen behördlichen Maßnahmen als eben die beantragten und im Rahmen der Prozeßgesetze sich bewegenden erstrebt werden. Der § 164 StGB. a. F. ließ keinen Zweifel darüber, daß er sich auf eine mißbräuchliche Inanspruchnahme der Zivilrechtspflege nicht erstreckte. Das Gef. v. 26. Mai 1933 hat zwar den Tatbestand des § 164 erheblich erweitert, aber insoweit ersichtlich eine Änderung des bisherigen Zustandes nicht herbeizuführen wollen. Das Ziel der Erweiterung war die wirksamere Bekämpfung des Denunziantentums, das infolge der veränderten politischen Verhältnisse zugenommen und in der Heranziehung politischer und rassenpolitischer Gesichtspunkte ein neues Feld der Betätigung gefunden hatte (vgl. die W. des Preuß. JustMin. v. 21. März 1934 [DZ. S. 378] und das Rundschreiben des RM. an die Landesjustizverwaltungen v. 14. Mai 1934 [DZ. S. 630]). Dieses Ziel bedingte u. a. eine Erweiterung des Kreises der zu berücksichtigenden tatsächlichen Behauptungen, vor allem um die Verdächtigungen auf den vorerwähnten Gebieten zu erfassen. Auch erforderte es eine weitergehende Erfassung der Behauptungen hinsichtlich der Art und Weise ihrer Anbringung. Der Schutz der Zivilrechtspflege als solcher gegen mißbräuchliche Inanspruchnahme lag aber nach wie vor außerhalb dieser Zielsetzung. Es ist zwar nicht zu bezweifeln, daß die Anbringung von Verdächtigungen bei den Behörden der Zivilrechtspflege den Tatbestand des § 164 zu erfüllen vermag. Soweit indessen der § 164 die Absicht des Täters und die Eignung der Behauptungen erfordert, ein behördliches Verfahren oder andere behördliche Maßnahmen gegen den Verdächtigten herbeizuführen oder fortbauern zu lassen, ist damit eben nicht die im Rahmen der Prozeßgesetze sich bewegende Zivilrechtspflege gemeint und einbezogen. Auch der neue Strafrechtentwurf steht ersichtlich auf keinem anderen Standpunkt (vgl. Gürtner, „Das kommende deutsche Strafrecht“, Besonderer Teil, 2. Aufl., S. 334 f.).

Soweit der Angekl. wegen Vergehens gegen § 164 StGB.

verurteilt worden ist, war daher das angefochtene Urteil im Schuldspruch zu berichtigen.

(RG., 4. Str.Sen. v. 9. Aug. 1938, 4 D 470/38.)

*

6. RG. — §§ 175 a, 43 StGB. Die Kenntnis davon, daß derjenige, gegen den sich die Tat oder der Versuch nach § 175 a Ziff. 3 richtet, das 21. Lebensjahr noch nicht vollendet hatte, gehört zum Vorsatz.

Die Rev. macht Verletzung der §§ 175 a Nr. 3 und 43 StGB. geltend.

Das Rechtsmittel hat Erfolg.

Der im § 175 a Nr. 3 StGB. unter Strafe gestellte Tatbestand ist nur erfüllt, wenn ein mehr als 21 Jahre alter Täter eine männliche Person unter 21 Jahren verführt. Die Kenntnis davon, daß derjenige, gegen den sich die Tat oder ihr Versuch richtet, das 21. Lebensjahr noch nicht vollendet hatte, gehört hiernach zum Vorsatz. Es bedarf daher der Feststellung, daß der Täter diese Kenntnis besaß oder wenigstens mit dem geringeren Alter des anderen Teils rechnete und dennoch die Tat wollte. Zu diesem Punkte reichen die Feststellungen des angefochtenen Urteils nicht aus. Es ist zwar bei der rechtlichen Würdigung des festgestellten Sachverhalts gesagt, daß „der Angekl. als Mann über 21 Jahre versucht habe, den L., eine männliche Person unter 21 Jahren, zu verführen, mit ihm Unzucht zu treiben oder sich von ihm zur Unzucht mißbrauchen zu lassen“. Die Wiedergabe der Worte des gegliederten Tatbestandes wird aber nur der äußeren Tatseite gerecht. Es fehlt an dieser Stelle des Urteils wie auch überhaupt an der zum Nachweise der inneren Tatseite erforderlichen Darlegung über die Kenntnis des Angekl. vom Alter des L. Nach der inneren Tatseite läßt sich auch aus dem Zusammenhang der Urteilsausführungen nichts entnehmen. Insbesondere ergibt sich nicht aus den im Urteil wiedergegebenen Umständen, unter denen L. am 27. Dez. 1937 mit dem Angekl. in Berührung gekommen ist, daß dieser ihn etwa schon gekannt hat und von seinem Alter unterrichtet gewesen ist. Die Tatsache allein, daß der Beschw. seine etwaige Unkenntnis und die Annahme, mit einem Mann von über 21 Jahren zu tun gehabt zu haben, nicht ausdrücklich geltend gemacht hat, vermag die fehlende Feststellung der Sachlage nach nicht zu ersetzen.

(RG., 3. Str.Sen. v. 22. Aug. 1938, 3 D 555/38.)

*

7. RG. — §§ 177, 185 StGB. Zum Begriff der Gewaltanwendung bei der Notzucht. Verhältnis von Notzucht und Beleidigung.

1. Gewalt i. S. von § 177 StGB. wird schon dann angewandt, wenn in irgendeiner Weise körperliche Kraft zur Überwindung eines geleisteten oder erwarteten Widerstands eingesetzt wird. Ein bestimmtes Maß von Gewalt ist nicht erforderlich, insbes. nicht ein solches, dessen sich die angegriffene Person nicht mit Erfolg erwehren könnte. Es genügt auch, wenn die körperliche Gewalt nur darauf abzielt, die betreffende Person zu dem Entschlusse zu bewegen, ihren Widerstand aufzugeben.

Zur inneren Tatseite der Nötigung durch Gewalt ist das Wissen und Wollen des Täters erforderlich, daß die Angegriffene die von ihm erstrebte Vollziehung des Beischlafs, die sie an sich nicht will, als Folge der angewandten Gewalt duldet. Es reicht der bedingte Vorsatz aus, der schon dann vorliegt, wenn der Täter damit rechnet, der ihm entgegengesetzte Widerstand sei vielleicht ernstlich, die Angegriffene dulde den Geschlechtsverkehr vielleicht nur infolge der angewandten Gewalt, und wenn er trotzdem auf diese Gefahr hin handelt. Der bedingte Vorsatz wird bei der Gewaltanwendung im Rahmen der Notzuchthandlungen regelmäßig nur dann nicht vorhanden sein, wenn der Täter sich vorher über die Einwilligung der Angegriffenen Gewißheit verschafft hat. In dem bloßen Dulden des Aktes infolge der Gewalt liegt an sich noch

kein Einverständnis und keine freiwillige Handlung der Angegriffenen — so versteht das O.G. nach dem Urteilszusammenhange offenbar die Bemerkung der R. „sie habe sich die Sache ein paarmal gefallen lassen“. Eine früher etwa einmal vor dem Angriffe erklärte Geneigtheit zum Geschlechtsverkehr bedeutet nicht, daß der, dem sie kundgegeben worden ist, nun unter allen Umständen und bei jeder Gelegenheit von neuem auf die gleiche Geneigtheit rechnen könnte. Selbst eine schließlich wirkliche Einwilligung der Angegriffenen in den Geschlechtsverkehr nach erfolgter Gewaltanwendung könnte den etwa vorausgegangenen Notzuchtsversuch — die Notzucht ist vollendet, wenn der Täter mit seinem Gliede in die Scheide der Angegriffenen einzudringen beginnt — nicht ungeschehen und nicht straflos machen. Allerdings kann sie auf dem Gebiete der Beweiswürdigung für die Tatfrage von Bedeutung sein, ob der Täter nicht von vornherein an eine Einwilligung geglaubt und die Gegenwehr für eine nur scheinbare gehalten hat, so daß es dann am inneren Tatbestande fehlte (vgl. zu obigen Ausführungen RGSt. 64, 116; RG.: JW. 1935, 2734¹⁶; 1934, 2335^{2a}).

2. Soweit das O.G. bei der neuen Verhandlung zu einer Verneinung des Tatbestandes der Notzucht gelangt, wird zu prüfen sein, ob die Handlungsweise des Angekl. den Tatbestand des § 185 StGB. erfüllt.

Notzucht und Beleidigung stehen zueinander im Verhältnis der Geseseinheit, der in der Notzuchthandlung begriffsnotwendig enthaltene Angriff auf die Geschlechtschre wird durch die besondere Strafnorm des § 177 StGB. ohne weiteres mitumfaßt. (RGSt. 65, 337; 45, 344 und 65, 1). Eine Beurteilung wegen der in dem Geschlechtsakt selbst liegenden Beleidigung könnte demnach eintreten, wenn nur das Merkmal der Gewaltanwendung oder der Nötigung oder der sie umfassende Vorsatz zu verneinen wäre. Die irrtümliche Annahme des Täters, die Angegriffene willige in den Geschlechtsverkehr ein, würde allerdings regelmäßig die Tat als solche nach allen in Betracht kommenden Gesichtspunkten — auch nach denen der Beleidigung — betreffen und daher gegebenenfalls auch eine Beurteilung wegen tätlicher Beleidigung ausschließen.

Es bliebe alsdann noch — einerlei, ob die Notzucht und die begrifflich in ihr liegende Beleidigung bejaht oder verneint wird — für die Annahme einer Beleidigung nur Raum, sofern die Betätigung des Angekl. über den in dem geschlechtlichen Mißbrauch selbst liegenden Angriff auf die Ehre und körperliche Unversehrtheit der Angegriffenen hinausging. Zu einer abschließenden Beurteilung, ob dies der Fall war, reichen die tatsächlichen Feststellungen nicht aus. Das O.G. wird daher gegebenenfalls den Sachverhalt nach dieser Richtung noch näher aufzuklären und bezüglich der Beleidigung insbes. zu prüfen haben, ob nicht schon jeweils in dem ersten Angriffe, den der Angekl. gegen die Frau R. führte, eine tatsächliche (in der Vollziehung des Beischlafs dann wenigstens dem äußeren Tatbestande nach fortgesetzte) Beleidigung enthalten wäre. Es reicht auch hier bedingter Vorsatz aus. Es wäre so nach nicht ausgeschlossen, daß der Angekl., als er gegen die R. tätlich zu werden begann, zu mindesten mit der Möglichkeit gerechnet hat, daß sie mit einem derartigen, ihre Frauenehre verletzenden Verhalten nicht einverstanden sei und auf diese Gefahr hin mit Willen gehandelt hat. Das aber würde, da sich diese Möglichkeit nach den bisherigen Feststellungen des Urteils anscheinend verwirklicht hat, zu einer Beurteilung wegen Beleidigung ausreichen (RG.: JW. 1909, 295²⁷).

(RG., 4. Str.Sen. v. 12. Aug. 1938, 4 D 483/38.)

*

8. OLG. — §§ 271, 363 StGB.; § 17 der 1. Durchf.BD. z. Gef. v. 26. Febr. 1935. Der vom Arbeitsamt auszufüllende Teil des Arbeitsbuches ist öffentliche Urkunde i. S. des § 271 StGB. Abgrenzung gegen § 363 StGB. und § 17 der 1. Durchf.BD. zum Gef. v. 26. Febr. 1935.

Der Angekl. ist durch Urteil der Großen Strk. des O.G. in E. v. 24. Mai 1938 wegen Verbrechen der mittelbaren Falschbeurkundung nach §§ 271, 272 StGB. zu zwei Monaten Ge-

fängnis verurteilt worden. Die Strk. hat festgestellt, daß er dem Arbeitsamt in W. gegenüber bei der Anlegung seines Arbeitsbuches falsche Angaben über seine berufliche Vorbildung gemacht hat, die zu entsprechenden unrichtigen Eintragungen in das Arbeitsbuch geführt haben.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Rev. des Angekl. Sie ist sachlich nicht gerechtfertigt.

Die Rev. rügt zu Unrecht, daß die Strk. ihrem Urteil einen Tatbestand zugrunde gelegt habe, über den bereits rechtskräftig entschieden sei. Der Angekl. ist nicht etwa verurteilt worden, weil er die Eintragung seiner letzten Arbeitgeberin durchstrichen und das Arbeitsbuch zur Änderung an sie zurückgeschickt hat. Die Ausführungen des Urteils, die insoweit nur eine umfassende Darstellung des Sachverhalts geben — lassen klar erkennen, daß der Angekl. nur wegen der durch ihn veranlaßten Eintragungen des Arbeitsamtes über seine berufliche Entwicklung bestraft worden ist. Soweit die Rev. ausführt, die Angaben des Angekl. seien gar nicht unrichtig gewesen, scheitern diese Ausführungen an den zweifelsfrei getroffenen gegenteiligen Feststellungen.

Auch soweit die Rev. die Verletzung von Rechtsnormen rügt und meint, § 363 StGB. müsse angewandt werden, ist sie nicht gerechtfertigt. Die Strk. hat ohne Rechtsirrtum die Anwendbarkeit des § 363 StGB. verneint. Es mag dahingestellt bleiben, ob diese Bestimmung auf das durch Gef. v. 26. Febr. 1935 geschaffene Arbeitsbuch überhaupt Anwendung finden kann. Denn jedenfalls umfaßt § 363 StGB. nur den Fall der fälschlichen Anfertigung und Verfälschung von Legitimationspapieren, jedoch nicht den der mittelbaren Falschbeurkundung (vgl. RGSt. 68, 301 = JW. 1934, 2920²⁰ [m. Anm.: JW. 1934, 3059]).

Die Voraussetzungen des § 271 StGB. sind gegeben. Unzweifelhaft stellt das Arbeitsbuch eine öffentliche Urkunde dar. Die Eintragungen des Arbeitsamtes über Person und berufliches Vorleben des Inhabers sollen auch gegenüber jedermann unmittelbar Beweis erbringen. Das erhellt aus dem Sinn und Zweck des Gesetzes über die Einführung eines Arbeitsbuches, insbes. wird dies auch in der Einführung zum Gesetz betont, in der es ausdrücklich heißt, daß das Arbeitsbuch als amtlicher Ausweis über die Berufsausbildung und berufliche Entwicklung des Arbeiters oder Angestellten dienen soll. Die Tatsache, daß die Eintragungen in den vorgesehenen Spalten des Arbeitsbuches häufig auf Grund den vorgegebenen Angaben ausgefüllt werden, vermag daran nichts zu ändern. Auch tatsächliche Angaben einer Person über ihre persönlichen Verhältnisse können mit öffentlichem Glauben als richtig bezeugt werden (vgl. RGSt. 24, 308).

Durch die Strafbestimmung des § 17 der 1. DurchfV.D. zum genannten Gesetz wird die Anwendung des § 271 StGB. nicht ausgeschlossen. Nach Ziff. 1 dieser Bestimmung wird, sofern nicht nach anderen Strafgesetzen eine schwerere Strafe verwirkt ist, mit Geldstrafe bis zu 150 RM. oder mit Haft bestraft, wer die vom Arbeitsamt verlangten Angaben über seine Person und sein Berufsleben unrichtig oder unvollständig macht. Zwischen dieser Bestimmung und § 271 StGB. besteht keine Gesetzeskonkurrenz, denn die beiden Bestimmungen decken sich nicht in allen wesentlichen Punkten. Durch § 271 StGB. wird weder die versuchte noch die fahrlässige mittelbare Falschbeurkundung erfaßt, deren Bestrafung durch § 17 der genannten DurchfV.D. ermöglicht wird. Die Anwendbarkeit der Bestimmungen des StGB. über die mittelbare Falschbeurkundung (§§ 271 ff. StGB.) wird demnach durch § 17 nicht ausgeschlossen.

Die Strk. hat die Voraussetzungen der §§ 271, 272 StGB. ausreichend festgestellt, es bestanden daher gegen die richtige Anwendung der Rechtsnormen keine Bedenken.

(RG. Naumburg [Saale], StrSen., Ur. v. 20. Aug. 1938, Ss 80/38.)

Kontursordnung

** 9. RG. — §§ 239, 240 RD. Zur Frage der rechtlichen Einheit von Konkursverbrechen und -vergehen, die sich auf dieselbe Zahlungseinstellung oder Konkursöffnung beziehen.

Die Verurteilung wegen Vergehens gegen den § 240 Abs. 1 Nr. 3, 4 RD. besteht zu Recht.

Soweit die Strk. den Angekl. wegen Vergehens gegen den § 242 Abs. 1 Nr. 2 RD. verurteilt hat, ist das angefochtene Urteil ebenfalls einwandfrei begründet.

Daß die Strk. den Angekl. nicht zugleich wegen Vergehens gegen den § 239 Abs. 1 Nr. 2 RD. verurteilt hat, ist nicht zu beanstanden (RGSt. 60, 234, 235 ff.). Richtig ist schließlich auch, daß die Strk. das Verbrechen gegen den § 242 Abs. 1 Nr. 2 RD. gegenüber dem Vergehen gegen den § 240 Abs. 1 Nr. 3, 4 als eine rechtlich selbständige Tat angesehen hat. Die Rspr. des RG., nach der Konkursverbrechen und -vergehen, die sich auf dieselbe Zahlungseinstellung oder Konkursöffnung beziehen, als eine rechtliche Einheit zu betrachten sind, gilt nur für Zuwiderhandlungen gegen die Strafbestimmungen der RD., die der Schuldner als solcher begangen hat. Das ist hier aber bei dem Aufstellen des erdichteten Anspruches nicht der Fall; denn hierbei hat der Angekl. nicht als der gemäß dem § 83 GmbHG. für den Gemeinschuldner — der GmbH. — Verantwortliche, sondern für sich selbst, in seiner Eigenschaft als Privatmann, gehandelt (vgl. RGSt. 66, 268). Es gelten daher für die Frage, ob eine Einheitstat oder Tatmehrheit vorliegt, die allgemeinen Bestimmungen. Tateinheit ist nicht gegeben, weil sich die tatbestandsmäßigen Handlungen der beiden Straftaten in keinem Punkte decken; Fortsetzungszusammenhang ist schon begrifflich ausgeschlossen, da es sich um Verstöße gegen verschiedene Strafbestimmungen handelt.

(RG., 3. StrSen. v. 28. Juli 1938, 3 D 327/38.)

Strafprozeßordnung

10. RG. — § 61 StPD. Jeder Zeuge ist nach dem in dem § 59 StPD. aufgestellten Grundsatz auch in den Fällen des § 61 Nr. 4 StPD. zu vereidigen, wenn das Gericht kein Anzeichen dafür findet, daß er etwa aus Furcht, sich zu belasten, aus Schamgefühl oder aus anderen Gründen von der Wahrheit abgewichen ist; abgesehen werden kann dagegen nur dann von der Vereidigung, wenn sein Zeugnis durch solche in Nr. 4 des § 61 StPD. vorgesehenen Erwägungen beeinflusst erscheint.

Vergleiche hierzu die Ur. des erf. Sen.: 1 D 1545/34 v. 5. Febr. 1935: JW. 1935, 2436¹⁷ und 1 D 491/35 vom 13. Aug. 1935: JW. 1935, 2976⁴⁹. An obigen Grundsätzen muß festgehalten werden. Wenn also auch ein außerehelicher Geschlechtsverkehr mit einem Juden einer deutschblütigen Frau, wie keiner Ausführungen bedarf, zur Unehre gereicht, so darf doch das darüber abgelegte Zeugnis der beteiligten Frau gemäß dem § 61 Nr. 4 StPD. nur dann unbeeidigt bleiben, wenn die Möglichkeit besteht, daß es nicht der Wahrheit entspricht.

Unrichtig ist überdies, daß das LG. die Zeugin zu ihrer gesamteten Aussage unbeeidigt gelassen hat, ohne dies besonders zu begründen. Nach dem § 61 Nr. 4 StPD. kann von der Vereidigung bei jedem Zeugen hinsichtlich der Auskünfte auf Fragen über die im Gesetz bezeichneten Tatsachen unter Umständen abgesehen werden. In der Sitzungsniederschrift muß sodann angegeben werden, welcher Teil der Aussage unbeeidigt erstattet und warum die Vereidigung unterblieben ist (§ 64 StPD.). Grundsätzlich ist also die Nichtvereidigung auf solche Punkte zu beschränken, bei denen die Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung oder der drohenden Unehre den Zeugen zur Abweichung von der Wahrheit veranlaßt haben könnten. Denkbar sind Fälle, in denen die gesamte Aussage eines Zeugen in dieser Weise beeinflusst erscheint. Das muß der Tatrichter besonders sorgsam prüfen. Unter Umständen muß dann der Beschluß, der die Nichtvereidigung anordnet, erkennen lassen entweder, daß der Zeuge nur über Tatsachen ausgesagt hat, für die die Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung oder drohender Unehre gegeben war, oder daß die Tatsachen, für die diese Voraussetzungen nicht vorliegen, in einem untrennbaren inneren Zusammenhang zum sonstigen Inhalt der Aussage stehen.

(RG., 1. StrSen. v. 12. Aug. 1938, 1 D 523/38.)

11. RG. — § 219 StPD. Hat der Vorsitzende vor der Hauptverhandlung einen schriftlich gestellten Beweis Antrag dahin beschlossen, daß die unter Beweis gestellte Behauptung als wahr unterstellt werde, so muß er in der Hauptverhandlung dem Gericht hiervon Kenntnis geben. Im übrigen muß sich der Angekl. darauf verlassen können, daß die gegebene Zusicherung eingehalten wird.

Der Beweis Antrag, der durch Schriftsatz dem Gericht vor der Hauptverhandlung eingereicht war, ging dahin, die Eheleute R. und den M. als Zeugen darüber zu vernehmen, daß der Beschw. in der Zeit, in die die Begehung der ihm vorgeworfenen Straftaten fällt, einen bescheidenen Lebenswandel geführt hat. Der Beschw. wollte damit seine Einlassung glaubhaft machen, er habe von den festgestellten veruntreuten Geldern einen erheblich geringeren Teil zu eigener Verwendung behalten als die Anklage angenommen hatte.

Der Gerichtsvorsitzende hat auf Grund seiner Befugnis aus § 219 StPD. diesen Antrag gegenüber dem Verteidiger dahin beschlossen, er lehne die Ladung der Zeugen ab, weil das in ihr Wissen Gestellte als wahr unterstellt werden soll. Ausweislich der Sitzungsniederschrift ist der Beweis Antrag in der Hauptverhandlung nicht wiederholt worden. Die Rev. macht geltend, das Urteil würdige die Beweis Tatsachen nicht. Es stelle lediglich fest, daß eine wirtschaftliche Not bei dem Beschw. nicht vorlag und daß die Triebfeder seines Handelns Gewinnsucht war. Der Beschw. rügt, daß das Urteil sich mit den genannten Tatsachen, die sein Verteidiger in der Hauptverhandlung ausdrücklich erörtert habe, nicht auseinandergesetzt habe.

Das Verfahren des Gerichtsvorsitzenden ist rechtlich zu beanstanden. Eine Wahrunterstellung kann nur bei an sich erheblichen Tatsachen von dem Gericht für zulässig und angezeigt erachtet werden. Ob dieser Fall eintreten wird, kann der Vorsitzende allein weder ermessen noch entscheiden. Der Angekl. muß sich aber, auch wenn ihm ein Verteidiger zur Seite steht, auf die in einer Verfügung nach § 219 StPD. von dem Gerichtsvorsitzenden gegebenen Zusicherung verlassen können. Ist ein vor der Hauptverhandlung gestellter Beweis Antrag in der erörterten unzulässigen Art beschlossen worden, so erwächst daraus für den Vorsitzenden in der Regel die Pflicht, in der Hauptverhandlung den Inhalt seiner Verfügung und damit seine Ansicht über die Wahrunterstellung zur Kenntnis des erkennenden Gerichts zu bringen (RGUrt. v. 8. Okt. 1935, 1 D 717/35; JW. 1936, 665 in Abweichung der dort angeführten früheren Entscheidung desselben Senats).

Da der Gerichtsvorsitzende dies unterlassen hat, liegt insofern ein Verfahrensfehler vor (RGSt. 61, 376, 378). Die angef. Entsch. beruht aber nicht auf diesem Verstoß.

Es kann davon ausgegangen werden, daß der Beschw. von der Wiederholung eines förmlichen Beweis Antrages im Vertrauen auf die Zusicherung des Vorsitzenden abgesehen hat. Die Rüge hätte durchgreifen müssen, wenn sich das Gericht bei der Beurteilung des Vorbringens des Angekl. mit der Zusage des Vorsitzenden in Widerspruch gesetzt hätte. Das ist indes nach den Urteilsgründen nicht der Fall.

(RG., 2. StrSen. v. 25. Juli 1938, 2 D 290/38.)

*

12. RG. — § 261 StPD. Richter, die eine besondere, außerhalb der Hauptverhandlung gewonnene Kenntnis haben (z. B. von dem Ort der Tat), dürfen diese bei der Urteilsfindung nicht verwerten.

Die Rüge der Rev., § 261 StPD. sei verletzt, kann keinen Erfolg haben. Die Behauptung, „das Schwurgericht“ habe zwei Tage vor der Hauptverhandlung den Tatort aufgesucht und sich die einzelnen für den Hergang und die Entwicklung der Straftat maßgebenden Stellen zeigen und beschreiben lassen, ist in dieser Form unrichtig. Nach der dienstlichen Erklärung des Vorsitzenden des SchwG. führen die Mitglieder des SchwG., jedoch mit Ausnahme des Berichterstatters

in dieser Sache einige Tage vor der Hauptverhandlung zufällig am Tatort in D. vorbei. Sie stiegen aus und sahen sich das Gasthaus des Gastwirts Z., das Wohnhaus des Angekl. und den Platz, an dem beide liegen, an. Hierbei handelte es sich nicht um eine Augenscheinseinnahme durch das SchwG. Es liegt weder ein Beschluß vor, daß ein Augenschein eingenommen werden soll, noch ist eine Niederschrift über den Vorgang zu den Akten gebracht. Bei einer Augenscheinseinnahme durch das SchwG. hätte auch der Bericht erstatter nicht fehlen dürfen. Die an der Besichtigung beteiligten Mitglieder des SchwG. kamen vielmehr zufällig am Tatort vorbei. Danach handelt es sich um eine private Besichtigung seitens einiger Mitglieder des SchwG. Hat es sich somit überhaupt nicht um eine Augenscheinseinnahme durch das Gericht gehandelt, so kann der Angekl. auch nicht bestritten werden, daß er und sein Verteidiger bei der behaupteten Augenscheinseinnahme nicht zugezogen worden seien. Aus demselben Grunde kann er nicht behaupten, § 247 StPD. sei verletzt, weil ihm das Ergebnis einer Ortsbesichtigung nicht bekanntgegeben worden sei.

Die Tatsache, daß die erörterte Besichtigung vorgenommen worden ist, kann als solche in keinem Falle einer Verfahrensrüge als Stütze dienen, weil sie nicht im Rahmen des amtlichen Gerichtsverfahrens vorgenommen worden ist. Nachdem sie vorgenommen worden war, war die verfahrensrechtliche Lage nicht anders, als in einem Fall, wie er oft vorkommt, in dem ein oder mehrere Richter infolge irgendeines Zufalls eine nähere Kenntnis von der Örtlichkeit haben, in der sich ein strafrechtlich abzuurteilender Vorgang abgespielt hat, als die übrigen. Richter, die eine solche besondere, außerhalb der Hauptverhandlung erworbene Kenntnis haben, dürfen sie bei der Urteilsfindung nicht verwerten, weil das Gericht über das Ergebnis der Beweisaufnahme nach seiner freien aus dem Jubegriff der Verhandlung geschöpften Überzeugung zu entscheiden hat. Eine solche Kenntnis einzelner Gerichtsmitglieder darf auch nicht dazu führen, daß irgendwelche in sich beweisbedürftige Tatsachen als gerichtsbeamtet oder offenkundig ohne Beweiserhebung dem Urteil zugrunde gelegt werden. Daß im vorliegenden Fall die privaten bei der erörterten Ortsbesichtigung erworbenen Kenntnisse der Örtlichkeit von den dabei beteiligt gewesenem Richtern verwendet worden seien, will die Rev. offensichtlich behaupten. Wäre das geschehen, so läge allerdings ein Verfahrensverstoß vor. Aus dem Urteil ergibt sich nun aber, daß der Tatort, insbes. die Lage der in Betracht kommenden Gebäude zueinander für die Entscheidung keine Rolle gespielt haben kann. Die an der Besichtigung beteiligt gewesenem Mitglieder des Gerichts hatten bei der Einfachheit der Örtlichkeit und ihrer offenbaren Bedeutungslosigkeit für das Urteil gar keine Gelegenheit, ihre etwaigen privaten Kenntnisse der Örtlichkeit bei der Urteilsfindung zu verwerten.

(RG., 4. StrSen. v. 29. Juli 1938, 4 D 296/38.)

Straffreiheitsgesetz

13. RG. — § 2 StraffreiG. v. 20. April 1938. Ein Handeln aus politischen Beweggründen i. S. des Ges. v. 20. April 1938 setzt voraus, daß die Tat ihre Triebfeder in der Anschauung und Willensrichtung des Täters in bezug auf eine politische Angelegenheit hatte (RGSt. 58, 414 = JW. 1925, 1296). Die Gewährung der Straffreiheit aus diesem Gesichtspunkt kommt nicht schon dann in Frage, wenn nur eine Möglichkeit besteht, daß in gewissem Umfang auch politische Beweggründe mitgewirkt haben können. Vielmehr ist zu fordern, daß durch das Ermittlungsergebnis die volle Überzeugung des Gerichts begründet wird, daß solche Beweggründe den Täter zu der Straftat wesentlich bestimmt haben.

(RG., 2. StrSen. v. 11. Aug. 1938, 2 D 244/38.)

Zivilrecht

Bürgerliches Gesetzbuch

14. RG. — §§ 276, 823 BGB. Haftung des Veranstalters von Sportvorführungen für die Sicherung der Zuschauer gegen die mit der Veranstaltung verbundenen Gefahren nicht nur bis zur Beendigung der Sportübung als solcher, sondern bis zur Beendigung der Veranstaltung überhaupt.

Am 21. Juni 1936 veranstaltete der Bezirk 2 des Deutschen Radfahrerverbandes auf der Radrennbahn zu R. ein Fahrradrennen. Die Rennbahn steht im Eigentum der Deutschen Reichsbahn und ist auf die Dauer von 10 Jahren an den Fischhändler Karl L. verpachtet. Nach Schluß des Rennens überkletterten der Tüncher H. und der Former H., die als Zuschauer dem Rennen beigezogen hatten, die Bretterwand, welche die Bahn von dem Zuschauerraum trennt, und kamen dadurch auf die Bahn. Dort nahm H. das Rennrad des Rennfahrers H., der an dem Rennen teilgenommen hatte, und fuhr damit einmal um die Bahn herum. Dann übergab er das Rad dem H., der ebenfalls eine Runde fuhr. Schließlich nahm H. nochmals das Rad an sich und setzte damit in der stark überhöhten Kurve an der Nordseite zum Start an, wobei ihm H. behilflich war. H. war ungefähr 27 m weit gefahren, als er mit dem Tüncher R. zusammenstieß, der gerade im Begriff war, die Rennbahn zu überschreiten. R. wurde durch den mächtigen Anstoß des Radfahrers zu Boden geschleudert und erlitt einen Schädelbruch, der vier Tage später seinen Tod herbeiführte. H. wurde wegen fahrlässiger Tötung verurteilt.

Die Witwe des Getöteten, die jetzige Kl., erhob im Oktober 1936 Klage gegen H. und den Pächter Karl L. Durch Urf. v. 10. Juni 1937 wurde H. verurteilt, an die Kl. 291,28 RM nebst Zinsen sowie für die Zeit v. 25. Juni 1936 bis zum 4. Nov. 1957 eine vierteljährlich voranzahlbare Rente von 90 RM für den Monat zu zahlen. Die Klage gegen L. wurde abgewiesen.

Die Kl. macht jetzt Ansprüche in der gleichen Höhe gegen den Deutschen Radfahrerverband e. V. geltend, dessen Bezirk 2 das Rennen veranstaltet hat. Während das LG. den Bfkl. nach dem Klageantrage verurteilte, also der Kl. 291,28 RM nebst Zinsen und eine Rente von monatlich 90 RM für die Zeit v. 25. Juni 1936 bis zum 4. Nov. 1957 zu sprach, setzte das BG. die Rente auf 55 RM monatlich herab. Die Rev. des Bfkl. war erfolglos.

Der Bfkl., ein eingetragener Verein, hat das Radfahrerrennen, um das es sich im Rechtsstreit handelt, veranstaltet. Nach der von der Kl. aufgestellten und von dem Bfkl. nicht bestrittenen Behauptung war dem Bfkl. in dem polizeilichen Erlaubnischein die Auflage gemacht worden, für Ordnung und Sicherheit auf der Bahn zu sorgen und insbesondere das Betreten der Rennbahn nur den Fahrern und den mit der Durchführung der Rennen beauftragten Personen zu gestatten. Der Bfkl. trägt dazu noch vor, daß sämtliche für den Ordnungsdienst und im Innenraum tätigen Personen besondere Anweisung oder Anbinden gehabt hätten, daß der verunglückte H. aber weder das eine noch das andere gehabt habe, weil seine Tätigkeit im Innenraum nicht erforderlich gewesen sei. Der Bfkl. stellt nicht in Abrede, die Verantwortung für die Sicherung des Publikums gegen die mit der Veranstaltung verbundenen Gefahren für die Zeit des Rennens gehabt zu haben; er behauptet aber, daß das Rennen zur Zeit des Unfalls beendet gewesen sei und er deshalb für die Folgen des Unfalls nicht haftbar sei. Sowohl das LG. als auch das BG. ist dem entgegengetreten, und diese Auffassung beruht nicht auf Rechtsirrtum. Beide Gerichte unterscheiden zwischen der Beendigung der Sportübungen als solcher und zwischen dem Ende der ganzen Veranstaltung. Diese Unterscheidung ist gerechtfertigt. Die Art der Veranstaltung bringt es mit sich, daß sowohl vor wie nach den eigentlichen Sportübungen das Publikum noch in den Gefahrenkreis geraten kann, der mit jenen Übungen auch dann noch verbunden ist. Kommen für die so mit der ganzen Veranstaltung verbundenen Gefahren

nach Zeitabschnitten verschiedene Sicherungspflichtige, wie der Bfkl. meint, in Betracht, so muß dafür gesorgt werden, daß sich die Tätigkeit des einen mit Sicherheit an die des anderen anschließt. Wer für die Zeit der Sportübungen selbst verantwortlich ist, darf seine Tätigkeit nicht eher einstellen, als bis er davon überzeugt sein kann, daß der andere an seine Stelle getreten ist oder eine Gefahr nach Lage der Sache überhaupt nicht mehr besteht. Diese Erwägung kommt insbesondere dann in Betracht, wenn über die Grenze der einzelnen Zeitabschnitte nach der Sachlage Zweifel bestehen können; gerade unter diesem Gesichtspunkt kann die noch zu erörternde Vorlegung der Sperrkette von besonderer Bedeutung sein. Gegen diese Pflicht hat der Bfkl. gefehlt. Er kann nicht behaupten, daß eine Sicherungstätigkeit des Pächters der Bahn vor dem Unfall irgendwie in die Erscheinung getreten ist. Seine Auffassung, daß mit dem Schluß des sportlichen Geschehens die Aufsicht über die Bahn von selbst auf den Besitzer der Rennbahn übergegangen sei, ist abzulehnen. Sie berücksichtigt nur die sportliche Seite der Angelegenheit, nur die am Sport unmittelbar Beteiligten, nicht aber die im Verkehr zur Sicherung des Publikums erforderliche Sorgfalt.

Davon abgesehen ist dem BG. aber auch in der Annahme nicht entgegenzutreten, daß dem Bfkl. für die ganze Zeit der Veranstaltung, nicht nur für die Zeit der Übungen selbst, die Sicherungspflicht oblag. Das BG. hebt hierzu lediglich hervor, daß insbesondere die Aufräumungsarbeiten noch nicht beendet waren. Der Bfkl. hat in seinen Schriftsätzen darzulegen versucht, daß die Tätigkeit des R. während des Unfalls mit dem ihm erteilten Auftrage in keinem Zusammenhang mehr gestanden habe; des weiteren bezog sich einer dieser Schriftsätze auf die Frage, wo sich der sportliche Leiter der Veranstaltung aufgehalten hat; daß er die Aufsicht über die Bahn ausgeübt hat, ist nicht behauptet; die Notwendigkeit solcher Aufsicht für den in Rede stehenden Zeitpunkt ist vielmehr von dem Bfkl. ständig bestritten worden. Den zunächst gestellten Entlastungsbeisatz hat der Bfkl. später ausdrücklich fallenlassen. Er hat darauf hingewiesen, daß der beste Beweis für die Beendigung der Veranstaltung zur Zeit des Unfalls die Tatsache sei, daß der dienstlich erschienene Polizeibeamte seinen Platz bereits verlassen habe. Daran hat er die Bemerkung geknüpft: „Daß sich nach dem Rennen Sanitäter und Ordnungsmannschaften auf dem Platz herumtrieben, ist kein Beweis dafür, daß das Rennen nicht beendet gewesen wäre.“ Alle diese An- und Ausführungen können die Feststellungen des LG. und des BG. zu dem entscheidenden Punkt nicht beeinflussen; sie bestätigen vielmehr diese Feststellungen. Die Zusammenfassung des Bfkl., sämtliche Zuschauer hätten zur Zeit des Unfalls den Platz bereits verlassen gehabt, wird durch die Tatsache widerlegt, daß H., der den Unfall unmittelbar herbeiführte, und H. über die Brüstung herübergellettert sind.

Zu Unrecht meint die Rev., daß den Vertreter des Vereins im vorliegenden Falle kein Verschulden treffe. Daß Vorfälle der hier fraglichen Art vorkommen können, solange noch ein Teil des Publikums nach Beendigung des sportlichen Teils der Veranstaltung anwesend ist, liegt keinesfalls außerhalb des Vorhersehbaren. Durch eine Sperrkette wäre ein unbefugtes wiederholtes Durchfahren um die Bahn, wie es hier geschehen ist, in der Regel verhindert worden; und die Sperrkette wäre auch als äußeres Kennzeichen eine Warnung für Unbefugte gewesen. Und sodann: wenn die Sperrkette noch nicht wieder angelegt war, dauerte eben, wie oben dargelegt, die Sicherungspflicht des Bfkl. fort.

Zur Frage des Mitverschuldens des R. hat das BG. allerdings lediglich auf die Ausführungen des LG. verwiesen. In diesen ist aber kein Rechtsirrtum enthalten. Daß R. sich nach der Beendigung des sportlichen Teils auf dem Gebiet der Rennbahn befand, hing damit zusammen, daß er die Kundennummern einzusammeln hatte; ob das im Auftrage des Bfkl. oder eines anderen geschah, ist unerheblich, soweit der Gesichtspunkt der unerlaubten Handlung in Betracht kommt. Wenn die Instanzgerichte weiter annehmen, daß er keine Möglichkeit hatte, dem in übermäßiger Geschwindigkeit herannahenden Radfahrer noch auszuweichen, so ist das recht-

lich nicht zu beanstanden. Das Herannahen eines solchen Kaders konnte er auch bei Beobachtung der erforderlichen Sorgfalt nicht erwarten.

(RG., VI. ZivSen., U. v. 10. Aug. 1938, VI 76/38.)

*

** 15. RG. — §§ 611 ff., 675, 254 BGB.; §§ 74 Abs. 2, 3, 68, 551 Nr. 7 ZPO.; § 37 RRV. Anwaltschaftung. Die Prüfung des Anspruchs des Auftraggebers durch den Anwalt darf vor der eigenen Person und der etwaigen eigenen Haftung des Rechtsanwalts nicht halt machen. Unterläßt der Rechtsanwalt diese Prüfung, dann haftet er, falls seinem Auftraggeber daraus ein Schaden erwächst, wegen dieser schuldhaften Unterlassung. — Es ist anerkanntes Rechtens, daß es der ausdrücklichen Erhebung des Einwandes des mitwirkenden Verschuldens durch den Veff. nicht bedarf, sondern daß die Erkennbarkeit der Absicht, das eigene Verschulden des Kl. zur Abwehr seiner Ansprüche zu verwenden, genügt. — Bei dem mitwirkenden Verschulden aus § 254 BGB. ist die vorwiegende Mitverursachung und nicht der Grad des Mitverschuldens entscheidend.

Hinsichtlich des Tatbestandes wird auf RG.: JW. 1936, 2707^o verwiesen.

Die Kl. nahm wegen des ihr durch die Verzögerung der Eintragung des Schiffspfandrechts entstandenen Schadens in Höhe von 30 000 RM zunächst das Deutsche Reich (Justizfiskus) in Anspruch. Sie wurde mit ihrer Klage rechtskräftig abgewiesen (vgl. RG. a. a. D.), weil vom Gericht angenommen wurde, daß der (jetzige) Veff. der Kl. für den behaupteten Schaden einzustehen haben (§ 839 Abs. 1 Satz 2 BGB.). In jenem Rechtsstreit verkündete die Kl. dem Veff. in der RevJnst. den Streit. Der Veff. trat dem Rechtsstreit aber nicht bei.

In dem vorl. Rechtsstreit richtet die Kl. nun ihren bezeichneten Schadenersatzanspruch gegen den Veff. Sie stützt die Klage auf schuldhafte Verletzung des zwischen den Parteien bestandenen Rechtsanwaltdienstvertrags (§§ 611 ff., 675 BGB.) durch den Veff. nach zwei Richtungen:

I. Der Veff. habe es unter Nichtbeachtung des § 107 Abs. 2 ZGB., § 33 GBD. schuldhafterweise unterlassen, mit der ihm von der Kl. am 25. April 1930 zur Erwirkung der Eintragung übergebenen Bewilligung nebst Antrag der Firma G. F. P. auf Eintragung eines Schiffspfandrechts zum Höchstbetrage von 30 000 RM v. 12. März 1930 zugleich einen beglaubigten Handelsregisterauszug über die Firma P. dem AG. vorzulegen oder wenigstens unverzüglich nachzureichen, und so die verspätete Eintragung des Schiffspfandrechts erst am 6. Mai 1930 schuldhafterweise verursacht.

II. Er habe der Kl. schuldhafterweise nicht von der Erhebung und Führung der in Rücksicht auf seine eigene Haftung ausichtslosen Klage gegen das Deutsche Reich (Justizfiskus) abgeraten und dadurch die Aufwendung der Kosten für diesen verloren gegangenen Rechtsstreit schuldhaft verursacht.

Zu I. In dem Vorstreit der Kl. gegen das Deutsche Reich ist festgestellt worden (vgl. RG. a. a. D.), daß der Kl. ein Anspruch gegen den Veff. auf Ersatz des ihr durch die Verzögerung der Eintragung des Schiffspfandrechts von 30 000 RM entstandenen Schadens zustehe. Der Grund für die Haftung des Veff. ist dort darin erblickt worden, daß er es unterlassen habe, den Antrag auf Eintragung dieses Pfandrechts so zu gestalten und auszufastten, daß der Eintragung kein Hindernis entgegenstanden habe. Dazu habe der Nachweis gehört, daß der Kaufmann G. P., der als Eigentümer des Schiffs im Schiffsregister eingetragen stand, Alleininhaber der Firma G. F. P. und daß die Frau P., die namens der Firma die Eintragung bewilligt hatte, deren Prokuristin war. Dieser Nachweis hätte durch öffentliche Urkunden, wozu ein beglaubigter Handelsregisterauszug ausgereicht hätte (Schlegelberger, „ZGB. § 107 Erl. 6; Güthe-Triebeil, „GBD. § 33 Erl. 44“; ZGB. 6, 262; RGZ. 52, 20), erbracht werden müssen, und zwar jedenfalls so rechtzeitig, daß die Eintragung des Schiffspfandrechts auf Grund der vollständigen Unterlagen durch den Rechtspfleger B. noch vor seiner Abreise am 30. April 1930 oder durch seinen Vertreter noch am 1. oder 2. Mai hätte vorgenommen werden können.

Diese Feststellung, die im Vorstreit gemäß § 839 Abs. 1

Satz 2 BGB. zur Abweisung der Klage gegen das Deutsche Reich führen mußte, hat der Veff., der dem Rechtsstreit nicht beigetreten ist, gemäß § 74 Abs. 2, 3, § 68 ZPO. gegen sich gelten zu lassen, soweit er dagegen nicht mit Recht die Einrede der mangelhaften Prozeßführung gemäß § 68 2. Halbsatz ZPO. erheben kann (RGZ. 123, 96 = JW. 1929, 844²; RGZ. 130, 300; JW. 1935, 3539¹⁰).

Diese Einrede hat der Veff. erhoben und sie damit begründet, daß ihm im Vorprozesse der Streit erst in der RevJnst. verkündet und daß er durch die Lage des Rechtsstreits verhindert worden sei, Einwendungen tatsächlicher Art gegen die Annahme seiner Haftung vorzubringen. So habe er nicht mehr geltend machen können, daß er mit Recht habe annehmen können, die Eigenschaft der Frau P. als Prokuristin der Firma P. sei beim Registergericht offenkundig gewesen. — Das BG. hat ihn mit diesem Einwand nicht gehört, weil einmal die Streitverkündung mit der Wirkung aus § 68 ZPO. in jeder Lage des Rechtsstreits erfolgen könne und weil weiter der Veff. als Berater, nicht nur als Schriftwechselanwalt, der Kl. weitgehenden Einfluß auf den Vorstreit schon in den Tatsacheninstanzen habe nehmen können.

Diese Rechtsauffassung des BG. ist, darin ist der Rev. zuzustimmen, insofern nicht zutreffend, als die Streitverkündung erst in der RevJnst. den Streitverkündeten gemäß § 68 2. Halbsatz ZPO. grundsätzlich nicht daran hindert, gegenüber dem gegen ihn gerichteten Klageanspruch diejenigen tatsächlichen Einwendungen gegen die Feststellung im Vorstreit geltend zu machen, die ihm in der RevJnst. abgeschnitten waren. Vorliegend ist aber im Verhältnis zwischen den Parteien ein Umstand von besonderer Bedeutung, auf den auch das BG. schon hinweist, ohne allerdings daraus die klaren rechtlichen Folgerungen zu ziehen. Der Veff. war, wie das BG. feststellt, sich im übrigen auch aus den ganzen Aktenunterlagen ergibt, in dem Vorstreit Prozeßberater der Kl. und hat diesen mit instruiert. Ob und wie weit seine Tätigkeit in dem Prozesse sonst als die eines Schriftwechselanwalts zu bezeichnen ist oder nicht, ist dabei nicht entscheidend. Jedenfalls bestand zwischen der Kl. und dem Veff. in bezug auf den in Frage kommenden Schadenersatzanspruch ein Rechtsanwaltdienstvertrag (§§ 611 ff., 675 BGB.). Ein solcher Vertrag verpflichtet den Rechtsanwalt zur sorgfältigen Prüfung und Sicherung des Anspruchs nach jeder Richtung. Diese Prüfung darf vor seiner eigenen Person, seiner etwaigen eigenen Haftung, nicht haltmachen. Der Auftraggeber kann dadurch nicht schlechter gestellt sein, daß der beauftragte Rechtsanwalt etwa selbst ihm gegenüber Schuldner ist. Unterläßt er diese Prüfung, dann haftet er, falls seinem Auftraggeber daraus ein Schaden erwächst, wegen dieser schuldhaften Unterlassung. Nimmt er diese Prüfung vor, und ergibt sich dabei die Möglichkeit der eigenen Haftung, dann ist er vor die Frage gestellt, ob er den Auftrag beibehalten oder zurückgeben soll. Behält er den Auftrag bei, dann hat er die zur Wahrung der Rechte seines Auftraggebers auch gegen ihn notwendigen Schritte zu tun. Sieht er sich dazu nicht in der Lage, dann hat er seinen Auftrag zurückzugeben, damit ein anderer Rechtsanwalt die Rechte seines Auftraggebers ihm gegenüber wahr.

Diese allgemeinen Grundsätze für die Behandlung des einem Rechtsanwalt gegebenen Auftrags haben noch ihre besondere Bedeutung in dem Falle des § 839 BGB. Hier ist das Nichtbestehen eines Ersatzanspruchs gegen einen Dritten Voraussetzung des geltend zu machenden Anspruchs (§ 839 Abs. 1 S. 2 BGB.; RGZ. 81, 430 = JW. 1913, 598; RGZ. 86, 287; 91, 234). Aus diesem Grunde muß die Frage eines solchen Ersatzanspruchs vor der Erhebung der Klage auf Grund der genannten Bestimmung besonders genau geprüft und sie muß auch während des Rechtsstreits dauernd im Auge behalten werden. Der beauftragte Rechtsanwalt darf dabei die Frage seiner etwaigen eigenen Verpflichtung zum Schadenersatz seinem Auftraggeber gegenüber nicht übersehen, andernfalls er für den seinem Auftraggeber daraus erwachsenden Nachteil einzustehen hat.

Aus diesen Grundsätzen ergibt sich für den vorl. Fall eine Reihe von rechtlichen Schlussfolgerungen:

Der Veff. hatte als Rechtsberater der Kl. kraft des ihm gewordenen Auftrags bei der Prüfung des gegen das Deutsche Reich zu erhebenden, auf die schuldhafte Verzögerung der Ein-

tragung des Schiffspfandrechts zu stützenden Anspruchs von vornherein die Frage der möglichen eigenen schuldhaften Verursachung oder Mitverursachung dieser Verzögerung mitzubeachten. Bei sorgfältiger Prüfung hätte ihm wenigstens die Möglichkeit der eigenen Haftung nicht entgehen dürfen. Es kann ihn dabei nicht entschuldigen, daß das Gericht und die Prozeßbevollmächtigten in dem Vorstreit zunächst nicht seine Haftung erwogen haben und daß erst das OLG. darauf aufmerksam machte. Es war so auch seine Pflicht, die Sicherung dieses Anspruchs im Auge zu behalten. Ein Mittel dieser Sicherung im Vorstreit war die Veranlassung der Streitverkündung an ihn, und zwar in doppelter Richtung, einmal, um den Anspruch im Falle der Notwendigkeit des Zurückgreifens der Kl. auf ihn gegen Einwendungen aus § 68 ZPO. zu sichern, sodann um die mögliche Verjährung des Anspruchs nach § 32 a RAO. (§ 37 n. F.) zu verhüten. Daß die Prozeßbevollmächtigten der Kl. schon in den Tatsacheninstanzen dieser seiner Bitte um Vornahme der Streitverkündung an ihn entsprochen hätten, kann nicht zweifelhaft sein. Gegebenenfalls hätte der Vekl. seinen Auftrag an die Kl. zurückgeben müssen. Damit hätte er insoweit seiner Pflicht genügt, wobei es ihm freigestanden hätte, dem Rechtsstreit gemäß § 66 ZPO. als Nebenintervenient beizutreten. Die bezeichnete Maßnahme war also schon während des Schwebens des Rechtsstreits in den Tatsacheninstanzen möglich und sie wurde dringlich, als das OLG. auf die eigene Haftung des Vekl. gegenüber der Kl. hinwies. Da er sie schuldhafterweise unterließ, ist er der Kl. dafür verantwortlich, daß die Streitverkündung erst in der Rev.Jnst. erfolgte, und so an sich dem Einwande der mangelhaften Prozeßführung aus § 68 2. Halbj. ZPO. ausgesetzt ist. Die Berufung auf diesen Einwand ist dem Vekl. daher aus dem Gesichtspunkt des Schadenserfolges wegen schuldhafter Vertragsverletzung gegenüber der Kl. genommen, weil er danach die Kl. so stellen muß, als wäre die Streitverkündung schon in einer der Tatsacheninstanzen mit der vollen Wirkung aus § 68 1. Halbj. ZPO. erfolgt (§ 249 BGB.).

Danach bedurfte es keines Eingehens auf den auf § 68 2. Halbj. ZPO. gestützten Einwand des Vekl. der mangelhaften Führung des Vorstreits, der besonders dahin geht, daß das Vorbringen in der Rev. im Vorstreit, er habe annehmen können, daß die Eigenschaft der Frau B. als Prokuristin der Firma B. beim Registergericht offenkundig sei, von dem RevG., weil in den Tatsacheninstanzen nicht vorgebracht, zurückgewiesen worden sei. Die an diesen Einwand anknüpfende Revisionsrüge ist daher unbegründet.

Die, wie gezeigt, von dem Vekl. nicht mehr angreifbare Feststellung seiner grundsätzlichen Schadenserzähpflicht gegenüber der Kl. im Vorstreit machte eine sachliche Prüfung dieses Anspruchs, wie sie von dem BG. noch vorgenommen worden ist, entbehrlich.

Die schuldhafte Unterlassung der rechtzeitigen Herbeiführung der Streitverkündung durch den Vekl. ist weiter für die Frage der Verjährung des Schadenserzähanspruchs gegen ihn von rechtlicher Bedeutung. Aus dem zwischen den Parteien bestehenden Rechtsanwaltsdienstvertrag ergab sich gemäß den dargelegten Grundätzen die Verpflichtung des Vekl., diesen Anspruch auch dahin zu sichern, daß er nicht verjährte. In Beachtung der Vorschrift des § 32 a RAO. (§ 37 n. F.), wonach der Schadenserzähanspruch gegen einen Rechtsanwalt aus einem Anwaltsdienstvertrag in fünf Jahren verjährt, hatte er Maßnahmen zu erwägen und der Kl. anzuraten, die geeignet waren, gegebenenfalls eine Unterbrechung des Laufs der Verjährung herbeizuführen. Dazu konnte neben den anderen in §§ 208, 209 BGB. vorgesehenen Maßnahmen auch die Streitverkündung an ihn in dem Vorstreit dienen (§ 209 Nr. 4 BGB.). Zu der Zeit, als die Streitverkündung erfolgte, war aber die Verjährung des Anspruchs, wie in dem angefochtenen Urteil zutreffend dargelegt, bereits eingetreten. Für den Eintritt der Verjährung haftete der Vekl. der Kl. ebenfalls aus schuldhafter Vertragsverletzung und er kann sich daher wegen seiner Schadenserzähpflicht nicht auf die Verjährung des Anspruchs gegen ihn berufen, weil der Schadenserzäh ihn verpflichtet, die Rechtslage so gestalten zu lassen, als wäre die Verjährung nicht eingetreten (§ 249 BGB.). Wer für den Schaden verantwortlich ist, kann daraus kein Recht für sich herleiten. Das ist vorliegend der rechtliche

Grund, der dazu führt, dem Vekl. die Einrede der Verjährung gegenüber dem gegen ihn gerichteten Schadenserzähanspruch zu verjagen.

Die Rechtslage ist hier eine andere als in dem in dem Ur. des erl. Sen. RGZ. 153, 101 = JW. 1937, 815^o, auch RGZ. 143, 250 = JW. 1934, 1491^o, 1968^o, behandelten Falle. Dort hatte der Gläubiger Kenntnis von dem Bestehen und der möglichen Verjährung seines Anspruchs, und er durfte berechtigterweise aus dem Verhalten des Schuldners, der sich der Rechtslage ebenfalls bewußt war, schließen, dieser werde die Einrede der Verjährung im gegebenen Falle nicht erheben. Im vorl. Falle hatte die Kl. überhaupt keine Kenntnis von ihrem Anspruch gegen den Vekl. und der drohenden Verjährung, weil sie von dem Vekl., der schuldhafterweise die Rechtslage selbst nicht erkannte, nicht darüber unterrichtet war. Bei einem Sachverhalte der ersteren Art ist angeichts des Verhaltens des Schuldners dem Gläubiger der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung gegenüber der Einrede der Verjährung zuzubilligen. Bei dem vorliegend in Frage kommenden, anders gearteten Sachverhalte ist dieser rechtliche Gesichtspunkt nicht verwendbar. Hier führt nur der Weg über den Schadenserzäh durch den Schuldner zur Verneinung seines Rechts auf die Geltendmachung der Einrede der Verjährung.

Die grundsätzliche Bejahung des Schadenserzähanspruchs der Kl. gegen den Vekl. durch das BG. erscheint hiernach im Ergebnis als rechtsbedenkensfrei.

Offen bleibt die Prüfung der Frage, ob der Kl. durch das schuldhafte Verhalten des Vekl., das die verspätete Eintragung des Schiffspfandrechts zur Folge gehabt hat, ein Schaden entstanden ist. Diese Frage ist im Vorstreit nicht mit beantwortet und daher auch nicht gemäß §§ 74, 68 ZPO. für den gegenwärtigen Rechtsstreit bindend entschieden worden. Es ist auch nicht die Schlussfolgerung gerechtfertigt, durch die im Vorstreit festgestellte Schadenserzähpflicht des Vekl. sei die Kl. an dem Erstreiten gerade eines obliegenden Urteils in dem Rechtsstreit gehindert worden, so daß damit auch ihr Schaden infolge der verzögerten Eintragung des Schiffspfandrechts feststehe. Hätte nicht die Ersähpflicht des Vekl. nach § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB. zur Abweisung der Klage geführt, so wäre damit noch nicht entschieden gewesen, ob der Vorstreit bei einer sachlichen Prüfung des Schadens mit einem obliegenden oder einem abweisenden Urteil geendet hätte. Die Frage der Entstehung des Schadens der Kl. bleibt also in jedem Falle vorliegend zu prüfen.

Das BG. hat die Entstehung des Schadens zunächst dem Grunde nach geprüft und diese Frage bejaht. Insoweit unterliegt das Urteil Rechtsbedenken. Soll über den Grund des Schadens, wie vorliegend geschehen, vorab entschieden werden, so braucht nicht unumstößliche Gewißheit für das Vorhandensein eines Schadens zu bestehen; es genügt, daß nach der Gesamtheit der Umstände die Entstehung eines ziffernmäßig zu erreckenden Schadens mit einiger Sicherheit angenommen werden kann (RGZ. 103, 220). Ob diese Voraussetzung vorliegendfalls gegeben ist, muß als zweifelhaft erscheinen und bedarf noch der näheren Klärung durch den Tatrichter. Die Rev. rügt schon nicht mit Unrecht als rechtsbedenklich die Ansicht des BG., daß, wenn die Eintragung des Schiffspfandrechts noch vor dem 3. Mai 1930, dem Tage der Beschlagnahme des Schiffs durch den schottischen Warengläubiger, erfolgt wäre, die Kl. dasselbe hätte erreichen können, wie die schottischen Gläubiger, daß sie sich also an deren Stelle mit Z. (dem eingetragenen, im Rang vorgehenden Schiffspfandgläubiger) hätte vergleichen und so eine Befriedigung wenigstens wegen eines Teils ihrer Forderung hätte erzielen können. Das BG. übersieht, daß nicht geklärt ist, welche Rechte die schottischen Gläubiger nach dem etwa für sie anwendbaren englischen Beschlagnahmerecht auch im Falle der der Eintragung des Schiffspfandrechts der Kl. nachfolgenden Beschlagnahme des Schiffs besessen hätten und wie weit die Kl. in diesem Falle ihren Anspruch ihnen gegenüber durchzusehen in der Lage war, ganz abgesehen davon, daß auch nicht ohne weiteres angenommen werden kann, daß Z. ihr gegenüber dieselbe entgegenkommende Haltung eingenommen hätte, wie gegenüber den schottischen Gläubigern, deren Rechtsstellung und etwaiges tatsächliches Vorbringen gegebenenfalls

ihm Bedenken einflößen mochte. Von Bedeutung ist weiter, worauf die Rev. ebenfalls nicht mit Unrecht hinweist, daß nicht geklärt ist, ob und wie weit die verspätete Eintragung des Schiffspfandrechts die Rechtsstellung der Kl. gegenüber den schottischen Gläubigern geändert und etwa ungünstiger gestaltet hat. Es wird nicht zu umgehen sein, die hier auftauchenden Rechtsfragen nach dem Verhältnis von dem in Betracht kommenden deutschen Recht zu dem betreffenden englischen Recht zu klären. Erst dann läßt sich mit hinreichender Sicherheit sagen, ob und wie weit die Kl. durch die verspätete Eintragung des Schiffspfandrechts geschädigt worden ist.

Sinzu kommt noch, daß das Urteil an einem von der Rev. mit Recht gerügten Verfahrensmangel (§ 551 Nr. 7 ZPO.) insofern leidet, als der in der Vorinstanz geltend gemachte Einwand mit Beweisanztritt, die schottischen Gläubiger hätten im Falle rechtzeitiger Eintragung des Schiffspfandrechts der Kl. das so kurz vor ihrer Beschlagnahme erlangte Pfandrecht wegen Gläubigerbenachteiligung angefochten (§ 3 Nr. 1 AnfG.), übergangen ist. Würde sich bei der Prüfung dieses Einwandes ergeben, daß nach den ganzen Umständen mit einer rechtswirksamen Anfechtung zu rechnen gewesen wäre, dann würde der Kl. durch die verzögerte Eintragung des Schiffspfandrechts ebenfalls kein Schaden erwachsen sein. Schon aus diesem Grunde dürfte dieser Einwand im Grundverfahren nicht übergangen werden.

Mit Recht hat sodann die Rev. auch noch gerügt, daß das BG. im Grundverfahren nicht das behauptete mitwirkende Verschulden der Kl. an der Entstehung des Schadens geprüft hat (§ 551 Nr. 7 ZPO.). Es ist anerkanntes Rechts, daß es der ausdrücklichen Erhebung dieses Einwandes durch den Bekl. nicht bedarf, sondern daß die Erkennbarkeit der Absicht, das eigene Verschulden des Kl. zur Abwehr seiner Ansprüche zu verwenden, genügt (RGW. ErgB. 1908 Nr. 608). Aus den Ausführungen des Bekl. erhellt hinreichend deutlich, daß der Bekl. es als ein Mitverschulden der Kl. an dem ihr entstandenen Schaden ansah und im Rechtsstreit verwertet wissen wollte, daß sie die von der Firma B. schon am 12. März 1930 ihr ausgehändigte Eintragungsbewilligung betreffs des Schiffspfandrechts erst am 25. April dem Bekl. zur Erwirkung der Eintragung übergab und so eine Verzögerung der Eintragung in das Schiffsregister selbst mitverursachte, daß die Kl. weiter die Wahrnehmung ihrer Rechte gegenüber den schottischen Gläubigern verabsäumte. Hatte das BG. Zweifel, ob der Bekl. den bezeichneten Einwand erheben wollte, so bestand, wie die Rev. mit Recht sagt, berechtigter Anlaß, durch Ausübung des richterlichen Fragerechts (§ 139 ZPO.) diese Frage zu klären.

Der Einwand des mitwirkenden Verschuldens ist der Regel nach in dem Verfahren über den Grund des Anspruchs zu prüfen. Doch gestattet die Rspr. des RG. zumal in neuerer Zeit die Nachprüfung dieses Einwandes erst im Verfahren über die Höhe, wenn das mitwirkende Verschulden zweifellos nur zu einer Minderung, nicht zu einem völligen Wegfall des Schadens führen kann (vgl. u. a. RG.: JW. 1936, 2313^o, 2389^o). Vorliegendenfalls besteht aber die Möglichkeit, daß die Prüfung des mitwirkenden Verschuldens der Kl. zu einer Verneinung der Entstehung des Schadens durch die vom Bekl. verschuldete Verspätung der Eintragung des Schiffspfandrechts der Kl. und damit zur Verneinung des Schadenserfolgsanspruchs überhaupt führen könnte. Das Zögern in der Weitergabe der Eintragungsbewilligung der Firma B. zum Zwecke der Eintragung in der Zeit v. 12. März bis 25. April 1930 durch die Kl. könnte abgesehen von der Veräumung der rechtzeitigen Eintragung zur Folge gehabt haben, daß die Sicherung der Kl. auch bei einer Eintragung noch vor Ende April 1930, also ganz unabhängig von der Verzögerung der Eintragung über diesen Zeitpunkt hinaus, wegen Gläubigerbenachteiligung gemäß § 3 Nr. 1 AnfG. der Anfechtung unterlag. Dann hätte die Kl. ihren Schaden selbst zu vertreten, und es würde an einem ursächlichen Zusammenhang zwischen dem schuldhaften Verhalten des Bekl. und dem der Kl. entstandenen Schaden fehlen. Dabei mag noch bemerkt werden, daß bei dem mitwirkenden Verschulden aus § 254 BGB. die vorwiegende Mitverursachung, nicht der Grad des Mitverschuldens entscheidend ist (RGUrt. v. 6. Dez. 1935, III 215/34 und RGZ. 152, 20 = JW. 1936, 3383^o).

Zu II: Was den zweiten Klageanspruch anbelangt, so kann, wie der Rev. zuzugeben ist, zunächst die Wendung in den Gründen des BU., betreffs dieses Anspruchs sei nach den bindenden Gründen des RGUrt. im Vorstreit festzustellen, daß der Bekl. infolge eines Berufsversehens, also schuldhaft, der Kl. zu einem Rechtsstreit geraten habe, der aus Gründen, die er mangels gehöriger Sorgfalt nicht erkannt habe, verloren gehen mußte, zu Bedenken Anlaß geben. Wenn damit gesagt sein sollte, wie die Rev. meint, die Gründe des RGUrt. im Vorstreit seien nach §§ 74, 68 ZPO. bindend auch für die Frage des Verschuldens des Bekl. bei der Beratung der Kl. über die Einleitung und Führung des Vorstreits, so wäre das allerdings rechtsirrig. Denn über diese Frage ist in jenem Urteil eine Feststellung nicht getroffen worden. Das BU. will aber, wie aus seinen Darlegungen zusammengehalten zu schließen ist, wohl nur sagen, nach den bindenden Gründen des RGUrt. im Vorstreit stehe fest, daß der Bekl. schuldhafterweise die Verzögerung der Eintragung des Schiffspfandrechts für die Kl. verursacht habe und daher der Kl. für den daraus erwachsenen Schaden aufkommen müsse. Diese Rechtslage habe der Bekl. erkennen müssen und er habe daher der Kl. im Hinblick auf die Bestimmung des § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB. nicht zu einem Rechtsstreit gegen das Deutsche Reich raten dürfen, weil dieser wegen der eigenen Erfahrpflicht des Bekl. habe verloren gehen müssen. Weil er aber in schuldhafter Verkennung dieser Rechtslage der Kl. zu dem Rechtsstreit geraten oder zum mindesten der Kl. nicht davon abgeraten habe, so hafte er aus einer schuldhaften Verletzung des zwischen den Parteien bestandenen Dienstvertrags für die der Kl. durch die Führung jenes Rechtsstreits erwachsenen Kosten.

Die so verstandenen Ausführungen des BG. erscheinen insoweit rechtsbedenkenfrei. Sie fußen darauf, daß der Bekl., wie oben dargelegt, seine aus dem Anwaltdienstvertrage sich ergebende Pflicht zur Prüfung des Anspruchs auch nach der Richtung der eigenen Haftung nicht erfüllt und eine entsprechende Belehrung der Kl. vor der Erhebung der Klage unterlassen hat. Es ist dem BG. auch darin beizutreten, daß der Umstand, daß der Bekl., wie er geltend macht, der Kl. wegen der Schwierigkeit oder Unmöglichkeit des Schadensnachweises von der Erhebung der Klage gegen das Deutsche Reich abgeraten habe, ihn nicht ohne weiteres von der Haftung für die Kosten des verloren gegangenen Rechtsstreites befreit, weil er die Kl. nicht auf die Möglichkeit seiner eigenen Haftung und die Folge aus § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB. hingewiesen hat. Es läßt sich jedoch noch nicht übersehen, wie sich das Ergebnis der von dem BG. zu dem ersten Klageanspruch nach der Zurückverweisung der Sache noch näher vorzunehmenden Prüfung der Entstehung des Schadens nicht nur auf die rechtliche Beurteilung des Schadenserfolgsanspruchs wegen der Verzögerung der Eintragung des Schiffspfandrechts, sondern auch des Anspruchs auf Erstattung der Kosten des Vorstreits auswirkt, ob dadurch nicht u. U. nicht nur dem ersten Anspruch, sondern auch dem zweiten Anspruch der Boden ganz oder zum Teil entzogen wird, indem sich etwa ergäbe, daß der Rat des Bekl. an die Kl., von der Erhebung der Klage aus dem bezeichneten Grunde abzusehen, durchaus begründet war. Zum mindesten könnte sich ein Mitverschulden an der Entstehung der Kosten des Vorstreits und besonders ihrer Höhe ergeben, weil die Kl. trotz der ihr von dem Bekl. auseinandergesetzten Zweifelhafteit des Schadensnachweises die Klage gegen das Deutsche Reich, und zwar auf den vollen Schadensbetrag von 30 000 RM., erhoben hat. — Demgemäß hob das RG. das BU. zu beiden Klageansprüchen auf und verwies zurück.

(RG., III. ZivSen., U. v. 17. Mai 1938, III 172/38.) [Ba.]

*

16. RG. — § 705 BGB. Haben Bauunternehmer sich zu einer Arbeitsgemeinschaft zusammengeschlossen und als solche dem Bauherrn ein gemeinsames Vertragsangebot gemacht, so wird der Gesellschaftsvertrag, falls der Bauherr nur mit einem von ihnen abschließt, nicht hinfällig, sofern nicht der Wille der Beteiligten oder der Widerspruch des Bauherrn entgegensteht.

Die Parteien haben im Laufe der letzten Jahre mehrmals gemeinschaftlich Steinmearbeiten ausgeführt. Mit Schreiben

v. 10. April 1935 bewarben sie sich auch gemeinschaftlich um die Steinmearbeiten und um die Lieferung des Steinmaterials für den Erweiterungsbau der Reichshauptbank. Sie boten hierbei den aus einem Notstandsgebiet stammenden Wert Sandstein an, der aus den von dem Bekl. zu 1 gepachteten Brüchen abgebaut werden sollte. Es handelte sich um einen Auftrag von etwa 1,2 Mill. RM. In ihrem Angebot erklärten die Parteien, daß sie sich zur Durchführung des Auftrages zu einer Arbeitsgemeinschaft zusammengeschlossen hätten und als federführende Firma die Bekl. zu 2 vorschlugen.

Die Reichsbank ging auf dieses Angebot ein, verlangte jedoch, daß die Kl. aus der Arbeitsgemeinschaft ausschiere. Die Gründe hierfür lagen in der Person des Geschäftsführers der Kl., der vor mehreren Jahren mit seinem Steinmeargeschäft in Konkurs geraten war. Daraufhin ließ die Kl. der Bekl. zu 2 unter dem 20. Mai 1935 ein zur Vorlage an die Reichsbank bestimmtes Schreiben zugehen, in dem sie ihr Ausschreiben aus der Arbeitsgemeinschaft erklärte; sie fügte sie ein weiteres Schreiben vom gleichen Tage bei, in dem es heißt:

„Wir haben jedoch vereinbart, daß dieses Schreiben nur zur Erfüllung einer Vorschrift der Bauverwaltung dient und auch nur gegenüber der Bauverwaltung bzw. der Bauherrin gilt. Unser inneres Verhältnis für die Abwicklung des Auftrages wird rechtlich hierdurch nicht berührt, sondern unsere Arbeitsgemeinschaft zur Abwicklung des Auftrages besteht unter uns drei Firmen unverändert weiter.“

Diesem Schreiben hat die Bekl. zu 2 schriftlich nicht widersprochen; dem Bekl. zu 1 hat die Kl. erst mit Schreiben vom 30. Jan. 1936 den Inhalt der beiden Schreiben abschriftlich mitgeteilt. Die beiden Bekl. haben seitdem selbständig mit der Reichsbank weiterverhandelt und ihr schließlich, nachdem sie ein v. 31. Mai 1935 datiertes Abkommen über eine zwischen ihnen beiden bestehende Arbeitsgemeinschaft getroffen hatten, unter dem 15. Juli 1935 ein als „Auftragsbestätigung“ bezeichnetes Vertragsangebot übersandt, in dem sie das ursprüngliche Angebot der Arbeitsgemeinschaft den Wünschen der Bauleitung anpaßten. Auf Wunsch der Reichsbank mußte nämlich (angeblich aus steuerlichen Gründen) auch der Bekl. zu 1 aus der Arbeitsgemeinschaft ausscheiden, so daß nur noch die Bekl. zu 2 als unmittelbare Vertragsgegnerin (Hauptunternehmerin) übrigblieb. Diese verpflichtete sich aber der Reichsbank gegenüber, zwei Drittel der Arbeiten dem Bekl. zu 1 (als „Nebenunternehmer“) zu übertragen und außerdem auch eine Reihe von kleineren, namentlich ausgeführten Steinmearfirmen (als sog. „Subunternehmer“) zu beschäftigen; für diese Mitbeschäftigung, deren Art und Umfang in dem Vertragsangebot grundsätzlich geregelt ist, sollte die Reichsbank einen Zuschuß in 1 1/2% der Auftragssumme gewähren; der Bekl. zu 1 übernahm als Zweitschuldner die Haftung auch für den Anteil der Bekl. zu 2 an dem Gesamtauftrag. Das Reichsbankdirektorium nahm dieses Angebot der Bekl. unter dem 23. Sept. 1935 an. Der Vertrag ist von den Bekl. in dem zwischen im wesentlichen erfüllt. Die Kl. ist hierzu nicht herangezogen worden, obwohl sie wiederholt ihre Heranziehung und die Klärung der Art ihrer Beteiligung von den Bekl. verlangt hat.

Die Kl. vertritt die Auffassung, daß zwischen ihr und den beiden Beklagten ein Gesellschaftsvertrag zur gemeinsamen Ausführung der Steinmearbeiten für den Erweiterungsbau der Reichshauptbank zustande gekommen sei und daß dieser Vertrag zwar nicht in Gestalt der Arbeitsgemeinschaft nach außen, aber doch in Gestalt einer Innengesellschaft aufrechterhalten geblieben sei, so daß die Bekl. verpflichtet gewesen wären, sie, die Kl., zur Ausführung der Arbeiten heranzuziehen. Die Bauleitung der Reichsbank habe auch nur — und zwar infolge von Einwirkungen einer Konkurrenzfirma — die Außenbeteiligung der Kl. abgelehnt und würde keine Bedenken gegen ihre Innenbeteiligung gehabt haben. Die Bekl. zu 2 habe sich auch niemals grundsätzlich geweigert gehabt, sie, die Kl., zur Arbeitsleistung hinzuzuziehen, sondern sie auf ihre mehrfachen Ermahnungen nur mit Rücksicht auf das damalige Zerwürfnis der Bekl. zu 2 mit dem Bekl. zu 1 hin gehalten. Wenn sie, die Kl., infolge dieser Umstände bei der Bauausführung auch nicht mitgewirkt habe, so seien ihr doch

die Bekl. auf Grund des § 324 BGB. und wegen positiver Vertragsverletzung zur Auszahlung des ihr im Falle der Vertragserfüllung zustehenden Gewinnanteils verpflichtet, der teils in dem Überschuß, den die Arbeitsgemeinschaft als solche erzielt habe, abzüglich von 3% für die Bekl. zu 2 als federführende Gesellschaft, teils in dem Reingewinn, den die beiden Bekl. bei ihren Arbeitsleistungen erzielt hätten, bestehe. Sie hat deshalb Klage auf Feststellung erhoben, daß die Bekl. verpflichtet seien, ihr ein Drittel von diesen beiden Gewinnarten abzugeben.

Die Bekl. haben in Abrede gestellt, daß ein Gesellschaftsvertrag zwischen den Parteien zustande gekommen sei. Ein solcher sei bei Einreichung des gemeinsamen Angebotes zwar beabsichtigt gewesen, sei aber daran gescheitert, daß die Bauleitung der Reichsbank die Beteiligung der Kl. an der Arbeitsgemeinschaft abgelehnt habe. Es sei selbstverständliche Voraussetzung für das Zustandekommen der Arbeitsgemeinschaft gewesen, daß den drei Firmen gemeinsam der Bauauftrag erteilt werde. Der Rechtsvorbehalt der Kl. in ihrem Anschreiben v. 20. Mai 1935 an die Bekl. zu 2 sei schon deshalb unwirksam, weil dieser Vorbehalt dem Bekl. zu 1 erst viel später zugegangen sei und dieser ihm von vornherein widersprochen habe. Aber es sei auch nicht einmal richtig, daß die Bekl. zu 2 dem Weiterbestehen der Arbeitsgemeinschaft in Gestalt einer Innengesellschaft jemals zugestimmt habe; sie habe vielmehr dem von der Kl. gemachten Vorbehalt alsbald mündlich (oder fernmündlich) widersprochen. Ebenjowenig sei es üblich, daß eine Arbeitsgemeinschaft dieser Art im Innenverhältnis fortbestehe, wenn der Unternehmer die Beteiligung eines der Gesellschafter ablehne. Im vorliegenden Falle habe die Bauleitung der Reichsbank sogar ausdrücklich die Beteiligung der Kl. in jeglicher Form abgelehnt, wie das Schreiben des Reichsbankdirektoriums v. 28. Dez. 1936 ergebe.

Das BG. hat die Klage abgewiesen, da es den Beweis für das Zustandekommen eines Gesellschaftsvertrages nicht als erbracht angesehen hat.

Die Berufung war erfolglos.

Die Rev. führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

Es kommt darauf an, ob das BG. ohne Rechtsirrtum angenommen hat, daß bei Zugrundelegung des Vorbringens der Kl. weder ein Gesellschaftsvertrag noch auch nur ein Vorvertrag zustande gekommen sein könne, weil der Vertragsinhalt nicht bestimmbar sei. Die Rev. meint, daß das BG. die aus dem Sachvortrag sich ergebende Rechtslage verkannt habe. Dies ist in der Tat der Fall.

a) Das BG. hätte, ehe es auf die Frage eingeht, ob der Inhalt des etwaigen Gesellschaftsvertrages hinsichtlich der Art der Beteiligung der Gesellschafter hinreichend bestimmbar oder doch wenigstens bestimmbar ist, zunächst klären sollen, welchen Inhalt der etwaige Gesellschaftsvertrag hinsichtlich des gemeinsamen Zweckes hatte, der dadurch erreicht werden sollte. Falls er etwa — was das BG. ohne weiteres anzunehmen scheint — zum mindesten in der Hauptsache die gemeinsame Bauausführung selbst zum Gegenstande hatte, könnte er insoweit höchstens als bedingter Gesellschaftsvertrag zustande gekommen sein. Denn sein Wirksamwerden hing auf alle Fälle von der Auftragserteilung durch die Reichsbank ab, weil ohne die Auftragserteilung die beabsichtigte gemeinsame Bauausführung, wie von vornherein klar war, überhaupt nicht möglich war. Hierbei kam es weniger darauf an, daß der Auftrag an die Arbeitsgemeinschaft als solche, an die drei beteiligten Firmen als Gesamtgläubiger und -schuldner erteilt wurde, als darauf, daß die Auftragserteilung in einer Weise erfolgte, die eine gemeinsame Bauausführung ermöglichte. Insofern ist es also, wie die Rev. mit Recht rügt, nicht gerechtfertigt, wenn das BG. aus dem gemeinsamen Handeln der drei Firmen gegenüber der Reichsbank, aus ihrem gemeinsamen Vertragsangebot ohne weiteres schließt, daß eine Innengesellschaft nicht (d. h. keinesfalls) beabsichtigt gewesen sei. Mag auch die Absicht in erster Linie dahin gegangen sein, von der Reichsbank einen gemeinsamen Auftrag zu erhalten, so braucht dies doch nicht wesentlicher Bestandteil des Gesellschaftszweckes gewesen zu sein. Voraussetzung für die Erreichbarkeit des Gesellschaftszweckes war

jedoch notwendigerweise, daß der Bauauftrag in einer Weise erteilt wurde, der eine gemeinsame Bauausführung ermöglichte. Es ist nun nicht ersichtlich, inwiefern nach dem Vertragsangebot der beiden Bekl. v. 15. Juli 1935, das die Reichsbank unter dem 23. Sept. 1935 angenommen hat und auf Grund dessen die Arbeiten inzwischen im wesentlichen ausgeführt worden sind, eine Beteiligung der Kl. noch möglich gewesen wäre; denn in diesem Angebot werden, außer der Firma des Bekl. zu 1 als „Nebenunternehmerin“, die sog. „Subunternehmer“ (mittelbaren Unternehmer), die von der Bekl. zu 2 heranzuziehen sind, namentlich aufgeführt; die Kl. ist hierbei aber nicht genannt. Die Kl. hätte darlegen müssen, inwiefern sie ihre Beteiligung an den Arbeitsleistungen und somit die Erreichung des Gesellschaftszweckes nach der Auftragserteilung der Reichsbank überhaupt noch für möglich hielt. Die etwaige vorherige Vereinbarung, daß eine bei der Auftragserteilung ausgefallene Auftragspartei auch ohne eigene Arbeitsleistung am Gewinne beteiligt sein sollte, wäre, worauf die Bekl. mit Recht hingewiesen haben, nach den §§ 1, 2 und 4 ErgänzW. über Preisbindungen v. 29. März 1935 (RGBl. I, 488) überhaupt unzulässig und daher nichtig gewesen. Mag diese W. auch, wie die Kl. demgegenüber geltend gemacht hat, in erster Linie den Zweck verfolgen, zu verhindern, daß sich zwischen den Beteiligten ein Ring zwecks Ausschaltung der Konkurrenz bildet, so erschöpft sich jedoch hierin ihr Zweck nicht; sie soll jeder Art von unwirtschaftlichen Vereinbarungen der Unternehmer vorbeugen, durch die die Bedarfsdeckung bei Vergebung von Aufträgen seitens öffentlicher Stellen verteuert werden könnte; hierbei werden als ebenfalls unzulässig ausdrücklich erwähnt auch die Vereinbarungen „über die Entrichtung von Ausfallentschädigungen (Gewinnbeteiligungen oder sonstige Abgaben)“, also von allen Abgaben, die nicht die Vergütung für eine Arbeitsleistung sind.

b) Hiernach kommt — wenigstens nach der bisherigen Sachlage — als Grundlage für den Anspruch der Kl. ein Gesellschaftsvertrag, der unmittelbar die gemeinsame Bauausführung zum Gegenstande hatte, nicht in Betracht. Nach der Darstellung der Kl. kann der Abschluß eines solchen Gesellschaftsvertrages auch noch nicht gewollt gewesen sein, da, wie sie selbst angibt, ein wesentlicher Teil seines Inhaltes, nämlich die Verteilung der Arbeitsleistungen unter die Gesellschafter, letzten Endes noch von dem Inhalt des endgültig zustande gekommenen Werkvertrages abhing und weil aus diesem Grunde noch eine weitere Vereinbarung hierüber, die erst nach der Auftragserteilung besprochen werden konnte, in Aussicht genommen war. Grundlage des Klageanspruchs kann somit nur ein Vorvertrag sein, dessen Inhalt besonderer Erörterung bedarf.

Die von den Parteien gebildete Arbeitsgemeinschaft verfolgte nach dem Klagevortrage zunächst einmal den Zweck, den Auftrag hereinzuholen. Wenn man hiervon ausgeht, hatten die Parteien sich also verpflichtet, sich gemeinsam um die Erlangung eines Auftrages zur gemeinschaftlichen Bauausführung zu bemühen. Damit war der Zweck des Zusammenschlusses aber selbstverständlich noch nicht erreicht. Vielmehr lag darin zugleich die Verpflichtung der Parteien, sobald sie das erste Ziel erreicht haben würden, alles Erforderliche zu tun, um die gemeinschaftliche Ausführung des ihnen in Auftrag gegebenen Baues zu ermöglichen, also auch, den noch erforderlichen Gesellschaftsvertrag für die Ausführung des Baues selbst abzuschließen. Ein derartiger zwecks Erlangung eines Bauauftrages geschlossener Vertrag ist somit in doppelter Hinsicht ein Vorvertrag zu dem die gemeinsame Bauausführung selbst regelnden Gesellschaftsvertrage, weil er einen doppelten Vorbereitungszweck verfolgte. Er ist aber, da durch ihn bereits die Vertragsschließenden sich gegenseitig verpflichten, die Erreichung dieses Vorbereitungszweckes in der durch den Vertrag bestimmten Weise zu fördern, ebenfalls ein Gesellschaftsvertrag.

c) Der auf diesen zweiseitigen Vorvertrag gestützte Anspruch der Kl. hat zur Voraussetzung, daß die Bekl. ihrer gesellschaftlichen Treupflicht zugewider entweder trotz Erlangung eines Bauauftrages, der eine Beteiligung der Kl. an den Arbeitsleistungen und demgemäß auch am Gewinn ermöglicht

hätte, die Kl. hiervon ausgeschaltet haben, oder daß sie den Abschluß eines Bauvertrages vereitelt haben, der die Beteiligung der Kl. an den Arbeitsleistungen und am Gewinn ermöglicht hätte. Daß der Bauvertrag, den die Reichsbank mit den beiden Bekl. tatsächlich abgeschlossen hat, eine Beteiligung der Kl. an den Arbeitsleistungen und demgemäß am Gewinn ermöglicht hätte, hat die Kl. bisher nicht dargelegt. Es kommt daher als Grundlage des Klageanspruchs nach dem bisherigen Sachvortrage nur noch in Betracht, daß die beiden Bekl. mit der Reichsbank einen Bauvertrag abgeschlossen haben, der die Kl. von jeglicher Beteiligung ausschloß, obwohl ihre Zulassung als Innen- oder Unterbeteiligte der Reichsbank gegenüber zu erreichen gewesen wäre. Die Kl. hat in dieser Hinsicht vorgetragen, daß die Reichsbank, trotz der Ablehnung der Kl. als unmittelbare Vertragsgegnerin, gegen deren mittelbare Beteiligung nichts einzuwenden gehabt haben würde. Dies hatte sie auch unter Beweis gestellt, und zwar auch gegenüber dem Schreiben des Reichsbankdirektoriums v. 28. Dez. 1936. Das BG. hat hierzu jedoch keine Stellung genommen, so daß für die Rev.Jnst. die Behauptung der Kl. als wahr zu unterstellen ist. Daraus würde sich dann aber bis auf weiteres in der Tat ergeben, daß die Bekl. — das Zustandekommen des zweiseitigen Vorvertrages vorausgesetzt — ihre gesellschaftliche Treupflicht der Kl. gegenüber schuldhaft verletzt haben und ihr gegenüber deshalb zum Ersatz des Gewinnausfalls verpflichtet sind, den sie dadurch erlitten hat. Insoweit ist der Klageanspruch also schlüssig. Die Bekl. können sich freilich, selbst wenn das Vorbringen der Kl. bewiesen würde, mit dem Einwand entlasten, daß sie bei der ihnen gemäß § 708 BGB. obliegenden Sorgfalt annehmen durften, die Reichsbank wolle überhaupt eine Beteiligung der Kl., gleichviel in welcher Form, nicht zulassen.

d) Hiernach sind nun erst die Grundlagen für die Beurteilung der weiteren Frage Klagegestellt, ob der erwähnte zweiseitige Vorvertrag einen hinreichenden bestimmten oder doch wenigstens bestimmbareren Inhalt hat und ob er daher — das Vorbringen der Kl. als richtig unterstellt — als zustande gekommen angesehen werden kann. Das Zustandekommen eines jeden Vertrages, also auch des in Rede stehenden Vorvertrages, der seiner Natur nach bereits ein Gesellschaftsvertrag ist, hat zur Voraussetzung, daß sein Inhalt hinreichend bestimmt oder doch wenigstens bestimmbar ist. Bestimmbar ist sein Inhalt dann, wenn er im Wege der Auslegung, nötigenfalls durch Richterpruch, festgestellt werden kann (vgl. RGZ. 66, 116; 124, 81; LZ. 1908, 866; JW. 1917, 290¹²; 1921, 1239¹⁷). Entbehrt auch nur einer der beiden Teile des einheitlichen Vorvertrages der erforderlichen Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit, so ist damit gemäß § 139 BGB. im Zweifel der ganze Vorvertrag hinfällig.

Die Bestimmtheit der ersten durch den Vorvertrag begründeten Verpflichtung der Gesellschafter, sich gemeinsam um die Erlangung eines Auftrages zur gemeinschaftlichen Bauausführung zu bemühen, unterliegt keinen Bedenken. Schwierigkeiten bereitet jedoch naturgemäß die Bestimmbarkeit des Inhaltes der weiteren Verpflichtung zum Abschluß des Hauptvertrages, d. h. des ergänzenden Gesellschaftsvertrages, der erst unmittelbar die gemeinsame Bauausführung zum Gegenstande hat. Denn zur Bestimmbarkeit des Inhaltes dieser Verpflichtung gehört, mindestens bis zu einem gewissen Grade, auch die Bestimmbarkeit des Inhaltes des Hauptvertrages selbst. Nun ist aber dessen Inhalt bei Abschluß des Vorvertrages absichtlich in wesentlichen Punkten, insbes. hinsichtlich der Verteilung der Arbeitsleistungen, noch offen gelassen worden, weil dies noch von dem Inhalte des erhofften, inhaltlich aber noch ungewissen Bauauftrages abhing. Die Schwierigkeiten, den Vertragsinhalt in dieser Hinsicht im Wege der Auslegung zu ergänzen, sind dann besonders groß, wenn, wie im vorliegenden Falle, der Anspruch darauf gestützt wird, daß die Mitgesellschafter den Abschluß eines Bauvertrages, der gemeinschaftliche Arbeitsleistungen im Sinne des eigentlichen Gesellschaftsvertrages (Hauptvertrages) ermöglicht hätte, schuldhaft vereitelt haben; denn in solchem Falle fehlt es sogar an dem Bauvertrag, dessen Inhalt die Grundlage für die Ergänzung des Gesellschaftsvertrages bilden sollte. Jedoch sind

die sich hieraus ergebenden besonderen Schwierigkeiten nicht anders als die, die vielfach der Ermittlung eines Schadens entgegenstehen und deren Behebung daher die Sondervorschrift des § 287 ZPO. dient. Bei der Frage der Bestimmbarkeit des Inhalts des ergänzenden Gesellschaftsvertrages ist deshalb im vorliegenden Falle das Zustandekommen desjenigen Bauvertrages zu unterstellen, der ohne die Treupflichtverletzung der Mitgesellschafter hätte geschlossen werden können; sein vermutlicher Inhalt ist nach Maßgabe des § 287 ZPO. zu ermitteln. Im übrigen jedoch liegt es in der Natur des Vorvertrages, der deshalb geschlossen wird, weil der Inhalt des endgültigen Vertrages noch von der weiteren Entwicklung der Dinge, hier von der Erteilung des damals inhaltlich noch ungewissen Bauauftrages abhängt, daß an seinen Inhalt nur geringere Anforderungen gestellt werden dürfen. Andernfalls würde man den Abschluß von Vorverträgen in solchen Fällen überhaupt so gut wie unmöglich machen. Soweit der Vorvertrag die Verpflichtung zum Abschluß eines Hauptvertrages enthält, muß es — wenigstens in Fällen der vorliegenden Art — genügen, wenn auch nur bei freier Auslegung nach Maßgabe der §§ 157, 242 BGB. ein dem Vertragszweck entsprechender, nach Möglichkeit der besonderen Sachlage angepaßter und den Vertragsparteien zumutbarer Hauptvertragsinhalt sich festlegen läßt; denn der Wille der Vertragsparteien bei Abschluß des Vorvertrages ging ja gerade dahin, daß hinsichtlich des Inhalts des später abzuschließenden Hauptvertrages, falls dieser wider Erwarten nicht im Wege gültlicher Vereinbarung zustande kommt, der Auslegung ein freier Spielraum gelassen werden sollte. Eine solche Vertragsauslegung wird so oft stets dann möglich sein, wenn anzunehmen ist, daß Gesellschafter, die sich ihrer besonderen gesellschaftlichen Treupflicht (vgl. RGZ. 128, 16; 142, 216) bewußt sind und danach handeln, zu einer Verständigung über den Hauptvertragsinhalt gekommen sein würden; es gilt dann eben, den vermutlichen Inhalt des Vertrages, der so zustande gekommen sein würde, zu bestimmen und die den Umständen nach beste Lösung zu suchen, die möglichst den Interessen aller Beteiligten gerecht wird.

Geht man nun von diesen Grundsätzen aus, so zeigt sich deutlich, daß die Gründe, aus denen das BG. die Bestimmbarkeit des Inhalts des die gemeinsame Bauausführung selbst betreffenden Vertrages (Hauptvertrages) und damit zugleich auch insoweit die Bestimmbarkeit des Inhalts des Vorvertrages verneint, rechtlich nicht haltbar sind.

Der Hauptgrund, aus dem das BG. die Bestimmbarkeit des Vertragsinhalts verneint, ist der, daß bei dem vorliegenden Auftrag die Bauherrin mit besonderen Bedingungen über die Verteilung der Arbeiten eingreifen konnte (und auch eingegriffen hat). Nach dem Klagevortrage ist in der Tat die Ungewißheit über den Inhalt des erhofften Bauauftrages gerade der Anlaß gewesen, aus dem die Parteien die Regelung der Verteilung der Arbeitsleistungen bei Abschluß des Vorvertrages absichtlich zunächst offengelassen und einer ergänzenden Vereinbarung vorbehalten haben. Hieraus läßt sich doch aber noch nicht herleiten, daß selbst nach Zustandekommen des Bauvertrages (oder bei inhaltlicher Festlegung des Bauvertrages, der ohne das schuldhafte Verhalten der Bekl. hätte zustande kommen können), der Inhalt des ergänzenden Gesellschaftsvertrages, zu dessen Abschluß die Parteien nach Treu und Glauben verpflichtet gewesen wären, im Wege der Auslegung nicht ermittelt werden könnte. Es kommt im Verkehrsleben oft genug vor, daß man einen Vertrag schließt und hierbei diesen oder jenen wesentlichen Punkt bewußt offen läßt, mit dem Bemerkten, man werde darüber schon noch einig werden. Gelingt später diese Einigung wider Erwarten nicht, dann würde es dem Parteiwillen nicht entsprechen, wenn man deshalb den Vertrag, etwa unter Heranziehung der Vorschrift des § 154 BGB., als nicht zustande gekommen ansehen wollte. Vielmehr hat in solchen Fällen, falls nicht die ergänzende Bestimmung durch einen Vertragsteil gemäß den §§ 315, 316 BGB. in Betracht kommt, die ergänzende Vertragsauslegung einzugreifen; ist z. B. in solcher Weise die Vereinbarung über den Kaufpreis einer Ware offengeblieben, so gilt es, soweit nicht die Preisbestimmung durch eine Vertragspartei gemäß

den §§ 315, 316 BGB. zu erfolgen hat, im Wege der Auslegung den angemessenen Preis zu ermitteln. Für die Absicht der Parteien, bereits einen bindenden Vorvertrag mit dem oben erörterten Inhalt abzuschließen, spricht im vorliegenden Falle der Umstand, daß sie gemeinsam der Reichsbank mitgeteilt haben, sie hätten sich zu einer Arbeitsgemeinschaft zusammengeschlossen, und daß sie demgemäß ein gemeinsames Vertragsangebot gemacht haben. Geseht den Fall, die Reichsbank hätte dieses Angebot unverändert angenommen, dann wären die Glieder dieser Arbeitsgemeinschaft (die Gesellschafter) jedenfalls der Reichsbank gegenüber als Gesamtschuldner zur Ausführung dieses Auftrages verpflichtet. Käme es dann zwischen ihnen zu keiner Einigung über die Art der Beteiligung eines jeden, so wäre es mißlich, wenn deshalb überhaupt das Zustandekommen eines Gesellschaftsvertrages gezeugnet werden müßte; vielmehr wird man zu diesem Ergebnis erst im äußersten Falle gelangen, wenn man die erforderliche Vertragsergänzung im Wege der Auslegung schlechterdings nicht vornehmen kann, wenn die den Umständen nach „angemessene“ Art der Beteiligung der Gesellschafter, sich auf keine Weise bestimmen läßt. Das gleiche muß aber auch für den Fall gelten, daß die Bauherrin bei der Erteilung des Auftrages mit besonderen Bedingungen über die Verteilung der Arbeiten eingegriffen hat. Soweit dadurch die Erfüllung des Gesellschaftszweckes, die Arbeiten gemeinschaftlich auszuführen, nicht überhaupt vereitelt wurde, muß eben auch in diesem Falle die Auslegung des Gesellschaftsvertrages diesen besonderen Bedingungen angepaßt werden; sie ist aber nicht aus diesem Grunde von vornherein ausgeschlossen.

e) Besondere Erörterungen stellt das BG. dann noch über die Anwendbarkeit der §§ 706 und 722 BGB. an, wonach die Gesellschafter sowohl an den Beiträgen — die hier in Arbeitsleistungen bestehen — als auch am Gewinn und Verlust im Zweifel zu gleichen Anteilen beteiligt sind. Für die Frage der Bestimmbarkeit des Vertragsinhalts lassen sich diese Vorschriften überhaupt nicht verwerten, weil ihre Anwendbarkeit das Zustandekommen eines verbindlichen Gesellschaftsvertrages voraussetzt (vgl. Motive III S. 596 zu § 630 des Entw.). Im übrigen handelt es sich hierbei in Wahrheit bereits um eine Beweiswürdigung. Aber auch diese ist in mancher Hinsicht rechtlich zu beanstanden.

Das BG. meint zunächst: Die Parteien hätten nicht die Verteilung der Arbeiten und des Gewinnes nach den Grundsätzen dieser Vorschriften gewollt, da sie die Unternehmung unter die Bedingungen des Auftraggebers als Grundlage für die Erreichung des Gesellschaftszweckes vereinbart hätten. Falls das BG. damit lediglich sagen wollte, daß die Verteilung der Arbeiten und des Gewinnes noch von dem Inhalt des Bauauftrages abgehangen habe, so ist grundsätzlich dagegen nichts einzuwenden. Jedoch steht dem nicht entgegen, daß die Arbeiten und der Gewinn, soweit die Bedingungen des Bauauftrages dies nicht verhinderten, nach den §§ 706 und 722 BGB. im Zweifel unter den Gesellschaftern gleichmäßig zu verteilen sind.

Endlich stützt das BG. seine Annahme, daß eine gleichmäßige Verteilung der Arbeitsleistungen und des Gewinnes nicht als vereinbart gelten könne, auch noch darauf, daß nach der eigenen Behauptung der Kl. besondere Vereinbarungen nach Lage des Einzelfalles nach Auftragserteilung üblich gewesen seien. Aber auch diese Schlussfolgerung ist verfehlt. Die Frage ist doch allein die, ob eine vertragliche Bindung für den Fall angenommen werden kann, daß später die in Aussicht genommene Einigung über den Hauptvertrag und die offengelassenen Punkte seines Inhalts nicht zustande kommt, und, bejahendenfalls, wie der noch unvollständige Inhalt sich im Wege der Auslegung ergänzen läßt. Dies hängt einmal von dem Willen der Vertragsschließenden ab, ob sie sich überhaupt bereits haben binden wollen, in der Erwartung, daß sie sich über den zum Teil noch unbestimmten Inhalt des Hauptvertrages demnächst ohne Schwierigkeiten einigen würden, sodann, im Falle der Bejahung dieser Frage, ob dieser noch unbestimmte Inhalt im Wege der Vertragsauslegung ergänzt werden kann, sowie endlich, zu welchem Ergebnis die Auslegung unter Berücksichtigung

sichtigung aller Umstände des Einzelfalles und gegebenenfalls auch unter Heranziehung der Auslegungsvorschriften der §§ 705 und 722 BGB. gelangt.

Nach alledem ist die Feststellung des BG., daß schon das Vorbringen der M. das Nichtzustandekommen eines Gesellschaftsvertrages ergebe und daß die Klage deshalb nicht schlüssig sei, rechtlich nicht haltbar.

(RG., II. ZivSen., U. v. 6. Juli 1938, II 34/38.)

*

17. RG. — §§ 713, 670 BGB. Die Zusicherung einer Vergütung für die Tätigkeit als geschäftsführender Gesellschafter kann, namentlich bei außergewöhnlichen Dienstleistungen, auch stillschweigend erfolgen.

(RG., II. ZivSen., U. v. 6. Juli 1938, II 205/37.)

Bemerkung: Tatbestand und Entscheidungsgründe sind in diesem Heft S. 2769⁴⁹ abgedruckt. D. S.

*

18. RG. — § 826 BGB. Der Ehemann, der dem als ehelich geltenden, tatsächlich aber im Ehebruch erzeugten Kinde Unterhalt gewährt hat, hat einen Schadensersatzanspruch in dieser Höhe gegen den Erzeuger.

Der M. Hans S. war seit 22. Mai 1921 mit Frieda S. verheiratet. Die Ehe ist durch rechtskräftiges Urteil v. 20. Dez. 1935 geschieden worden. Am 3. Dez. 1930 hat Frieda S. ein Kind namens Betti geboren.

Der M. behauptet, das Kind Betti sei nicht von ihm erzeugt worden, sondern stamme aus einem im Jan. 1930 stattgefundenen Geschlechtsverkehr seiner damaligen Ehefrau mit dem Bekl. Er bringt vor, er habe von der Geburt des Kindes bis jetzt den Unterhalt für das Kind bestritten und müsse, da die Ehelichkeit des Kindes nicht angefochten worden sei und er deshalb als Vater des Kindes gelte, dies auch in Zukunft tun. Bis 1. Jan. 1938 habe er 1882,50 RM bezahlt. Hierfür und für den künftigen Schaden sei der Bekl., da das Kind im Ehebruch mit Frieda S. erzeugt worden sei, gemäß § 826 BGB. schadensersatzpflichtig.

Der Bekl. bestreitet, während der Empfängniszeit mit Frieda S. geschlechtlich verkehrt zu haben, behauptet das aber vom M.

Der Anspruch des M. ist begründet.

Durch das Gutachten des Gerichtsarztes steht auf Grund der Blutgruppenuntersuchung einwandfrei fest, daß das Kind Betti nicht von dem M. gezeugt worden sein kann, daß aber der Bekl. als Kindsvater nicht ausgeschlossen ist. Aus der beeidigten Aussage der Frieda S. ergibt sich weiter, daß diese während der Empfängniszeit außer mit ihrem geschiedenen Ehemann nur mit dem Bekl. Geschlechtsverkehr gepflogen hat.

Daraus ergibt sich mit zwingender Notwendigkeit, daß der Erzeuger des Kindes nicht der M., sondern der Bekl. ist.

Das hat zur Folge, daß der Bekl. dem M. den Schaden zu ersetzen hat, der darin besteht, daß der M. dem Kinde bis jetzt den Unterhalt gewährt hat, und denjenigen Schaden, der noch weiter entsteht, denn er hat den Eintritt des Schadens in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise vorsätzlich verursacht. Der Schaden ist durch den Ehebruch eingetreten. Dieser hat den gesetzlichen Zustand herbeigeführt, der den M. unterhaltspflichtig macht. Der Ehebruch verstößt nach der herrschenden Volksauffassung gegen die guten Sitten; der Bekl. hat beim Verkehr mit der Frieda S. zweifellos damit gerechnet, daß aus dem Ehebruch ein Kind hervorgehen könne, das der M. irrig für das seine halten und dem er Unterhalt gewähren werde, während er selbst — der Bekl. — von Unterhaltspflichten befreit bleibe. Er hat also mindestens mit bedingtem Schädigungsvorbehalt gehandelt. Damit sind alle Voraussetzungen des § 826 BGB. gegeben. Auf § 1593 BGB., demzufolge das Kind als ehelich gilt, kann sich der Bekl. zu seiner Entlastung nicht berufen, denn diese Gesetzesstelle regelt das Verhältnis zwischen Vater und Kind, schließt aber § 826 BGB. nicht aus. Der geltend gemachte Schadensersatzanspruch ist deshalb dem Grunde nach gerechtfertigt (vgl. Urteil des RG. v. 16. März 1936 in den Akten des RG. Berlin, 261 O 227/35, bestätigt durch das Urteil des RG. v. 23. Nov. 1936, VI 199/36: JW. 1937, 740 *).

Was die Höhe des geltend gemachten Anspruchs anlangt, ist die Behauptung des M., er habe von der Geburt des Kindes bis 1. Juni 1936 für das Kind monatlich 20 RM bezahlt, offenbar nicht ganz zutreffend, denn in der Zeit bis zur Ehescheidung war das Kind in seiner Familie untergebracht, und eine Bezahlung an Dritte erfolgte bis dahin nicht. Nach der Erfahrung des täglichen Lebens ist aber anzunehmen

und als wahr zu unterstellen, daß er bis zur Ehescheidung monatlich 20 RM Auslagen für das Kind hatte. Für die spätere Zeit hat Frau S. als Zeugin glaubhaft bekundet, daß der M. für den Unterhalt der beiden Kinder monatlich 55 RM, wofür das Kind Betti 27,50 RM, an sie bezahlt hat. Dadurch ist nachgewiesen, daß dem M. für den Unterhalt des Kindes Betti in der Zeit v. 3. Okt. 1930 bis 1. Juni 1936 monatlich Auslagen in Höhe von mindestens 20 RM und von da bis 1. Jan. 1938 in Höhe von 27,50 RM, im ganzen 1882,50 RM, erwachsen sind.

Der M. hat ein rechtliches Interesse an der Feststellung, daß der Bekl. ihm auch noch den weiter entstehenden Schaden zu ersetzen hat, weshalb in Anwendung des § 256 ZPO., dem Antrag des M. entsprechend, zu entscheiden war.

(RG. Nürnberg, 5. ZR., Urf. v. 7. Juni 1938, 5 O 11/38.)

*

19. RG. — § 831 BGB. Der Zusammenhang zwischen der schädigenden Handlung i. S. des § 831 BGB. und der Ausführung der Verrichtung, zu der jemand bestellt worden ist, kann nicht von dem Bestellten geschaffen werden, er muß objektiv bestehen.

Der Klageanspruch wird auf unerlaubte Handlung der Bekl. gestützt, die darin liegen soll, daß ihr Vorstand den unzulässigen M. angestellt und ihm Vollmacht erteilt habe, ohne sich hinreichend über ihn zu erkundigen, und daß er ihn nicht gehörig überwacht habe (§§ 831, 31 BGB.). § 831 BGB. setzt eine Schadensersatzpflicht dessen, der einen anderen zu einer Verrichtung bestellt, fest, wenn der andere in Ausführung der Verrichtung einem Dritten widerrechtlich Schaden zufügt. Die Vorschrift setzt also u. a. die Bestellung zu einer Verrichtung voraus und eine Schadenszufügung durch den Bestellten in Ausführung der Verrichtung. Die Verrichtung kann tatsächlicher Art sein, sie kann aber auch Rechts-handlungen zum Gegenstand haben, insb. im Abschluß von Rechtsgeäften bestehen (RGZ. 73, 434 = JW. 1910, 753). Die schädigende Handlung muß aber gerade mit der Ausführung der Verrichtung — also der Ausführung eines Auftrags zum Abschluß von Rechtsgeäften, wenn die Verrichtung in solchen Abschlüssen bestehen soll — nach Zweck und Art innerlich unmittelbar zusammenhängen (RGZ. 104, 141; RGUr. vom 18. April 1926, I 325/27: RGWarn. 1928 Nr. 74), sie muß, wie es an anderer Stelle ausgedrückt worden ist, in den Kreis der aufgetragenen Maßnahmen oder wenigstens in ihren allgemeinen Rahmen fallen (RGUr. v. 29. April 1909, VI 221/08: Warn. ErgBd. 1909 Nr. 405; RGUr. v. 24. Febr. 1910, VI 412/09: Warn. ErgBd. 1910 Nr. 152; RGUr. v. 4. Mai 1915, III 556/14: JW. 1915, 704 *). Die willkürliche Überschreitung der Grenzen eines Auftrags stellt dabei die schädigende Handlung noch nicht außerhalb des Kreises der zum Schadensersatz verpflichtenden Handlungen, sofern nur der eben erwähnte Zusammenhang mit der Ausführung der tatsächlich übertragenen Verrichtung besteht (RGUr. v. 20. März 1916, VI 446/15: Warn. ErgBd. 1916 Nr. 125; RGUr. v. 18. April 1926: RGWarn. 1928 Nr. 74). Der Zusammenhang zwischen der schädigenden Handlung und der Ausführung der Verrichtung, zu der jemand bestellt worden ist, kann also nicht von dem Bestellten geschaffen werden, er muß objektiv bestehen.

M. lag, wie das angefochtene Urteil ausführt, die technische und kaufmännische Leitung des Betriebes der Bekl. ob. Wie der Tatbestand des Urteils hervorhebt, hatte sich daraus, daß die Vorstandsmitglieder ihre außerhalb der Stadt L. liegenden Güter bewirtschafteten, eine gewisse Selbständigkeit als ergeben. Er hatte Vollmacht zum Verkehr mit der Post, den L. Banken und einigen Geschäftsfreunden. Der Verkehr mit den beiden L. Sparkassen war aber gering, über das Konto bei der L. Niederlassung der L. Privat-Aktienbank durfte M. erst seit Mai 1933 verfügen. Abgesehen von diesen Sondervollmachten durfte er aber nur die Geschäfte, die der Betrieb des täglichen Lebens mit sich brachte, erledigen und kleine Zahlungen selbständig ausführen. Akzeptierte außer denen, welche M. an die ZKG. gab, sind von der Bekl. niemals ausgestellt worden. Die Bekl. arbeitete nur mit Kundenwechseln, und selbst diese durfte M. nicht selbständig weitergeben; er hat dies auch, außer bei einigen kleinen Wechseln, niemals getan. Auch stillschweigend ist also dem M. keine Wechselvollmacht gegeben worden.

Die Ausführung der technischen Leitung zunächst scheidet hier aus. Sie stand in keinem Zusammenhang mit der Auf-

nahme von Krediten, wie überhaupt mit dem Abschluß von Rechtsgeschäften, außer etwa für die rein tatsächliche Fortführung des Wollereibetriebes. Die kaufmännische Leitung A. s war stark beschränkt und wurde vom Vorstand, wie das RG. ausdrücklich hervorhebt, ständig überwacht. Kennenswerte Kredite konnte A. nur von der Bank erhalten und auch von ihr nur auf Grund besonderer Vollmacht seit Mai 1933. Zum Akzeptieren von Wechseln, wie selbst zur Weitergabe von Kundenwechseln, hatte er keine Vollmacht. Wenn er nun bei der ZKB. ganz erhebliche Darlehen aufnahm, die infolge ihrer Höhe für die Bess. von größter Bedeutung waren, und diese Kredite nur gegen Ausstellung von Akzepten bekam, so ging das über den allgemeinen Rahmen der ihm erteilten Vollmacht derart hinaus, daß es nicht mehr als in einem inneren Zusammenhang mit der Ausführung der ihm obliegenden Verrichtungen stehend angesehen werden kann. Wie z. B. § 54 Abs. 2 HGB. bestimmt, darf ein Handlungsbevollmächtigter mit der weitestgehenden Vollmacht Darlehen nur dann aufnehmen und Wechselverbindlichkeiten nur dann eingehen, wenn ihm eine solche Befugnis noch besonders erteilt worden ist. Das Gesetz hebt also — neben der Veräußerung und Belastung von Grundstücken sowie der Prozeßführung — diese beiden Rechtshandlungen von allen anderen ausdrücklich ab. Wenn der Verkehr auch vielleicht oft so scharfe Grenzen nicht zieht, so sieht doch auch er einen gewichtigen Unterschied zwischen den kleinen Geschäften des täglichen Lebens, welche A. selbständig erledigen durfte, oder seiner Selbständigkeit, die sich gerade bei Genossenschaften oft für den obersten Angestellten gegenüber dem Vorstand aus der Geschäftsführung und dem Vorstandsmittgliedern oder ihrer weiten Entfernung vom Sitz der Verwaltung ergibt, einerseits und der Aufnahme mehr oder weniger lebenswichtiger Kredite, die unter Sicherung durch Akzente gegeben werden, andererseits, zumal wenn sonst überhaupt nicht mit Akzepten gearbeitet wurde und der Bestellte selbst über Kundenwechsel nicht verfügen durfte. Von den laufenden Geschäften des Betriebes führt keine Brücke zu einem Kredit in der Höhe, daß auf ihm der ganze Betrieb aufgebaut werden könnte, und dessen Einräumung die sonst geschäfts Fremde Ausstellung von Akzepten über hohe Summen erfordert (RG. 65, 292 = JW. 1907, 249).

(RG., VII. ZivSen., II. v. 2. Aug. 1938, VII 55/38.)

*

20. OLG. — §§ 839, 812 BGB. Dem Käufer eines Grundstücks, der infolge schuldhaft vom Notar unterlassener Belehrung über seine Zweitschuldhaftigkeit die Wertzuwachssteuer an Stelle des im Ausland befindlichen Verkäufers hat entrichten müssen, kann bei seiner Schadenersatzklage gegen den Notar nicht entgegengehalten werden, daß er zu Unrecht als Zweitschuldner gezahlt habe. Ein Bereicherungsanspruch des Käufers gegen die Steuerbehörde besteht nicht. Der Käufer ist auch nicht verpflichtet, aus Billigkeitsgründen in der Person des Verkäufers Niederschlagung der Steuer zu beantragen, bevor er den Notar in Anspruch nimmt. †)

Durch Vertrag v. 24. Febr. 1931 erwarb der Kl. von dem in Südwesafrika wohnenden Landwirt K. (Sohn) ein im Inland belegenes Grundstück zum Preise von 11 000 RM. Der Preis wurde vereinbarungsgemäß unmittelbar nach der Auflassung bar bezahlt. Den Vertrag hat der bekl. Notar beurkundet. Für den Verkäufer trat dabei dessen über siebzigjährige Großmutter auf, indem sie eine am 17. Jan. 1932 in Windhoek legalisierte Unter Vollmacht seines Generalbevollmächtigten K. (Vater) vorlegte. Nach Behauptung des Kl. ist die Möglichkeit seiner Zweitschuldnerhaftigkeit für die Wertzuwachssteuer überhaupt nicht erörtert worden. Dagegen behauptet der Bekl., nach seiner Erinnerung belehrt zu haben, jedenfalls aber, nachdem ihm die Bevollmächtigte des Verkäufers auf seine Frage erklärt gehabt habe, es handle sich um „alten Familienbesitz“, geantwortet zu haben, dann komme eine Wertzuwachssteuer nicht in Frage. Die Grundakten hat der Bekl. nicht eingesehen. Tatsächlich handelte es sich nicht um „alten Familienbesitz“ i. S. der Wertzuwachssteuergesetzgebung. Der Kl. ist am 16. März 1931 als Eigentümer des Grundstücks eingetragen worden. Mit Schreiben v. 15. Jan. 1932 teilte ihm die Steuerbehörde mit: „Sie werden zur Zahlung der Hafsumme — 15% des Veräußerungspreises gemäß § 16 WZuWStD. — hierdurch herangezogen. Die Einziehung des Betrages wird vorläufig ausgesetzt, bis endgültig feststeht, daß eine Befriedigung durch den Erbschuldner nicht erfolgt.“ Die Bemühungen der Steuerbehörde in letzterer Richtung blieben erfolglos. Durch Bescheid v. 11. Jan. 1936 wurde

daraufhin der klagende Käufer endgültig als Zweitschuldner in Anspruch genommen und hat 1640,10 RM. bezahlt. Die Reststeuer ist dem Verkäufer K. (Sohn) laut Bescheid v. 17. Nov. 1936 erlassen worden. Nachdem die Steuerbehörde einen Antrag des Käufers v. 4. Jan. 1937, die von ihm geleistete Zahlung wenigstens nur als vorläufige anzusehen und den Verkäufer weiter als eigentlichen Steuerschuldner zu behandeln, durch Schreiben v. 28. Jan. 1937 abgelehnt hatte, hat der Käufer am 25. Mai 1937 gegen den Notar Klage auf Schadenersatz erhoben. Im Laufe des Rechtsstreits hat die Steuerbehörde, nachdem der Kl. nochmals auf gerichtliche Vergleichsanregung bei ihr vorstellig geworden war, dem Verkäufer K. (Sohn) die Wertzuwachssteuer aus Billigkeitsgründen in seiner Person — schweringend auslandsdeutscher, bevorstehende Wiedererlangung der ehemaligen Kolonie Deutsch-Südwesafrika — erlassen und dem Kl. die gezahlten 1640,10 RM. zurückerstattet. Die Parteien haben darauf nur noch wegen der Kosten verhandelt. Sie sind durch Urteil des OLG. in S. dem Bekl. aufgelegt worden. Das OLG. hat die gemäß § 99 Abs. 3 ZPO. eingelegte sofortige Beschw. zurückgewiesen.

Es hat zunächst unter näherer tatsächlicher Würdigung die Erwägungen des OLG. gebilligt, aus denen heraus über die Grundzüge des RG. in RGZ. 142, 124 hinaus im vorl. Fall eine Pflicht des Notars zur Belehrung über die Zweitschuldnerhaftigkeit des Käufers für die Wertzuwachssteuer anzunehmen und aus denen die Belehrung dieser Pflicht durch den Bekl. festgestellt worden ist. Bei der Erörterung der Möglichkeit anderweiter Ersatzbeschaffung und schuldhafter Unterlassung von Rechtsmitteln hat es die §§ 16, 22, 24 der maßgebenden WZuWStD. einer Prüfung unterzogen. § 16 behandelt die Zweitschuldnerhaftigkeit und bestimmt dabei: „Diese Haftung erlischt 1 Jahr nach der Eintragung des Erwerbers in das Grundbuch.“ § 22 besagt: „Dem StPfl. stehen gegen die Veranlagung die im Kreis- und ProvinzialabgabenG. gegebenen Rechtsmittel offen.“ § 24 lautet: „Die Steuerbehörde wird ermächtigt, aus Billigkeitsgründen eine Herabsetzung der Steuer im Einzelfall vorzunehmen. Ebenso können bereits veranlagte Steuern auf Antrag durch die Steuerbehörde aus Billigkeitsgründen ganz oder teilweise erlassen oder niedergeschlagen werden.“ Auf Grund dieser Bestimmungen hat das OLG. weiter ausgeführt:

Nach der unbestrittenen Behauptung des Bekl. ist der Kl. zwar bereits seit dem 16. März 1931 im Grundbuch als Eigentümer des verkauften Grundstücks eingetragen. Es kann gleichwohl dahingestellt bleiben, ob die Haftung des Kl. zur Zeit der Zahlung im Januar 1936 bereits nach § 16 S. 3 der Steuerordnung durch den Ablauf der einjährigen Ausschlussfrist erloschen war. Einen Rechtsanspruch auf Rückzahlung der gezahlten 1640,10 RM. hat der Kl. jedenfalls nicht erlangt, denn gegenüber der Steuerbehörde ist ein Anspruch aus § 812 BGB. nicht gegeben. Rückstattung zu Unrecht gezahlter Beträge liegt nach Recht und Billigkeit im Ermessen der Behörde (vgl. Blau und Dertung, „Steuerrecht und BGB.“, Berlin 1914 zu § 812 BGB.). Aus § 267 BGB. ergibt sich ferner, daß auch ein Dritter eine fremde Geldschuld erfüllen kann. Nicht erforderlich ist dabei, daß der Dritte für diese fremde Schuld verhaftet ist. Erfüllt der Dritte die fremde Schuld, so erwirbt der Gläubiger stets mit Grund. Dieser Rechtsgedanke kann auch auf das öffentlich-rechtliche Verhältnis zwischen dem Zweitschuldner und der Steuerkasse übertragen werden. Da der Kl. somit keinen Erstattungsanspruch gegen die Steuerbehörde erlangt hat, ist durch die Zahlung der 1640,10 RM. ein Schaden in dieser Höhe entstanden. Erst durch den Rückzahlungsbefehl des Kreisaußschusses vom November 1937 ist der Schaden wieder erloschen.

Die Geltendmachung eines Erstattungsanspruches gegen den Verkäufer K. (Sohn) konnte dem Kl. nicht zugemutet werden, weil die Verwirklichung dieses Anspruchs im Ausland stattfinden mußte (RG.: SeuffArch. 81 Nr. 73). Ein Erstattungsanspruch aus §§ 823 Abs. 2, 826 BGB. gegen die bevollmächtigte Großmutter stand dem Kl. nicht zu.

Der Schadenersatzanspruch des Kl. ist auch nicht deswegen ausgeschlossen gewesen, weil der Kl. vorzüglich oder fahrlässig unterlassen hat, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden. Der Kl. hätte gegen die Heranziehung zur Zahlung zunächst den Weg des § 22 der Steuerordnung (Einpruchseinlegung) beschreiten können. Die Nichteinlegung dieses Rechtsmittels kann dem Kl. nicht zum Vorwurf gemacht werden, denn aus Rechtsgründen konnte gegen die Heranziehung nicht vorgegangen werden. Unzweifelhaft konnte der Kl. auch den Weg des § 24 der Steuerordnung beschreiten und einen Antrag auf Rückzahlung der 1640,10 RM. aus Billigkeitsgründen stellen, obwohl er nicht der eigentliche StPfl. war. Das ergibt sich daraus, daß § 24 im Gegensatz zu § 22 nicht von einem „StPfl.“ spricht. Ob auch dieser Antrag als ein Rechtsmittel i. S. des § 839 Abs. 3 BGB. angesehen

werden kann, kann dahingestellt bleiben. Jedenfalls hat der Bell. nicht dargetan, daß der K. ein Verschulden bei der Nichteinlegung des Rechtsmittels trifft. Die Möglichkeit des Rechtsmittels allein genügt nicht (vgl. RGRKomm. zu § 839 Nr. 8). Der Bell. ist in dem Bescheid v. 15. Jan. 1932 zur Zahlung herangezogen worden. Am 11. Jan. 1936 wurde der K. endgültig in Anspruch genommen. Am 17. Nov. 1936 wurde dem Verkäufer K. (Sohn) die *reftliche* Steuer im Betrage von 1016,20 RM aus Billigkeitsgründen erlassen. Zwar ist dem Schwiegerjohn des K., R., der die Interessen des K. wahrnahm, kurze Zeit darauf das Schreiben des K. (Vaters) v. 2. Febr. 1937 zugegangen, in dem ihm dieser mitteilte, daß die restliche Steuer aus Billigkeitsgründen erlassen worden sei. Der K. konnte aber nicht annehmen, daß eine erneute Eingabe bei dem Kreisaußschuß Erfolg haben würde, weil der Kreisaußschuß erst am 28. Jan. 1937 es sogar abgelehnt hatte, die Zahlung als vorläufige zu behandeln. Das Schreiben des Kreisaußschusses v. 28. Jan. 1937 ist so bestimmt gefaßt („Die Haftung ist eine endgültige“), daß ein Antrag auf Rückzahlung der Steuer aus Billigkeitsgründen aussichtslos erscheinen mußte. Hinzukommt, daß der K. seinen Antrag mit seinen eigenen persönlichen Verhältnissen nicht begründen konnte. Er konnte höchstens darauf hinweisen, daß im Hinblick auf § 16 S. 3 WZuwStD. seine Finanzanspruchnahme zu Unrecht erfolgt sei. Im Hinblick auf das Schreiben des Kreisaußschusses v. 28. Jan. 1937 mußte der K. annehmen, daß ein Antrag auch mit dieser Begründung abgelehnt werden würde. Jedenfalls ist es nicht als ein Verschulden anzusehen, daß der K. diesen Antrag nicht stellte, zumal der Bell. auch nicht dargetan hat, daß der K. die Bestimmung des § 16 S. 3 WZuwStD. gekannt hat. Außerdem ist die rechtliche Bedeutung dieser Bestimmung nicht zweifelhaft; die Bestimmung läßt sich auch dahin auslegen, daß es genügt, wenn die Steuerbehörde innerhalb der Jahresfrist den Erwerber zu der Steuer heranzieht, und das hatte sie durch ihren Bescheid v. 15. Jan. 1932 getan.

Die Einrede der Verjährung greift gegenüber dem Anspruch aus § 839 BGB. nicht durch. (Es wird näher dargelegt, daß erst der Bescheid v. 11. Jan. 1936 den Schaden zur Entstehung brachte.)

(OB. Naumburg (S.), 1. Zivilsen., Beschl. v. 25. April 1938, 1 W 63/38.)

Anmerkung: 1. Eine Verpflichtung des Notars, über anfallende Steuern die Beteiligten zu unterrichten, besteht grundsätzlich nicht. Wie das RG. ausgeführt hat (Urt. v. 16. Dez. 1933, V 246/33; RGZ. 142, 424 = JW. 1934, 477 = DNotZ. 1934, 116) besteht grundsätzlich auch keine Verpflichtung des Notars, die Parteien darüber zu belehren, wer dem Fiskus oder der sonst in Betracht kommenden öffentlichen Rechtspersönlichkeit gegenüber für die Kosten und Steuern haftet.

Nur in Ausnahmefällen besteht eine Amtspflicht des Notars, auf eine Haftung für Wertzuwachssteuern hinzuweisen. Ein solcher besonderer Umstand, der eine Belehrungspflicht des Notars auslöst, ist nur anzunehmen, wenn bei Würdigung der dem Notar bekannt werdenden Verhältnisse festzustellen ist, daß der Verkäufer zahlungsunfähig ist oder sich der Verpflichtung zur Zahlung der Wertzuwachssteuer entziehen wird. Denn nur in diesen Fällen kommt in der Regel eine Zweitschuldnerhaftung des Käufers für Wertzuwachssteuern in Frage.

2. In dem vom OB. Naumburg entschiedenen Falle hatte der Notar sich überhaupt auf eine Erörterung steuerlicher Folgen eingelassen, indem der Notar erklärte, eine Wertzuwachssteuer komme nicht in Frage, weil nach Mitteilung der über 70jährigen Großmutter des Verkäufers der Grundbesitz „alter Familienbesitz“ sei. Hinzukam, daß der Verkäufer, ein Reichsangehöriger, seinen Wohnsitz im Inlande hatte.

Dieser Vorgang ist vom OB. Naumburg als ein Ausnahmefall gewürdigt worden, der eine Belehrungspflicht des Notars auslöst. In dem zur Entscheidung gelangten Ausnahmefall dürfte der Auffassung des OB. Naumburg beizutreten sein. Es ist allgemein bekannt, daß die Finanzbehörden sich grundsätzlich nicht darauf einlassen können, Steuern gegenüber StPfl. festzusetzen und beizutreiben, die im Auslande ihren Wohnsitz haben, wenn ein Zweitschuldner seinen Wohnsitz im Inlande hat.

3. Stellt jedoch der Notar fest, daß die Beteiligten sich über die steuerlichen Folgen der geplanten Beurkundung überhaupt keine Gedanken gemacht haben, daß es ihnen aber darauf ankommt, über die Steuerpflicht, die Höhe der Steuer und auch über die Frage der Haftung unterrichtet zu werden, daß also die Steuerfrage von maßgebendem Einfluß auf den Entschluß der Parteien zur Vornahme des Geschäfts sein kann, so besteht für den Notar die Amtspflicht, diese Fragen zu klären. Er muß dann entweder selbst die Parteien über die anfallenden Steuern belehren oder den Vertragsparteien anraten, sich an sachverständiger Stelle zu erkun-

digen (vgl. auch die Stellungnahme von Wolpers: JW. 1934 474).

RA. und Notar Dr. Dr. Me g o w, Berlin, Fachanwalt für Steuerrecht.

*

21. RG. — §§ 2085, 2289—2291, 2352 BGB.

1. Zu Lasten des in einem Erbvertrage zum Erben berufenen Mittels eines einseitigen Testaments regelmäßig auch dann nicht wirksam anordnen, wenn der Bedachte sich mit der Anordnung vor oder nach dem Erbfall einverstanden erklärt.

2. Ist demgemäß die Anordnung einer Testamentsvollstreckung hinsichtlich eines einzelnen Miterben unwirksam, so bleibt sie doch im übrigen wirksam, soweit nicht ein anderer Wille des Erblassers festzustellen ist.

Die verwitwete Frau Flora G. hat in einem mit ihrem Sohne Dr. Walter G. abgeschlossenen Erbvertrage v. 19. Juni 1931 diesen Sohn unter Zuwendung eines Vorausvermächtnisses von 185 000 RM an ihn zum Erben in Höhe von $\frac{1}{4}$ ihres Nachlasses berufen, ohne daß diese Quote durch Vermächtnisse und Auflagen sowie durch Schenkungen und Zuwendungen zugunsten der anderen drei Kinder geschmälert werden sollte. Später hat sie in einem einseitigen eigenhändigen Testament v. 8. April 1936 den RA. Dr. G. zum Testamentsvollstrecker mit der Aufgabe ernannt, ihre letztwilligen Verfügungen zur Ausführung zu bringen, ihren Nachlaß zu verwalten und die Auseinandersetzung zu bewirken. Der Testamentsvollstrecker soll ferner „mit jeder möglichen Beschleunigung die Frage zur Klärung und Entsch., nötigenfalls durch die Gerichte, bringen, ob und welche Forderungen der Nachlaß ihres Mannes noch gegen ihren Sohn Walter habe“. In einem weiteren einseitigen eigenhändigen Testament v. 22. Okt. 1936 hat sie die Ernennung des Testamentsvollstreckers bestätigt.

Nachdem die Erblasserin am 20. Jan. 1938 gestorben war, beantragte der RA. Dr. G. bei dem Nachlassgericht, gestützt auf die beiden Testamente und auf eine Zustimmungserklärung des Dr. Walter G. v. 3. April 1938, ihm ein Testamentsvollstreckerzeugnis für den Nachlaß der verwitweten Frau G. zu erteilen. Das AG. lehnte die Erteilung ab, weil die Ernennung des Testamentsvollstreckers wegen des Erbvertrages v. 19. Juni 1931 hinsichtlich des Erbteiles des Sohnes Dr. Walter G. trotz dessen Zustimmung unwirksam sei. Beschwerde und weitere Beschwerde hatten keinen Erfolg.

Gegenüber einem Erbvertrage ist eine spätere Verfügung des Erblassers von Todes wegen nach § 2289 Abs. 1 Satz 2 BGB. unwirksam, soweit sie das Recht des verträglich Bedachten beeinträchtigen würde. Gegenüber einer verträglich Erbinsetzung stellt sich nun die nachträgliche Anordnung einer Testamentsvollstreckung, durch welche der Erbe von der eigenen Verwaltung und Verfügung hinsichtlich des Nachlasses ausgeschlossen wird, grundsätzlich als eine Beeinträchtigung der ihm in dem Erbvertrage eingeräumten Rechtsstellung dar (vgl. RG.: RZM. 16, 254; Planck, „BGB.“, § 2289 Num. 3a). Das gilt auch dann, wenn die Testamentsvollstreckung, was vom Standpunkte des Erblassers aus regelmäßig der Fall sein wird, im Interesse des Erben liegt, sei es, daß er zur eigenen Verwaltung weniger geeignet ist, sei es, daß beim Vorhandensein mehrerer Erben ein Interesse an einer einheitlichen Nachlassregelung besteht. Auch in diesen Fällen bleibt die in der Beschränkung seines Verwaltungs- und Verfügungsrechtes liegende rechtliche Beeinträchtigung seiner Erbenstellung bestehen.

Die beeinträchtigende Verfügung ist allerdings gleichwohl zulässig, wenn sie in dem Erbvertrage ausdrücklich oder nach dem mutmaßlichen Willen der Vertragsschließenden stillschweigend vorbehalten war. Denn die Frage, inwieweit der Erblasser an einen Erbvertrag gebunden ist, bestimmt sich innerhalb der gesetzlichen Möglichkeiten ausschließlich nach dem Willen der Vertragsschließenden (RG.: JW. 15, 229 = JW. 1937, 2203¹⁵). Zur Annahme eines stillschweigenden Vorbehalts ist es auch nicht erforderlich, daß die Vertragsschließenden an die in Frage stehenden späteren Verfügungen des Erblassers, hier die Anordnung einer Testamentsvollstreckung, gedacht haben. Es genügt, wenn sich feststellen läßt, daß sie bei Erwägung der in Betracht kommenden Möglichkeit eine Bindung des Erblassers insoweit übereinstimmend nicht gewollt haben würden. Für eine solche Feststellung hatte das AG. jedoch im vorl. Falle keine ausreichenden Anhaltspunkte. Regelmäßig wird ein Erbvertrag nicht von vornherein mit seiner nachträglichen Beschränkung durch eine Testamentsvollstreckung einverstanden sein. Daß entgegen dieser tatsächlichen Vermutung Dr. G. hier ein gegenteiliges Interesse gehabt hätte, war nicht ersichtlich.

Sein zur Zeit bestehendes Interesse war von dem Antragsteller im wesentlichen damit begründet worden, daß die Verwaltung des Nachlasses durch die Miterben selbst infolge der Auswanderung des Dr. G. durch die devisenrechtlichen Beschränkungen erheblich behindert werde. Diese Befinderung war aber beim Abschluß des Erbvertrages noch nicht vorauszusehen und mußte deshalb bei der Beurteilung der Frage, welchen Willen die Vertragsschließenden damals mutmaßlich gehabt haben, außer Betracht bleiben. Das ist übrigens auch die Auffassung des Dr. G. selbst; denn er hält sich nach seiner Erklärung v. 3. April 1938 grundsätzlich für befugt, der Ernennung des Testamentsvollstreckers hinsichtlich seines Erbteils zu widersprechen und will von diesem Widerspruchsrechte nur keinen Gebrauch machen.

Das nach dem Erbfall erklärte Einverständnis des Dr. G. mit seiner Beschränkung durch die Testamentsvollstreckung vermag aber die im § 2289 Abs. 1 Satz 2 BGB. vorgeschriebene Unwirksamkeit der späteren Anordnung der Erblasserin nicht zu überwinden. Es ist zwar richtig, daß durch die Vorschrift lediglich der vertragsmäßig Bedachte selbst geschützt werden soll, und daß es in solchen Fällen regelmäßig genügt, wenn der Geschützte die entgegenstehende Verfügung nicht gegen sich gelten zu lassen braucht, wobei es ihm überlassen bleiben kann, ob er von seinem Rechte Gebrauch machen will oder nicht (vgl. §§ 135, 136 BGB.). Dieser Grundsatz der sog. relativen Unwirksamkeit läßt sich indes bei Verfügungen von Todes wegen, mindestens soweit es sich um Erbeinsetzungen oder, worauf es hier ankommt, um die Anordnung einer Testamentsvollstreckung handelt, nicht vollständig durchführen. Unbedenklich ist nur, daß trotz des § 2289 Abs. 1 Satz 2 BGB. die den vertragsmäßig Bedachten beeinträchtigende Verfügung wirksamkeit erlangt, wenn der Bedachte selbst vor oder nach dem Erbfall durch sein Vorverstehen, durch einen Erbverzicht oder eine Ausschlagung oder wegen Erbnunwürdigkeit wegfällt. Dagegen ist es mit dem Wesen einer Erbeinsetzung und auch der Anordnung einer Testamentsvollstreckung unvereinbar, daß sie bei Wirksamkeit im übrigen einer bestimmten Person gegenüber unwirksam ist. Wer Erbe ist und ob eine Testamentsvollstreckung besteht, kann einheitlich nur mit Wirkung für und gegen alle entschieden werden (vgl. Planck, „BWB.“, § 2289 Anm. 3a). Es ist auch nicht angängig, die erwähnte Verfügung wenigstens dann als wirksam zu behandeln, wenn derjenige, dessen Interesse das Gesetz mit der Anordnung ihrer Unwirksamkeit wahrnehmen will, ihr nach dem Erbfall ausdrücklich zustimmt. Denn es wäre mit der notwendigen Rechtsicherheit unvereinbar, daß die Beurteilung der Frage, wer Erbe geworden ist oder ob eine Testamentsvollstreckung besteht, von der Stellungnahme eines Beteiligten abhängt, für die weder eine Form noch eine Frist vorgesehen ist. Das BGB. hat mit seinen Vorschriften über die Annahme oder Ausschlagung einer Erbschaft (§§ 1942 ff.), über die Ansetzung einer Verfügung von Todes wegen (§§ 2081, 2082) und über die Amtsannahme oder Ablehnung eines ernannten Testamentsvollstreckers (§ 2202) deutlich zu erkennen gegeben, daß diese erbrechtlichen Verhältnisse in bestimmten Formen und innerhalb bestimmter Fristen geklärt werden müssen. Es wäre unerträglich, wenn ein vom Erblasser vertragsmäßig Bedachter eine spätere, ihn beeinträchtigende und deshalb unwirksame Erbeinsetzung oder Testamentsvollstreckung durch seine nachträgliche Zustimmung formlos und ohne zeitliche Beschränkung in Wirksamkeit setzen könnte.

Steht eine vertragsmäßige Erbeinsetzung der nachträglichen Anordnung einer Testamentsvollstreckung entgegen, und will der eingesezte Erbe die demnächstige Erbschaft nicht ausschlagen, so können die Beteiligten die Wirksamkeit der Anordnung nur dadurch erreichen, daß sie bei Lebzeiten des Erblassers die gesetzlichen Vorschriften über die Abänderung (Aufhebung) vertragsmäßiger Verfügungen, nämlich die §§ 2290, 2291 BGB., beachten. Danach bedarf es aber regelmäßig eines neuen förmlichen Vertrages der Beteiligten, wie er hier nicht geschlossen worden ist. Vermächtnis- und Aufgabeverfügungen können vom Erblasser auch durch Testament aufgegeben werden, aber nur mit gerichtlicher oder notarieller Zustimmung des anderen Vertragsschließenden, die — dem Erblasser gegenüber — nur bis zu dessen Tode erklärt werden kann. Im vorl. Falle kommt als Gegenstand der in der Anordnung der Testamentsvollstreckung liegenden Einschränkung (gleich Teilaufhebung) einer vertragsmäßigen Verfügung nur die Erbeinsetzung des Dr. G. in Betracht. Schon deshalb ist § 2291 BGB. nicht anwendbar. Es würde aber auch an der rechtzeitig erklärten förmlichen Zustimmung des Dr. G. zu der nachträglichen letztwilligen Anordnung der Erblasserin fehlen.

Das Urteil des RG.: RGZ. 134, 325, auf das die weitere

Beschwerde sich beruft, betrifft einen wesentlich anders liegenden Fall. Dort war zu entscheiden, ob die in einem Erbvertrage ihres Vaters und ihrer Stiefmutter bedachte Kl. ein späteres von dem ersteren zugunsten seiner Ehefrau errichtetes Testament gegen sich gelten lassen mußte, nachdem sie zu den Verhandlungen über diese Testamentserrichtung besonders hinzugezogen war und sich mit der Errichtung des Testamentes — allerdings formlos — einverstanden erklärt hatte. Das RG. hat das bejaht. Der beschließende Senat würde zu demselben Ergebnis vielleicht schon von dem in RGZ. 15, 229 = JWB. 1937, 2203¹⁶ eingenommenen Rechtsstandpunkte aus gelangt sein. Ob die abweichende Begründung des RG., daß die Kl. durch ihre nach § 182 Abs. 2 BGB. formlos gültige Einwilligung in die Testamentserrichtung das Recht verloren habe, sich gegenüber diesem Testament auf den früheren Erbvertrag zu berufen, mit der Regelung der §§ 2289—2292 und vor allem des § 2352 BGB. vereinbar ist, mag hier dahingestellt bleiben (vgl. auch BayObLG.: DZB. 1925, 1883). Denn im vorl. Falle handelt es sich nicht — wie in RGZ. 134, 325 — um die Rechte eines vertragsmäßig bedachten Dritten, sondern um diejenigen des anderen Vertragsschließenden selbst. Für deren Aufhebung zum mindesten gibt es, soweit sie im Einverständnis der Beteiligten erfolgen soll, außerhalb der §§ 2290—2292 BGB. keine rechtliche Möglichkeit. Es kommt hinzu, daß hier, anders als in dem vom RG. behandelten Falle, bis zu dem Tode der Erblasserin nicht einmal eine — förmliche oder formlose — Zustimmung des vertragsmäßig Bedachten zu dem sein Recht beeinträchtigenden späteren Testament erklärt worden ist. Daß auch eine spätere Zustimmung noch genügen könne, hat das RG. für das BGB. nicht ausgesprochen.

Das BG. hat endlich ausgeführt, daß die Wirksamkeit der Anordnung der Testamentsvollstreckung hinsichtlich des Miterben Dr. G. sich auch aus den §§ 2289 Abs. 2, 2338 BGB. nicht begründen lasse. Dagegen ist rechtlich nichts einzuwenden. Die weitere Beschw. will etwas Derartiges auch selbst nicht geltend machen. Eine „Beeinträchtigung“ des Vertragsserben würde aber in der Anordnung der Testamentsvollstreckung sogar dann liegen, wenn die Voraussetzungen des § 2338 BGB. gegeben wären. Die Beeinträchtigung wäre in diesem Falle nur ausnahmsweise kein Grund für eine Unwirksamkeit der Anordnung. Würde schon dadurch, daß die Anordnung im richtig verstandenen Interesse des vertragsmäßig Bedachten getroffen worden ist, die Beeinträchtigungswirkung i. S. des § 2289 Abs. 1 ausgeschlossen werden, so wäre die Vorschrift des § 2289 Abs. 2 BGB. überflüssig. Auf die in dem Testament des Vaters des Dr. G. aus § 2338 BGB. getroffenen Verfügungen konnte es bei dieser Rechtslage von keinem Gesichtspunkte aus ankommen. Die auf Ausstellung eines Testamentsvollstreckerausweises für den ganzen Nachlaß gerichtete Beschw. ist hiernach mit Recht zurückgewiesen worden.

Ob der Antragsteller ein Testamentsvollstreckerausweis für die Erbteile der außer dem Dr. G. an dem Nachlaß beteiligten Miterben erhalten kann, hängt von der Annahme eines notfalls auf die Anordnung einer entsprechend beschränkten Testamentsvollstreckung gerichteten Willens der Erblasserin ab. Dabei kann rechtlich nur zweifelhaft sein, ob ein solcher Wille bis zur Feststellung des Gegenteils zu unterstellen ist oder ob besondere Anhaltspunkte dafür vorliegen müssen... Nach § 2085 BGB. hat die Unwirksamkeit einer von mehreren in einem Testament enthaltenen Verfügungen die Unwirksamkeit der übrigen nur zur Folge, wenn anzunehmen ist, daß der Erblasser die letzteren ohne die unwirksame Verfügung nicht getroffen haben würde. Diese Vorschrift läßt sich hier allerdings nicht unmittelbar anwenden, weil Gegenstand der Unwirksamkeit nicht eine von mehreren Verfügungen, sondern ein Teil einer einzigen Verfügung ist. Es ist aber geboten, sie sinngemäß anzuwenden, weil sie — in Abweichung von dem allgemeinen Grundsatz des § 139 BGB. — nach ihrem Sinn und Zweck einen Anwendungsfall des auch sonst das Erbrecht beherrschenden Bestrebens darstellt, dem Willen des Erblassers in möglichst weitem Umfang zur Geltung zu verhelfen und deshalb die von ihm getroffenen letztwilligen Verfügungen nach Möglichkeit aufrechtzuerhalten. Es liegt kein Grund vor, die Teilunwirksamkeit einer Verfügung anders zu behandeln als die Unwirksamkeit einer von mehreren Verfügungen. Im Hinblick auf einen Fall der vorl. Art wird es vielmehr regelmäßig i. S. des Erblassers liegen, daß eine von ihm angeordnete Testamentsvollstreckung, wenn sie sich hinsichtlich des Erbteils eines Miterben als unzulässig erweist, wenigstens hinsichtlich der Erbteile der übrigen Erben in Kraft treten soll. Ob die besonderen Umstände des vorl. Falles eine von der Regel abweichende tatsächliche Beurteilung angezeigt erscheinen lassen, muß der Entscheidung des Nachlaßgerichtes überlassen bleiben.

(RG., 1. ZivSen., Beschl. v. 28. Juli 1938, 1 Wx 303/38.) [5.]

22. RG. — §§ 2269 Abs. 1, 2270 Abs. 2, 2271 Abs. 2, 2100 2274 BGB.

I. Der Senat hält an dem in der Entsch. v. 13. Mai 1937, 1 Wx 120/37: JZG. 15, 325 = JZB. 1937, 2520 — dargelegten Grundsatz fest, daß, wenn Ehegatten in einem gemeinschaftlichen Testament sich gegenseitig als Vollerben und ihre Kinder als Erben des überlebenden Ehegatten einsetzen und weiter bestimmen, daß im Falle der Wiederverheiratung des überlebenden Ehegatten diesem die Verpflichtung auferlegt werde, sich mit den Kindern den gesetzlichen Vorschriften entsprechend auseinanderzusetzen, im Zweifel anzunehmen ist, daß sie für den Wiederverheiratungsfall den überlebenden Ehegatten mindestens von der Bindung an die von ihm verfügte Einsetzung der Kinder auf seinen Nachlaß haben befreien wollen. —

II. Dieser Grundsatz findet aber auch dann Anwendung, wenn der überlebende Gatte alleiniger Vorerbe und die Kinder Nach-erben sein sollten, und wenn es sich nicht um ein gemeinschaftliches Testament, sondern um einen Erbvertrag der Ehegatten handelt. —

Das OLG. führt ferner aus, daß entgegen der Wegweisung des Senates, der sich das OLG. in seinem Bescheid angeschlossen hatte, durch die Wiederverheiratung der Ehefrau die Bindung an den Erbvertrag nicht aufgehoben worden sei. Nach nochmaliger Prüfung hält der Senat an der allgemeinen Auslegungsgesetzregel fest, die er für die Wiederverheiratungsklausel in einem gemeinschaftlichen Testament nach den in der Entsch. 1 Wx 120/37 entwickelten Grundsätzen gegeben hatte. Hierbei macht es keinen Unterschied, ob — wie in jenem früheren Falle — nach dem Willen der Erblasser der überlebende Gatte zunächst Vollerbe und die Kinder dessen Erben für den gesamten Nachlaß der Gatten nach § 2269 BGB. sein sollten, oder ob — wie im vorl. Falle — der überlebende Gatte Vorerbe und die Kinder Nach-erben sein sollten. In beiden Fällen hört nach dem Willen der Ehegatten mit der Wiederverheiratung der überlebende Gatte auf, alleiniger Erbe des erstverstorbenen Gatten zu sein, und dessen Nachlaß steht nunmehr ihm und den Kindern gemeinsam als gesetzlichen Erben zu. Geht aber der überlebende Gatte seiner Vorerbsstellung als alleiniger Vollerbe oder Vorerbe des anderen Gatten verlustig, so bestand für die Ehegatten grundsätzlich keine Veranlassung, auch für diesen Fall die Bindung des überlebenden an seine Verfügung in Ansehung seines Vermögens fortbestehen zu lassen. Für diesen Fall lassen sich die Verhältnisse in der Regel nicht übersehen. Es würde auch unbillig sein, den zweiten Gatten und die etwa aus der zweiten Ehe hervorgehenden Kinder von vornherein von jeder Erbberechtigung am Nachlaß auszuschließen und diese Kinder wie den überlebenden Gatten auf den Weg der Anfechtung zu verweisen, der wenig bekannt ist und oft nicht rechtzeitig eingeschlagen wird. Die endgültige Vereinigung der Erbschaftsangelegenheit würde hierdurch nur hinausgezogen und erschwert. Dem Interesse der Beteiligten ist aber mehr gebietet, wenn tunlichst bald, d. h. schon mit dem Eintritt des Falles der Wiederverheiratung, wenigstens die Bindung des überlebenden Gatten an seine Verfügung beseitigt wird. Wenn daher die Gatten für den Fall der Wiederverheiratung bestimmt hatten, daß in Ansehung des Nachlasses des Erstverstorbenen die gesetzliche Erbfolge eintreten soll, so ist im Zweifel anzunehmen, daß sie für diesen Fall gleichzeitig den überlebenden Gatten von der Bindung an die von ihm verfügte Einsetzung der Kinder haben befreien wollen.

An dieser Auslegung der Wiederverheiratungsklausel für das gemeinschaftliche Testament — der inzwischen übrigens auch das OLG. München gefolgt ist (vgl. Dtsch. F. G. 1938, 132) — hält der Senat auch gegenüber den Ausführungen fest, die das OLG. im vorl. Falle im Anschluß an die Bemerkungen von Domke: JZB. 1937, 2520 hierzu macht. Die Sicherung der Kinder aus der ersten Ehe oder, wie hier, der Kinder des einen Gatten aus einer früheren Ehe, wird allerdings oft ein bestimmender Wunsch des einen oder beider Gatten sein. Wenn aber die Gatten die Möglichkeit einer Wiederverheiratung des einen Teiles nach dem Tode des anderen ins Auge faßten, so wird regelmäßig zugleich der Wunsch vorhanden sein, dem sich wiederverheiratenden Gatten billigerweise künftig nicht jede Verfügung von Todes wegen über sein Vermögen unmöglich zu machen, insbes. über Vermögen, welches erst nach dem Tode des ersten Gatten durch Erwerbstätigkeit oder durch Wiederverheiratung erworben wird. Es entspricht daher der Einstellung verständiger Ehegatten, von vornherein die Grenzen der Bindung des überlebenden Teiles an seine Verfügungen im Testament festzulegen und dem Überlebenden für den Fall der Wiederverheiratung durch Anordnung der gesetzlichen Teilung Freiheit für weitere Verfügungen über seinen Nachlaß zu gewähren. Die Anfechtung wegen Übergehens eines Pflicht-

teilsberechtigten kann unter Umständen eine rechtliche Möglichkeit sein, Unbilligkeiten zu vermeiden. Wenn aber die Ehegatten die Möglichkeit der Wiederverheiratung des überlebenden ins Auge faßten, so wird regelmäßig eine Anfechtung deshalb ausgeschlossen sein, weil anzunehmen sein wird, daß die Erblasser die Verfügung auch bei Kenntnis der Sachlage getroffen haben würden (§ 2079).

Der Senat hält daran fest, daß es einem Bedürfnis entspricht, und daß der mutmaßliche Wille der Ehegatten dahin geht, bei Beendigung der Vorerbsstellung des überlebenden Gatten ihn von der Bindung an die eigenen Verfügungen zugunsten der Kinder zu befreien. Es müssen besondere Umstände vorliegen, wenn dieser vermutete Wille der Eheleute im Einzelfalle entkräftet werden soll.

Der Senat hat kein Bedenken, diese Auslegungsregel grundsätzlich auch anzuwenden, wenn es sich nicht um ein gemeinschaftliches Testament, sondern — wie im vorl. Falle — um einen Erbvertrag der Ehegatten handelt. Allerdings sind beim gemeinschaftlichen Testament die Verfügungen, abgesehen von dem Fall der Wechselbezüglichkeit i. S. von § 2270 BGB. frei widerruflich, während sich beim Erbvertrage beide Teile gegenseitig gebunden haben und nur in den Fällen der §§ 2293 ff. BGB. hiervon einseitig zurücktreten können. Für die Befreiung von der Bindung durch die Wiederverheiratungsklausel kommt aber gerade der Fall des § 2270, § 2271 Abs. 2 in Frage, d. h. der Ausschluß des Widerrufs mit dem Tode des ersten Gatten. Von diesem Zeitpunkt an ist die Bindung an den Erbvertrag und an die wechselseitigen Bestimmungen des gemeinschaftlichen Testaments gleich stark. Die Grenzen dieser Bindung schon im Erbvertrage zu bestimmen, haben die Eheleute freie Hand. Dem vertragmäßigen Vorbehalt nachträglicher Verfügungen Schranken zu ziehen, besteht kein Anlaß.

Für die Auslegung des Inhaltes erbvertragmäßiger Verfügungen gilt nach § 2279 BGB. Entsprechendes wie für letztwillige Verfügungen. Insbes. ist der Inhalt eines Erbvertrages nach dem wahren Willen der Erklärenden und nicht nach dem buchstäblichen Wortlaut auszuliegen. Hierbei ist nicht nur zu berücksichtigen, was ausgesprochen ist, sondern auch was, ohne ausdrücklich ausgesprochen zu sein, mittelbar seinen Ausdruck gefunden hat oder die Voraussetzung für das Ausgesprochene bildet. Hierbei ist auch der vom Erblasser verfolgte Zweck zu berücksichtigen (vgl. Staudinger, 9. Aufl., Vorbem. vor § 2274 BGB. und Vorbem. vor § 2066 BGB.).

In Anwendung dieser Grundsätze ergibt sich: Haben die Ehegatten in einem Erbvertrage für den Fall der Wiederverheiratung bestimmt, daß in Ansehung des Nachlasses des Erstverstorbenen die gesetzliche Erbfolge eintreten soll, so ist im Zweifel anzunehmen, daß sie für diesen Fall gleichzeitig den überlebenden Gatten von der Bindung an die von ihm verfügte Einsetzung der Kinder haben befreien wollen. Es ist also nicht — wie es das OLG. tut — zu prüfen, ob im Einzelfall Umstände vorliegen, die die vom OLG. auch für den Fall der Wiederverheiratungsklausel grundsätzlich angenommene Bindung beseitigen, sondern die Frage ist umgekehrt dahin zu stellen, ob besondere Umstände hier eine von den Ehegatten trotz der Wiederverheiratung und der hiermit kraft der Teilungsklausel im Erbvertrage eingetretenen gesetzlichen Teilung des Nachlasses gewollte fortdauernde Bindung des überlebenden rechtfertigen. Wegen des in der nicht richtigen Anwendung dieser Grundsätze liegenden Rechtsverstoßes ist die Vorentscheidung aufzuheben.

(RG., 1. ZivSen., Befchl. v. 21. Juli 1938, 1 Wx 295/38.) [5.]

Internationales Privatrecht

23. RG. — Art. 1 Ges. über die Anwendung deutschen Rechts bei der Ehescheidung, Art. 81, 82 ArgentinischeG. v. 2. Nov. 1888.

1. Das argentinische Recht enthält hinsichtlich der Scheidung eine Rückverweisung.

2. Obgleich das argentinische Recht die Scheidung einer Ehe dem Bande nach nicht kennt, wird in Argentinien auch eine dortige im Auslande erfolgte Scheidung anerkannt, wenn die Scheidung im Eheschließungslande erfolgte.

Der Bese. ist Argentinier. Gem. Art. 17 Abs. 1 BGB. wäre also sein Heimatrecht, d. h. hier das des argentinischen EheG. v. 2. Nov. 1888 (Nr. 2393) anzuwenden. Dieses bestimmt ganz allgemein, d. h. ohne für die Anhänger der verschiedenen Religionsbekenntnisse zu unterscheiden, in Art. 81, daß gültige Ehen nur durch den Tod eines der Ehegatten aufgelöst werden. Trotzdem läßt die argentinische Rechtsprechung die Wiederver-

Heiratung von Argentinern in Argentinien auch dann zu, wenn einer von ihnen bereits früher eine Ehe im Ausland geschlossen hatte und diese Ehe im Ausland geschieden worden ist (vgl. z. B. Art. 2. Instanz der 1. Zivilkammer Buenos Ayres vom 22. März 1917 — Gaceta del foro v. 27. Mai 1917 S. 179 —, erster Instanz v. 28. Juni 1920 — Gaceta del foro Band 27 S. 224 —, zweiter Instanz v. 8. Aug. 1930 — Gaceta del foro Band 87 S. 375). Die Rechtsgrundlage für ihre Ansicht finden diese Entscheidungen in Art. 82 des EheG., der lautet: „Die Ehe, welche gemäß den Gesetzen des Landes geschlossen werden kann, in welchem sie geschlossen ist, kann in der (argentinischen) Republik nur in Gemäßheit des vorhergehenden Artikels aufgelöst werden.“

Daraus wird also gefolgert, daß zwar eine Auflösung der Ehe im Eheschließungslande nach den dortigen Gesetzen möglich, in Argentinien selbst aber nicht möglich sei. Demgemäß erkennt Argentinien auch derartige ausländische Ehescheidungsurteile an (vgl. auch die vom OLG. Hamburg: Höchstr. Apr. 1930 Nr. 1928 mitgeteilte Auskunft des argentinischen Generalkonsulats in Hamburg). Gleichzeitig ergibt sich aber aus dieser Bestimmung auch aus den sonstigen hier heranzuziehenden des argentinischen internationalen Privatrechts (vgl. OLG. Hamburg a. a. O.), daß es für diese Fälle auf das Wohnsitzrecht der Ehegatten zurückverweist (so auch das angeführte Art. v. 22. März 1917). Die Parteien haben nun allerdings die Ehe in Deutschland geschlossen. Ihr Wohnsitzrecht wäre aber, ungeachtet des schon jahrelangen Aufenthaltes der Kl. in Deutschland, das argentinische; denn gem. Art. 90 Nr. 9 des argentinischen Codigo civil teilt die Frau kraft Gesetzes den Wohnsitz des Mannes bis zur rechtskräftigen Trennung von Tisch und Bett. Wenn also die Ehe der Parteien trotz des grundsätzlichen Standpunktes des argentinischen Rechts, daß Ehen nur durch den Tod aufgelöst werden, unter der besonderen Voraussetzung, daß der Ehemann in Deutschland wohnt, hier auch geschieden werden könnte, so ist das unter den gegebenen Umständen dennoch nicht möglich, weil der Bekl. weiter in Argentinien bleibt. Das genügt aber, um die Voraussetzung von Art. 1 des Gef. über die Anwendung deutschen Rechts bei der Ehescheidung v. 24. Jan. 1935 zu erfüllen; denn das Heimatrecht des Mannes läßt eine Scheidung dieser Ehe dem Bande nach grundsätzlich nicht zu. Da die Kl. die deutsche Staatsangehörigkeit wieder erworben hat, kommt also nach der genannten Vorschrift nur deutsches Recht für ihre Scheidungsfrage zur Anwendung.

(RG., 13. ZivSen., Art. v. 28. Febr. 1938, 13 U 4909.)

*

24. RG. — § 606 ZPD.; Art. VI des Rigaer Friedensvertrages v. 18. März 1921.

1. Entlassung aus der zaristischen Untertanenschaft.

2. Im früher russischen Teile Polens ging die politische Zugehörigkeit zu einer der örtlichen ständischen Organisationen durch längere Abwesenheit verloren, so daß derartige Personen, die am 1. Aug. 1914 sich nicht in Rußland aufhielten, im allgemeinen staatenlos und nicht Polen sind, also in Deutschland geschieden werden können.

Wegen der Zuständigkeit des angerufenen Gerichts (§ 606 Abs. 4 ZPD.) und der Bestimmung des anzuwendenden Rechts ist zunächst die Staatsangehörigkeit der Parteien zu prüfen.

Der Kl. war früher Russe. Er lebt seit 1903 ununterbrochen in Deutschland. Bei seinem Wegzug aus seinem Geburtsort Vincentow war er 23 Jahre alt, somit nach zaristischem Gesetz volljährig. Vincentow (Kr. Wladimir) liegt im Gouvernement Wolhynien und gehört hiernach nicht zu Kongreß, sondern zu Ostpolen. Bestimmend für die Staatsangehörigkeit des Kl. ist Art. VI des Rigaer-Vertrages v. 18. März 1921, dessen Abs. 1 auch für die in Abs. 3 genannten Personen, die sich wie der Kl. nicht in Polen aufgehalten haben, heranzuziehen ist, ohne daß deren Option erforderlich wäre. Jedenfalls entspricht diese Auslegung der ständigen Apr. des Senats (vgl. z. B. ZW. 1937, 1325), der auch das RG. gefolgt ist (RGZ. 150, 295 = ZW. 1936, 1693⁴ m. Anm.).

Hiernach wäre der Kl. Pole, wenn er 1. am 1. Aug. 1914 die damalige russische Staatsangehörigkeit gehabt hätte. Das wird zu bejahen sein, obwohl der Kl. seit 1903 russischen Boden nicht mehr betreten hat. Der Austritt aus der russischen Untertanenschaft war nicht besonders geregelt. Ein russischer Untertan blieb vielmehr russischer Staatsangehöriger, wenn er nicht durch kaiserlichen Ukas aus dem russischen Staatsverband entlassen wurde. Gem. Art. 325 des russischen Strafgesetzbuches konnte er ferner wegen eigenmächtiger Entsernung aus dem Land, oder wegen nicht genehmigten Eintritts in den Untertanenverband oder Dienst eines fremden Staates mit dem Verlust

der bürgerlichen und politischen Rechte und mit dauernder Verbannung aus Rußland bestraft werden (vgl. Entsch. des Senats v. 5. Aug. 1937: ZW. 1938, 856). Keine dieser Voraussetzungen liegt hier vor.

2. wäre aber für die Beziehung der polnischen Staatsangehörigkeit des Kl. erforderlich, daß er am 1. Aug. 1914 bei einer Stadt- oder Landgemeinde oder einer ständischen Organisation in den Gebieten des ehemaligen russischen Kaiserreichs, welche jetzt zum polnischen Staate gehören, eingetragen war.

Nun kann zwar mit Rücksicht auf seinen langjährigen Wohnsitz in Vincentow angenommen werden, daß der Vater des Kl. — und damit auch der Kl. selbst — in der örtlichen ständischen Organisation eingetragen war. Nach Art. 7 des Gef. über die Stände (Zob. Zakonob. Bd. IX Abs. 1899) ging jedoch das Standesrecht und damit auch die entsprechende Eintragung durch „unbekannte Abwesenheit“ verloren. Als unbekannt abwesend i. S. der vorgenannten gesetzlichen Bestimmung galt auch jemand, der länger als 5 Jahre ohne besondere hierauf bezügliche Erlaubnis seinen Wohnsitz im Ausland nahm (Art. 7 S. 3 des Gef. über die Stände). Da der Kl. nach seiner glaubhaftesten Angabe bei seiner Auswanderung aus Rußland nur eine Paßgenehmigung von 4 Wochen besessen hat und diese Paßgenehmigung nicht erneuert worden ist, ist er im Jahre 1908 „unbekannt abwesend“ geworden. Zu diesem Zeitpunkt ist daher hier das Standesrecht und mit ihm die entsprechende Eintragung des Kl., anders als wenn er in einer kongreßpolnischen Gemeinde eingetragen gewesen wäre (vgl. dazu Entsch. des Senats: ZW. 1937, 1325 mit Anm. von Süß nebst Nachw.), erloschen.

Die Voraussetzungen von Art. VI des Rigaer Vertrages sind also nicht erfüllt, der Kl. ist vielmehr als Staatsangehöriger des früheren russischen Kaiserreichs zunächst sowjet-russischer Staatsangehöriger geworden. Diese Staatsangehörigkeit hat er gem. der VO. der allrussischen Zentral-Exekutiv-Komitee und des Rates der Volkskommissare v. 15. Dez. 1921 (Bergmann, „Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht“ II 565) oder wenn man wegen der Lage von Wolhynien die ukrainischen Bestimmungen zur Anwendung bringen will, nach dem Ukrainischen Reglement v. 28. März 1922 verloren, da er sich über 5 Jahre ohne Bewilligung der Sowjetregierung im Ausland aufhält.

Der Kl. ist also staatenlos. § 606 Abs. 4 ZPD. kommt sonach nicht zur Anwendung (RGZ. 127, 195 = ZW. 1930, 1868).

(RG., 13. ZivSen., Art. v. 25. April 1938, 13 U 1161/37.)

*

25. RG. — Art. 19 EGBGB.; § 142 ABGB.

1. Über den Anspruch des Vaters auf Herausgabe des Kindes entscheidet, auch wenn er gegen die Mutter gerichtet ist, internationalprivatrechtlich Art. 19 EGBGB.

2. Die Verfahrensart richtet sich allein nach deutschem Recht.

3. Für die Zuteilung des Kindes nach Scheidung der Eltern ist nach dem in Polen (Galizien) geltenden Recht allein das Wohl des Kindes maßgebend.

Die Parteien sind Polen. Der Kl. verlangt von der Bekl., seiner Ehefrau, das gemeinsame Kind heraus. Nach dem entsprechend anzuwendenden Grundsatz des Art. 19 EGBGB. bestimmt sich das Rechtsverhältnis zwischen Eltern und ehelichen Kindern nach dem Gesetz des Staates, dem der Vater oder, falls er gestorben ist, die Mutter angehört (RGZ. 81, 378). Das gilt insbes. auch für den Anspruch des Vaters auf Herausgabe des Kindes gegen die Mutter (Warn. 1927, 212; Dresden: ZW. 1917, 374). Anzuwenden ist also polnisches Recht und von den hier bestehenden Lokalrechten gemäß Art. 19 Abs. 1, Art. 1, 3 PolnGef. v. 2. Aug. 1926 über das für die inneren Verhältnisse geltende Recht das für Galizien in Betracht kommende Recht, mithin das österreichische ABGB. Danach steht den Eltern der Herausgabeanspruch zu. Er ist ein Teil und eine Folge ihres Erziehungsrechts und geht seitens des Erziehungsberechtigten gegen jedermann. Der Vater hat dieses Recht u. U. also auch gegen die Mutter (Klang, Anm. I zu § 145 ABGB.). Nach polnischem (österreichischem) Recht ist dieser Anspruch allerdings im Verfahren außer Streitfachen, d. h. in dem der freiwilligen Gerichtsbarkeit geltend zu machen. Das Verfahrensrecht richtet sich aber, wie allgemein anerkannt, nach dem Recht des Gerichtsorts, also nach deutschem Recht (Warn. 1927, 212), so daß die klageweise Geltendmachung des Herausgabeanspruchs zulässig ist.

Die Parteien leben seit längerer Zeit tatsächlich getrennt. Wie schon das OLG. mit Recht ausgeführt hat, ist auch auf diese Fälle § 142 ABGB. entsprechend anwendbar (Klang, Anm. I zu § 142), der an sich nur eine Regelung bei Trennung oder Scheidung der Ehe trifft. Haben die Parteien sich also nicht geeinigt, so

hat das Gericht eine Regelung zu treffen. Dabei sind die besonderen Verhältnisse des Falles mit Bedacht auf die Interessen der Kinder, auf Beruf, Persönlichkeit und Eigenschaften der Ehegatten und auf die Ursachen der Scheidung oder Trennung heranzuziehen (§ 142 BGB.). Oberster Grundsatz ist danach das Interesse des Kindes, dem sich die übrigen aus der Bestimmung hervorgehenden Gesichtspunkte unterzuordnen haben, wie Rpr. und Schrifttum allgemein annehmen. Demgemäß sind auch die Ursachen der Trennung nur insofern heranzuziehen, als daraus für die Eignung des einen oder anderen Elternteils zur Führung der Erziehung ihres Kindes Schlüsse gezogen werden können (Lang, Anm. II 4 c zu § 142 BGB.). Ein Strafcharakter ist der genannten Vorschrift fremd. Auch Beruf, Persönlichkeit, Eigenschaften der Ehegatten sind nur aus dem genannten Gesichtspunkt zu berücksichtigen (Lang a. a. O. Anm. 4 b). Nur bei gleichen Interessen des Kindes mit denen der Eltern können deren Interessen selbst Berücksichtigung finden.

(RG., 13. ZivSen., Beschl. v. 12. Mai 1938, 13 UH 545/38.)

*

26. RG. — § 1574 BGB.; Art. 142, 150, 152 SchweizBGB.

1. Der deutsche Richter hat auch bei der Scheidung von Schweizer Staatsangehörigen ihre Schuld an der Scheidung im Urteil auszusprechen.

2. Eingegen ist die Verhängung der in Art. 150 BGB. vorgesehenen Wartefrist wegen ihres Strafcharakters unzulässig.

3. Art. 17 Abs. 4 GGWB. ist nur auf die Scheidung selbst, nicht auch auf ihre Nebenfolgen anzuwenden.

Über die Frage, ob ein deutsches Gericht bei der Scheidung von schweizerischen Staatsangehörigen einen Teil oder beide Teile für schuldig erklären darf, hat sich das RG. bisher noch nicht geäußert. Grundsätzlich — es handelte sich damals um neueres schwedisches Scheidungsrecht — hat das RG. hierzu folgendes ausgesprochen (Warn. 1918 Nr. 189):

„Die Ablehnung eines Schuldausspruches könnte nur dann begründet erscheinen, wenn ein solcher nach schwedischem Recht unzulässig wäre oder wenn wenigstens die Frage, welchen der Ehegatten die Schuld an der Scheidung trifft, vom Standpunkt des schwedischen Rechts jeglicher Bedeutung entbehren würde.“

Im übrigen weist das RG. darauf hin, daß § 1574 insofern prozessuales Recht enthält, als darin bestimmt ist, daß die Entscheidung über die Schuld in die Urteilsformel aufgenommen werden soll. Der deutsche Richter habe aber stets seine eigenen Prozeßgesetze anzuwenden (Warn. 1914 Nr. 17). Diesen Grundsätzen ist auch der Senat in ständiger Rpr. gefolgt (z. B. ZPRRpr. 1931 Nr. 81 und 1932 Nr. 86¹⁾). Abgesehen von der prozessualen Seite des § 1574 BGB. kommt es also darauf an, ob nach schweizerischem Recht der Schuldausspruch unzulässig oder doch jedenfalls ohne jegliche rechtliche Bedeutung wäre. Das ist aber keineswegs der Fall. So sagt z. B. Art. 142 BGB., der den Scheidungsgrund der Ehezerüttung behandelt:

„Ist die tiefe Zerrüttung vorwiegend der Schuld des einen zuzuschreiben, so kann nur der andere Ehegatte auf Scheidung klagen“

nimmt also dem vorwiegend Schuldigen den Scheidungsanspruch. Ferner sagt Art. 152 BGB.:

„Gerät ein schuldloser Ehegatte durch die Scheidung im große Bedürftigkeit, so kann der andere Ehegatte, auch wenn er an der Scheidung nicht schuldig ist, zu einem seinen Vermögensverhältnissen entsprechenden Beitrag an dessen Unterhalt verpflichtet werden.“

So daß also auch der Unterhaltsanspruch des geschiedenen Ehegatten durch den Schuldausspruch beeinflusst werden kann.

Mithin ist in den Fällen, in denen ein deutsches Gericht über die Scheidung von schweizerischen Staatsangehörigen zu befinden hat, auch auszusprechen, wer die Schuld trägt; ebenso OLG. Hamburg (SantORZ. 1934, B 432) und OLG. 38, 252, ferner Schuster: JW. 1932, 2228.

Anders liegt es hinsichtlich der vom RG. ausgesprochenen Wartefrist.

Art. 150 BGB. lautet:

„Wird die Ehe geschieden, so ist im Urteil dem schuldigen Ehegatten die Eingehung einer neuen Ehe auf 1—2 Jahre und im Falle der Scheidung wegen Ehebruches auf 1—3 Jahre zu untersagen.“

Die Dauer einer vorausgegangenen gerichtlichen Trennung wird in diese Frist mit eingerechnet.“

¹⁾ Inzwischen hat das RG. (13. ZivSen.) in seinem Urteil vom 11. Aug. 1938, 13 U 1425/38 entschieden, daß auch nach Inkrafttreten des EheG. ebenso zu entscheiden sei, da sein § 60 Abs. 1 § 1574 Abs. 1 BGB. entspreche.

Die Meinung über die Zulässigkeit eines derartigen Ausspruchs geht in der deutschen Rpr. und Rechtslehre auseinander. Für die Zulässigkeit haben sich OLG. 42, 16 und früher der Senat (ZPRRpr. 1931 Nr. 81), ferner Lewald, „Deutsches ZPR.“ S. 117, und zwar unter Berufung auf das RG. ausgesprochen. Die von Lewald in Bezug genommene Entsch. des RG. (Gruch. 57, 717) enthält über diese Frage aber weder ihrem Inhalt noch dem mitgeteilten Tatbestand nach etwas, sondern spricht nur im dortigen Fall ganz allgemein aus, daß das schweizerische Recht des BGB. anzuwenden ist.

Gegen die Zulässigkeit eines derartigen Ausspruches einer Wartefrist hat sich der Senat in neuerer Zeit ständig (z. B. ZPRRpr. 1932 Nr. 86) unter Aufgabe seiner früheren Rpr., ferner OLG. Hamburg (SantORZ. a. a. O.) und Schuster: ZPRRpr. 1932, 524 ausgesprochen.

Für die Entscheidung der Frage muß untersucht werden, welchen Charakter die Vorschrift des Art. 151 BGB. hat, und zwar kann das nur aus dem schweizerischen Recht selbst beantwortet werden. Das schweizerische Recht kennt zwei Wartefristen, die des Art. 103 BGB., die der des § 1313 BGB. entspricht, und ferner die des Art. 104, 150 BGB., um die es sich im vorl. Fall handelt. Die erste ist eine vom Gesetz festgestellte Frist, die zweite wird vom Richter auferlegt. Die letztere wird einmütig von der schweizerischen Rechtslehre (vgl. Egger-Escher Art. 150 Anm. 1 und Müür Art. 104 Anm. 1, Art. 150 Anm. 1 ff.) als Wartefrist bezeichnet, die einen pönalen Charakter trägt. Müür sagt hierzu noch (Art. 150 Anm. 2): „Da sie in der Rechtsfähigkeit beschränkt, hat sie nach der Volksanschauung einen etwas infamierenden Beigeschmack und stellt sich im Scheidungsverfahren als sehr gefährliche Nebenfolge dar.“ Er hebt auch hervor, daß sie scharf von der Wartefrist des Art. 103 BGB., welche nur Frauen behufs Verhütung der conturbatio sanguinis trifft, zu unterscheiden ist. Sie wird demgemäß auch als eine im Interesse der öffentlichen Ordnung getroffene Maßnahme angesehen (BundEntsch. 38 II 61), woraus dann gefolgert wird, daß der andere Ehegatte auch kein rechtmäßiges Interesse am Eheverbot gegenüber der Gegenpartei haben kann, so daß er in der Schweiz keine Appellation einlegen kann, wenn der Richter das Verbot nicht ausgesprochen hat (Müür a. a. O. Anm. 2 b). Würde man demgemäß die Vorschrift des Art. 150 BGB. als einen Teil des öffentlichen schweizerischen Rechts ansehen, so entfielen seine Anwendung schon deshalb, weil nach allgemein anerkannten Rechtsgrundsätzen jeder Staat im allgemeinen nur sein eigenes öffentliches Recht anwendet. Aber selbst wenn man annimmt, daß Art. 150 BGB. eine privatrechtliche Nebenfolge der Scheidung ist, so kann sie der deutsche Richter nicht aussprechen. Denn dem deutschen Scheidungsrecht seit Einführung des BGB. Scheidungsstrafen — und um eine solche würde es sich hier handeln — fremd. Soweit das frühere deutsche Recht solche Strafen enthielt, kamen sie vom 1. Jan. 1900 ab in Fortfall (Art. 201; vgl. dazu auch Motive IV 613—616; Motive zum EinfG. S. 290). Sie werden als dem Wesen der Ehe widerstrebend angesehen, und zwar auch insofern, als sie etwa in Form einer Genugtuung, die übrigens das schweizerische Recht ebenfalls kennt (vgl. Art. 151 BGB.), auszusprechen wären. Denn für das Scheidungsrecht fehlt im BGB. eine Bestimmung, die etwa dem § 1300 BGB. entsprechen würde. Schadensersatzansprüche läßt die Rpr. nur in beschränktem Maße zu (vgl. dazu z. B. RGZ. 72, 129).

Verträgt sich aber aus diesem Grunde der Ausspruch der Wartefrist nicht mit dem deutschen Recht, so hat er auch zu unterbleiben, obwohl Art. 17 Abs. 1 GGWB. die Anwendung des schweizerischen Rechts vorschreibt. Denn im vorl. Falle steht Art. 30 GGWB. der Anwendung entgegen. Aus Art. 17 Abs. 4 GGWB. kann im Gegensatz zum OLG. Hamburg (SantORZ. 1935, B 432) die Nichtanwendung deshalb nicht hergeleitet werden, weil nach Art. 17 Abs. 4 GGWB. nur zu prüfen ist, ob die Scheidung nach deutschem Recht begründet ist. Diese Bestimmung bezieht sich also nicht auch auf die Nebenfolgen der Scheidung. Das ergibt sich ganz klar bei der Entscheidung über Ansprüche des geschiedenen Ehegatten auf Unterhalt und solchen aus dem Namensrecht, auf die stets nur das sich aus Art. 17 Abs. 1 GGWB. ergebende Heimatrecht des Ehegatten zur Anwendung zu bringen ist ohne die sich etwa aus Abs. 4 ergebende Einschränkung.

Die vom RG. verhängte Wartefrist war mithin in Wegfall zu bringen, da sie mit dem deutschen Recht unvereinbar ist, was übrigens auch die schweizerische Rechtslehre annimmt (vgl. dazu Ganz, „Nebenfolgen der Ehecheidung“, Zürich 1921, 89 und 92; ferner Beck bei Müür, Schlusftitel Art. 7 g Anm. 152).

(RG., 13. ZivSen., Urte. v. 30. Mai 1938, 13 U 6895/37.)

Handelsrecht

27. RG. — § 7 HGB. Ist nach den Vorschriften des öffentlichen Rechts die Befugnis zum Gewerbebetrieb von einer Genehmigung abhängig, so darf das Registergericht vor der Eintragung der Firma den Nachweis dieser Genehmigung doch nur dann verlangen, wenn eine Sondervorschrift die vorgängige Verbringung für erforderlich erklärt. †)

Das O. steht mit dem UG. auf dem Standpunkt, daß die Eintragung des Umwandlungsbeschlusses auf Grund der Bestimmung des EinzelhandelsSchG. v. 12. Mai 1933 von der Verbringung der Genehmigung des Wirtschaftsamt der Stadt R. zur Geschäftsübernahme und ferner von der Erlaubnis zum buchhändlerischen Gewerbebetrieb seitens der Reichsdruckkammer abhängig sei.

Die Entsch. des O. ist von Rechtsirrtum beeinflusst. Auch wenn man davon ausgeht, daß die beiden vom O. für erforderlich gehaltenen Genehmigungen zu dem durch die Umwandlung, die einen Wechsel nicht nur in der Betriebsform, sondern auch in der Rechtspersönlichkeit des Geschäftsinhabers darstellt, auf Frau W. übergegangenene Geschäftsbetriebe notwendig sind, darf die registrierte Behandlung der Angelegenheit im vorl. Falle nicht von der Verbringung der Genehmigungen abhängig gemacht werden. Das ergibt sich aus § 7 HGB., wonach durch Vorschriften des öffentlichen Rechts, nach welchem die Befugnis zum Gewerbebetrieb ausgeschlossen oder von gewissen Voraussetzungen abhängig gemacht ist, die Anwendung der die Kaufleute betreffenden Vorschriften des HGB. nicht berührt wird. Nur dann, wenn das Gesetz selbst vorschreibt, daß vor der Eintragung eine Genehmigung beizubringen ist, darf der Registerrichter eine Eintragung nicht vornehmen (vgl. § 29 Abs. 2 Nr. 5, 219 Abs. 3 AktG.; § 8 Abs. 1 Ziff. 4 GmbHG.; § 31 Abs. 1 Ziff. 1 Ges. über die Beaufsichtigung der privaten Versicherungsunternehmen und Wausparkassen i. d. Fass. vom 6. Juni 1931 (RGBl. I, 315); f. für Genossenschaften, Entsch. des Sen.: JW. 1936, 941 = HöchstRspr. 1936 Nr. 410).

Der § 7 HGB. will die Sicherheit des Rechtsverkehrs gewährleisten und hat, soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt, seine Bedeutung gegenüber den zahlreich gewordenen Notwendigkeiten einer staatlichen Genehmigung für die Eröffnung oder Übernahme eines Betriebes behalten, insbes. auch gegenüber der Genehmigungsnotwendigkeit nach dem EinzelhandelsSchG. v. 22. Mai 1933 (RGBl. I, 262) und dem ErgG. hierzu v. 13. Dez. 1934 (RGBl. I, 1241) und den ergangenen Durchf. (ebenso: Crieger-Venz, „Firma und Handelsregister“ zu § 7 HGB.; Croschuff: JW. 1936, 1226, 1227, 1333; Croschuff-Kaemmel, „Umwandlung und Löschung von Kapitalgesellschaften“, 3. Aufl. zu § 1 S. 63, 64 Anm. 34; Böttcher-Melide, „Umwandlung, Verschmelzung und Auflösung“, 4. Aufl. zu § 4 S. 96, 97, A. 10; Schlegelberger, „HGB.“ 1938 zu § 7 HGB.).

Eine abweichende Auffassung, insbes. soweit es sich um die Genehmigung nach dem EinzelhandelsSchG. handelt, wird vertreten vom O. Hamburg (JW. 1936, 1226) und neuerdings vom O. Hamburg (Entsch. der 4. Kammer für Handelsfachen, 24. T., 22/38 HR. 1296, abgedr. im Wirtschaftsbl. d. DAllgZtg., Morgenausgabe v. 9. Juli 1938).

Den beiden Hamburger Gerichten kann jedoch nicht gefolgt werden. Ihre Ausführungen gelangen in der Beurteilung des Zweckes des § 7 HGB. zu einem unrichtigen Ergebnis und verkennen die auch gegenüber der Einzelhandelschutzgesetzgebung noch heute Geltung beanspruchenden Vorschriften des § 7 HGB., die keineswegs eine Vorherrschaft des privaten vor dem öffentlichen Recht festsetzen, sondern — selbst öffentlich-rechtlicher Natur — die gleichfalls im öffentlichen Interesse liegende Sicherheit des Rechtsverkehrs schützen wollen (Croschuff: JW. 1936, 1226, 1227, 1333). Die Führung des Handelsregisters, insbes. die Notwendigkeit der Eintragung der Kaufleute, ist nicht nur im Interesse des Kaufmanns selbst vorgeschrieben, sondern vornehmlich im Interesse der Allgemeinheit, damit gewisse tatsächliche und rechtliche Verhältnisse, die für den Verkehr von besonderer Bedeutung sind, in einer zuverlässigen und vollständigen Weise beurkundet (registriert) und veröffentlicht werden und jederzeit vom Publikum durch Einsichtnahme des Registers und seiner Unterlagen zuverlässig festgestellt werden können (vgl. RGZ. 93, 240; RGZ. 23, A 81; Schlegelberger, „HGB.“, § 125 A. 1; Brand-Meyer zu M. Gottesberge, „Die Registerfachen“, 3. Aufl., S. 14). Dies gilt in besonderem Maße für die Eintragung von Einzelkaufleuten und von Handelsgesellschaften, die keine Rechtspersönlichkeit haben (OH., KommGes.). Während die Handelsgesellschaften, die juristische Personen sind, überhaupt erst durch die Eintragung in das Handelsregister zur Entstehung kommen und erst damit Kaufmannseigenschaft erlangen, steht bei Einzelkaufleuten und Handelsgesellschaften, die nicht juristische Personen

sind, die Kaufmannseigenschaft, die, wenn ein Handelsgewerbe nach § 1 HGB. betrieben wird, schon vor der Eintragung vorhanden sein kann, vielfach erst mit der Eintragung in das Handelsregister autoritativ fest. Mit dieser Eintragung aber ist der Sicherheit des Rechtsverkehrs und damit der Allgemeinheit ganz wesentlich gedient. Das ergibt zunächst der § 5 HGB., wonach, wenn eine Firma im Handelsregister eingetragen ist, gegenüber demjenigen, welcher sich auf die Eintragung beruft, nicht geltend gemacht werden kann, daß das unter der Firma betriebene Gewerbe kein Handelsgewerbe sei oder daß es zu dem im § 4 Abs. 1 HGB. bezeichneten Betrieben gehöre. Vor allem aber ist durch die Verlautbarung der Kaufmannseigenschaft im Handelsregister, mag sie schon vorher bestanden haben oder erst auf Grund der §§ 2, 3 HGB. durch die Eintragung entstehen, im wesentlichen aus Gründen der Rechtssicherheit darzulegen, daß der eingetragene Geschäftsinhaber im allgemeinen Interesse besondere Pflichten hat, so insbes. die Buchführungspflicht, die Pflicht, eine Eröffnungsbilanz und Jahresbilanzen aufzustellen, die Handelsbücher und den geschäftlichen Briefverkehr aufzubewahren usw. (§§ 38 ff. HGB.). Des ferneren wird auch im Interesse der Rechtssicherheit der Kaufmann in mancher Hinsicht strenger behandelt als ein Nichtkaufmann (§§ 48 ff., 348 bis 351 HGB. usw.). Schließlich sorgt die Handhabung des Firmenrechts seitens der Registergerichte im allgemeinen Interesse dafür, daß ein Kaufmann keine täuschende Firma führt (§ 18 Abs. 2 HGB.).

Die Eintragung des Gewerbetreibenden in das Handelsregister ist also nur die notwendige Folge seiner Kaufmannseigenschaft, die von dem Vorliegen einer für den Gewerbebetrieb erforderlichen Genehmigung nicht abhängig gemacht werden darf, soweit nicht das Gesetz wie bei Handelsgesellschaften, die juristische Personen sind, die vorherige Genehmigung ausdrücklich fordert. Die Verweigerung der Eintragung würde erhebliche Mißstände mit sich bringen, insbes. in der Richtung, daß es alsdann Kaufleute mit Vollkaufmannseigenschaft und Handelsgesellschaften geben könnte, die nicht im Handelsregister zu finden sind, obwohl das Interesse der Allgemeinheit eine Verlautbarung erfordert. Als besonders mißlich kann sich, wenn in allen Fällen vor der Eintragung die Verbringung der öffentlich-rechtlichen Genehmigung erforderlich sein sollte, die dadurch bedingte Verzögerung der Eintragung besonders in denjenigen Fällen erweisen, in denen sich schließlich die Entbehrlichkeit der Genehmigung herausstellt. Auch können sich Mißstände ergeben in den Fällen, in denen mit Wahrscheinlichkeit die erforderliche Genehmigung zu erwarten ist, der Betrieb im Vertrauen hierauf aufgebaut wird, die Erteilung der Genehmigung sich aber nur deshalb verzögert, weil die Verbringung der Nachweise (man denke an den Ariernachweis) nicht so schnell erfolgen kann. Weiter ist beachtlich, daß, wenn das Registergericht vor jeder Eintragung prüfen müßte, ob eine öffentlich-rechtliche Genehmigung in Frage kommt und ob sie erteilt ist, dies häufig — auch in Fällen, in denen sich schließlich die Entbehrlichkeit herausstellt — umfangreiche und zeitraubende Ermittlungen notwendig machen würde, wodurch der Registerverkehr erheblich behindert und eine eilige Eintragung hinausgeschoben werden könnte.

Auf der andern Seite ist zu beachten, daß denjenigen Interessen, welche durch die Notwendigkeit der Genehmigungen geschützt werden sollen, mit der Verweigerung der Eintragung wenig gedient ist, zumal da die tatsächliche Möglichkeit einer Ausübung des nichtgenehmigten Gewerbebetriebes von der Eintragung in das Handelsregister nicht abhängig ist und durch diese Eintragung nicht einmal wesentlich gefördert wird. Das Registergericht würde also durch eine Verweigerung der Eintragung nicht erreichen können, daß der nichtgenehmigte Gewerbebetrieb eingestellt wird, sondern nur die Klarstellung der trotz Fehlens der Genehmigung vielfach schon vorhandenen Kaufmannseigenschaft für die Öffentlichkeit verhindern. Das gilt allerdings nicht in den Fällen der §§ 2, 3 HGB., weil hier ein Unternehmen erst mit der Eintragung zum Handelsgewerbe wird. In solchen Fällen ist aber die Eintragung erst recht notwendig, weil der Gewerbetreibende erst von ihrem Zeitpunkt ab den im öffentlichen Interesse begründeten Pflichten eines Kaufmanns unterworfen ist.

Unter besonderen Gesichtspunkten ist die Rechtslage in einem Falle der vorl. Art bei der Umwandlung einer Kapitalgesellschaft durch Übertragung ihres Vermögens auf den Hauptgesellschafter zu betrachten. Auch hier wirkt die Eintragung rechtsgestaltend. Gleichwohl kann durch ihre Verfassung der einer erforderlichen Genehmigung entbehrende Übergang des bisher von der Gesellschaft betriebenen Geschäftes auf einen Einzelkaufmann nicht verhindert werden. Die Beteiligten brauchen sich nur darauf zu beschränken, die Umwandlung selbst ohne die Fortführung des Geschäftes durch den Übernehmer anzumelden, was wegen Fehlens einer Genehmigung zu der Fortführung offenbar nicht beanstandet werden könnte. Würde der Übernehmer dann das Geschäft nach der Eintragung der Umwandlung doch fortführen, so wäre die Rechts-

lage dieselbe wie bei der Eröffnung eines ganz neuen Geschäfts. Der Übernehmer wäre allein schon durch die Fortführung des Geschäftes Kaufmann geworden und müßte nunmehr doch in das Handelsregister eingetragen werden. Im übrigen ist gerade bei der Umwandlung besonders wichtig, daß die Eintragung sobald als möglich erfolgt, zumal eine Verzögerung der Umwandlung auch dem öffentlichen Interesse widersprechen dürfte, da wesentlich im öffentlichen Interesse die Abkehr von anonymen Kapitalformen und die Rückkehr zur eigenen Verantwortung gewünscht wird (s. den Vorpruch vor § 1 UmwandelG. v. 5. Juli 1934). Wenn übrigens die Umwandlung sich so vollzieht, daß das Vermögen der Kapitalgesellschaft auf eine schon bestehende im Handelsregister eingetragene OHG. oder KommGes. übertragen wird oder auf eine schon eingetragene Firma, deren Inhaber ein Einzelkaufmann ist, so kommt hier eine Prüfungspflicht des Registerrichters hinsichtlich der Eintragungsfähigkeit überhaupt nicht in Frage, weil die Firma bereits eingetragen ist.

Die Durchführung der in Frage kommenden Schutzgesetze kann unbedenklich den dafür zuständigen Behörden überlassen bleiben, welche auch ohne Mitwirkung der Registergerichte imstande sind, diese Aufgaben zu erfüllen. Sie werden durch etwaige Registerereintragen in dem Vorgehen gegen ungenehmigte Betriebe in keiner Weise gehindert. Vielmehr wird durch ihr Vorgehen umgekehrt die Registerführung beeinflusst. Verhindert nämlich die zuständige Behörde die Eröffnung eines nichtgenehmigten Gewerbebetriebes, so wird dessen Eintragung abgelehnt werden müssen, weil ein Gewerbe tatsächlich nicht betrieben wird und die Eröffnung des Betriebes auch nicht zu erwarten ist. In ähnlicher Weise wirkt die nachträgliche Schließung eines bereits eröffneten und eingetragenen Gewerbebetriebes auf die Registerführung ein, da mit der endgültigen Schließung die Firma erlischt. Dieses Erlöschen muß dann zwangsmäßig zur Eintragung gebracht werden (§ 31 Abs. 2 HGB., § 141 FGG.). Es ist also endlich nicht zutreffend, daß die Anwendung des § 7 HGB. zu einem Gegeneinanderarbeiten verschiedener staatlicher Behörden führt. Das Registergericht behindert mit seinen Eintragungen, die ganz anderen Zwecken dienen, in keiner Weise die Tätigkeit der zur Durchführung der Wirtschaftsschutzgesetze berufenen Verwaltungsbehörden, während diese in der Lage sind, durch ihre Maßnahmen den Registerstand zu beeinflussen. Damit ergibt sich zugleich wiederum die Unrichtigkeit der Annahme, daß § 7 HGB. eine Vorherrschaft des privaten vor dem öffentlichen Rechte begründet. Denn auch nach § 7 HGB. ist maßgebend für die Zulässigkeit und demgemäß für die tatsächliche Duldung eines Gewerbebetriebes nicht die Registereintragung, sondern die Erfüllung der öffentlichen Voraussetzungen des Betriebes.

Nach alledem läßt sich nicht sagen, daß die Grundgedanken, auf denen die Regelung des § 7 HGB. beruht, mit den neueren Rechtsanschauungen unvereinbar seien. Damit soll nicht ausgeschlossen werden, daß es bei der Aufstellung des Genehmigungserfordernisses zweckdienlich sein kann, die Eintragung eines Kaufmanns in das Handelsregister — ähnlich wie schon bisher bei den juristischen Personen des Handelsrechts — von der Verbringung der Genehmigungsurkunde abhängig zu machen. Eine solche Ausnahme muß dann aber gegenüber der grundsätzlichen Vorschrift des § 7 HGB. im Gesetz vorgehen werden, das Gericht bleibt andernfalls an den § 7 HGB. gebunden. Hinsichtlich der juristischen Personen des Handelsrechts ist noch zu bemerken, daß, wenn hier die Genehmigungsurkunde vor deren Eintragung verlangt wird, dies im Interesse der Verkehrssicherheit gerecht ist, weil die Verkehrssicherheit und der Schutz Dritter es erfordern, daß bestimmte Hinderungsgründe beseitigt werden, bevor ein Zweckvermögen gebunden und selbstständig wird (s. auch Groshuff: JW. 1936, 1226, 1227).

(RG., 1. ZivSen., Beschl. v. 14. Juli 1938, 1 Wx 266/38.) (S.)

Anmerkung: Die Erläuterungen zu § 7 HGB. sind in den Kommentaren meist recht spärlich ausgefallen, weil Schrifttum und Rpr. bisher nur wenig Anlaß zu eingehenderer Behandlung gegeben haben. Nach der Machtübernahme durch den Nationalsozialismus ist indes durch die Rpr. der Hamburger Gerichte § 7 HGB. in den Mittelpunkt des registerrechtlichen Interesses gerückt, weil in einer wichtigen Einzelfrage untersucht wird, inwieweit durch die Weltanschauung des Nationalsozialismus die Anwendbarkeit des geltenden HGB. beeinflusst wird. Der Unterzeichnete hat in einer ausführlichen Darstellung in JW. 1936, 1227 nachgewiesen, daß in § 7 HGB. nicht der „liberalistische Grundsatz der Gewerbefreiheit“, sondern der vom Nationalsozialismus geförderte öffentlich-rechtliche „Grundsatz der Verkehrssicherheit“ berankert, § 7 HGB. mithin in Kraft geblieben ist. Krieger-Lenz („Firma und Handelsrecht“, S. 39, § 7 Num. 2) haben sich den Ausführungen angeschlossen. Es ist zu begrüßen, daß das

RG., dessen Gedanken sich mit denen des Unterzeichneten vollkommen decken, nunmehr Gelegenheit gefunden hat, in gleichem Sinne zu der Frage Stellung zu nehmen. Damit hat der Meinungsstreit sein Ende erreicht.

DAR. Groshuff, Berlin.

*

28. RG. — §§ 133, 140, 142 HGB. Der in der Rpr. entwickelte Rechtsgedanke, daß es für die Bejahung eines wichtigen Grundes zur Ausschließung eines Gesellschafters u. U. von Bedeutung sein kann, ob dem Auszuschließenden ein Angebot gemacht ist, durch das ein Nachteil für ihn tunlichst abgewendet und auch der Anschein vermieden wird, als wollten die anderen Gesellschafter sich durch die Ausschließung aus Eigennutz einen besonderen Vorteil verschaffen, gilt auch für den Fall eines vertragsmäßigen, aus wichtigem Grunde zulässigen Übernahmehrechts. — Zur Frage der Sittwidrigkeit der vertraglichen Ausgestaltung eines Übernahmehrechts.

Bei der Beurteilung der Gesamtumstände ist vor allem zu beachten, daß das Verhalten des Bekl., der sich nicht einmal geschweige hat, einen älteren Angestellten der Firma zu ohreifeigen, so sehr aus dem Rahmen alles Gewöhnlichen und Zumutbaren herausfällt, daß es mit den dem Kl. vorgemerkten, weniger schwerwiegenden Verfehlungen nicht in Vergleich gesetzt werden kann. Die Fortsetzung der OHG. mit einem Mitinhaber, der sich, wenn auch vielleicht in krankhafter Überreizung, in dieser Weise gehen läßt, ist dem Kl., wenigstens in der bisherigen Form, nicht zumutbar. Insofern hätte auch eine genauere Abwägung des Verhaltens beider Parteien durch das BG. an dem Ergebnis nichts ändern können.

Daraus folgt aber noch nicht, daß das BG. den Kl. wegen des gesellschaftsfeindlichen Verhaltens des Bekl. für berechtigt erklären durfte, das Geschäft unter Fortführung der Firma F. & Co. ohne Liquidation mit Aktiven und Passiven unter den für ihn günstigen und für den Bekl. nachteiligen Bedingungen für die Auseinandersetzung zu übernehmen. Der erf. Sen. hat wiederholt und auch noch in neuerer Zeit ausgesprochen (vgl. u. a. JW. 1933, 98²; RGZ. 146, 169 = JW. 1935, 1559²; JW. 1938, 2212), aus dem Treueverhältnis und aus der besonders einschneidenden Wirkung der Ausschließung, bei der im Gegensatz zu der Auflösung der Gesellschaft der ausgeschlossene Gesellschafter in der Regel schlechter gestellt werde, als der in der Gesellschaft verbleibende, ergebe sich, daß von dieser Maßregel nur Gebrauch gemacht werden dürfe, wenn das Ziel der Ausschließung, durch die nur Abwendung von Schaden von der Gesellschaft, nicht aber eine Verbesserung der Lage des Verbleibenden erreicht werden solle, nicht auf anderem Wege, etwa durch eine Änderung des Gesellschaftsvertrages, erreicht werden könne. Das gilt entsprechend auch für eine Anordnung nach § 142 HGB. Nun ist im § 10 Abs. 5 des GesVertr. im Falle des § 133 HGB. der die Auflösung begehrende Gesellschafter für berechtigt erklärt, in demjenigen Zeitpunkt, in dem die Gesellschaft mangels dieser Bestimmung zur Auflösung kommen würde, das Geschäft mit Aktiven und Passiven unter unveränderter Firma zu übernehmen, sofern der Klagegrund in der Person des anderen Gesellschafters liegt. Diese Vertragsbestimmung bezieht sich nach Sinn und Wortlaut nicht nur auf die Fälle, in denen einer der im Abs. 2 des § 10 besonders aufgeführten wichtigen Gründe vorliegt, sondern allgemein auf das Vorhandensein eines Auflösungsgrundes nach § 133 HGB. Der in RGZ. 146, 169 = JW. 1935, 1559² ausgesprochene Gedanke, daß es für die Bejahung eines wichtigen Grundes zur Ausschließung eines Gesellschafters unter Umständen von Bedeutung sein kann, ob dem Auszuschließenden ein Angebot gemacht ist, durch das ein Nachteil für ihn tunlichst abgewendet und auch der Anschein vermieden wird, als wollten die anderen Gesellschafter sich durch die Ausschließung aus Eigennutz einen besonderen Vorteil verschaffen, gilt auch für den Fall eines vertragsmäßigen, aus wichtigem Grunde zulässigen Übernahmehrechts. Seine Anwendung bedeutet, wie der Senat noch kürzlich ausgesprochen hat, kein Eingreifen in Vertragsrechte. Der GesVertr. knüpft an das Vorliegen eines wichtigen Auflösungsgrundes in der Person eines Gesellschafters unter allen Umständen das Recht der Übernahme des Geschäfts durch den

anderen Gesellschafter. Die Voraussetzungen für das Vorliegen eines wichtigen Grundes sind deshalb dieselben wie für eine Anordnung nach § 142 HGB. Eine solche Regelung ist hier um so mehr gerechtfertigt, als nach dem Gesellschaftsvertrage die Folgen der Ausübung des Übernahmerechts für den Kl. außerordentlich günstig, für den Bekl. und seine Familie aber überaus nachteilig sind. Bei einer Errechnung der Abfindung nach §§ 15, 16 und 11 des GesVertr. würde der hier offenbar sehr beträchtliche good will des Unternehmens allein dem Kl. zufallen, ohne daß der Bekl. eine Entschädigung für seinen Anteil daran erhielt, weiter würden die Rechte des Bekl. auf den Eintritt eines Sohnes (§ 13 a. a. D.) und die Rechte seiner Erben (§ 12 a. a. D.) verlorengehen. Das BG. mußte deshalb, bevor es ein Übernahmerecht des Kl. aus wichtigem Grunde, unabhängig von den im § 10 Abs. 2 besonders aufgeführten Verfehlungen, bejahte, prüfen, ob der Gesellschaft drohende Schaden nicht auf andere Weise beseitigt werden konnte. Nach dieser Richtung hin erschöpfen die Ausführungen des BG. die Rechtslage nicht. Zwar ist dem BG. darin beizutreten, daß eine Auflösung der Gesellschaft aus den von ihm angegebenen Gründen nicht zweckmäßig sein würde; gegen eine Auflösung werden auch allgemeine volkswirtschaftliche Gründe sprechen, da sie die Zerstörung eines gutgehenden Geschäfts mit sich bringen würde. Das BG. hat aber nicht hinreichend berücksichtigt, daß auch noch andere Wege in Frage kommen können. Wie in RGZ. 146 a. a. D. und in JW. 1938, 2212 ausgeführt ist, kommen möglicherweise in Betracht eine Ausschließung des Bekl. von der Geschäftsführung und Vertretung oder die Änderung seiner Stellung als offener Handelsgesellschafter in die eines Kommanditisten, vielleicht mit der Auflage, seine Rechte als solcher nicht selbst, sondern durch einen Dritten ausüben zu lassen. Namentlich kommt aber hier in Frage, daß der Sohn des Bekl. an seiner Stelle als offener Handelsgesellschafter in das Unternehmen eintritt. Das BG. führt dazu aus, das Verbleiben des Bekl. in dem Unternehmen entspreche auch nicht etwa deshalb der Billigkeit, weil der Kl. es ablehne, das Geschäft mit dem Sohn des Bekl. fortzuführen; der Kl. sei zu einem solchen Entgegenkommen nicht verpflichtet, weil ein Fall des § 13 des GesVertr. nicht vorliege. Diese Begründung ist nicht zutreffend. Auch wenn der Fall des § 13 des GesVertr. nicht gegeben ist, so legt doch gerade der Umstand, daß die Parteien den Eintritt ihrer Söhne in das Unternehmen im Vertrag ausdrücklich für bestimmte Fälle geregelt haben, es nahe, diese Regelung als einen der Wege zu erörtern, auf denen der Schaden auf andere Weise, als durch Übernahme des Geschäfts durch einen Gesellschafter, von der Gesellschaft abgewendet werden kann. Die weitere Erwägung des BG., der Sohn werde doch unter dem Einfluß des Vaters stehen, entbehrt der verfahrensmäßigen Feststellung. Der Sohn des Bekl. war bei seiner Vernehmung bereits 28 Jahre alt und hatte die Firma auf einem Auslandsposten vertreten, der ein gewisses Maß von Selbständigkeit erforderte. Der Bekl. hat auch behauptet und unter Beweis gestellt, daß sein Sohn ein sehr tüchtiger Verkäufer sei und sich mit dem Kl. durchaus gut stehe. Das BG. mußte auf alles das näher eingehen, bevor es ein Übernahmerecht des Kl. aus wichtigem Grunde für gegeben erklärte.

Der Gesellschaftsvertrag sieht allerdings in § 10 Abs. 2 vor, daß bestimmte Verstöße gegen die darin übernommenen Pflichten unter allen Umständen als wichtige Gründe i. S. des § 133 HGB. gelten sollen. Sie sollen nach § 10 Abs. 5 ohne weiteres das Übernahmerecht des anderen Gesellschafters auslösen. In diesen Fällen bleibt somit, sofern die Bestimmungen des Vertrages rechtswirksam sind, für die Abwägung, ob die Gründe nach allgemeiner Anschauung wichtig genug sind, um ein Übernahmerecht zu begründen, kein Raum mehr. Das BG. läßt aber nicht mit Sicherheit erkennen, ob es das Übernahmerecht des Kl. auch aus den im Vertrage besonders aufgeführten wichtigen Gründen herleiten will (was näher ausgeführt wird). Wenn das BG. das Übernahmerecht des Kl. auch auf das Vorliegen eines der im § 10 Abs. 2 des GesVertr. besonders aufgeführten wichtigen Gründe stützen wollte, so mußte es zunächst erschöpfend prüfen, ob der Vertrag

rechtswirksam war. Eine solche Prüfung ist weiter auch geboten, wenn der VerN. dies nicht tun will, aber eine Berechtigung des Kl. zur Übernahme des Geschäfts mit Aktiven und Passiven unter Zugrundelegung der Bilanz für den 31. Dez. 1936 auf Grund der §§ 133, 140, 142 HGB. i. Verb. m. §§ 15, 16 des GesVertr. auch bei erneuter Prüfung annehmen sollte. Denn bei Nichtigkeit des Vertrages würde der Kl. nach ständiger Rspr. diese Übernahme nur unter Zugrundelegung einer den wahren Sachwert wiedergebenden Auseinanderrechnungsbilanz (also mit good will) verlangen können, so daß der im BG. bejahte Feststellungsanspruch nur bei Gültigkeit des Gesellschaftsvertrages begründet sein kann. Der Bekl. hat die Nichtigkeit des Vertrages wegen arglistiger Täuschung und wegen eines Verstoßes gegen die guten Sitten geltend gemacht. Eine arglistige Täuschung kommt nicht in Frage (was näher ausgeführt wird). Anders steht es mit der Sittenwidrigkeit. Das BG. sagt dazu nur ohne nähere Begründung, daß die Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages über die Abfindung des ausscheidenden Gesellschafters im Falle der Geschäftsübernahme nicht sittenwidrig seien. Das ist nichtsagend und genügt weder in tatsächlicher noch in rechtlicher Hinsicht. Der Gesellschaftsvertrag wird allerdings noch nicht dadurch sittenwidrig, daß dem Kl. darin ein weitgehendes selbständiges Bestimmungsrecht in geschäftlichen Angelegenheiten eingeräumt ist. Der Kl. verfügte auf dem Gebiete der Warenherstellung über größere Fachkenntnisse als sein Bruder, der Bekl. Das Bestreben, seinen Einfluß in der Gesellschaft und auf das Unternehmen mehr und mehr zu steigern und zu steigern, ist deshalb erklärlich und berechtigt. Das Gesetz sieht in den §§ 114 und 125 HGB. selbst vor, daß die Geschäftsführung und die Vertretung im Gesellschaftsvertrag einem Gesellschafter allein übertragen werden können, und solche Verträge verstoßen nicht etwa deshalb gegen die guten Sitten, weil durch sie die Bewegungsfreiheit der übrigen Gesellschafter unbillig erschwert wird. Der Vertrag enthält aber in §§ 10 Abs. 2 und 5, 15 und 16 insofern eine sehr scharfe Bestimmung, als ein Verstoß gegen gewisse, im einzelnen aufgezählte Vertragsvorschriften ohne Rücksicht auf seine wertmäßige Erheblichkeit als wichtiger Grund i. S. des § 133 HGB. angesehen werden und für den anderen Teil ein Übernahmerecht unter für den Ausscheidenden äußerst nachteiligen Bedingungen begründen soll. Gerade die schweren Folgen, die der Vertrag an die Verletzung der einzelnen Bestimmungen knüpft, lassen es fraglich erscheinen, ob ein solches Abkommen nicht schon als gegen die guten Sitten verstößend, d. h. dem Anstandsgesühl aller gerecht und billig Denkenden widersprechend, angesehen werden muß. Für die Beantwortung der Frage ist es notwendig, den Gesamtcharakter des Geschäfts aus der Zusammenfassung von Inhalt, Beweggrund und Zweck zu würdigen. Dazu ist ein näheres Eingehen auf die Entwicklungsgeschichte des Geschäfts erforderlich, wobei einerseits der Anteil des Bekl. an dem Aufbau des Unternehmens und andererseits die Gründe, die den Kl. seinerzeit zu der Kündigung der Gesellschaft und zu dem Verlangen einer starken Sicherung gegen Übergriffe seines Bruders in dem gegenwärtigen Gesellschaftsvertrage veranlaßt haben, besonders zu berücksichtigen sein werden. Nach diesen Richtungen hin ist eine erneute Nachprüfung, auch in tatsächlicher Hinsicht, notwendig.

Ferner ist zu berücksichtigen, daß die Anwendung der Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages im einzelnen nach § 242 BGB. den allgemeinen Erfordernissen von Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte Rechnung tragen muß. Es liegt im Sinne der Rechtsordnung, daß jeder sein Tun und Lassen so einzurichten hat, wie es Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte verlangen und niemand darf in einer gegen die guten Sitten verstößenden Weise einem anderen Schaden zufügen (vgl. RG.: JW. 1904, 482³; 1917, 460²). Wenn der Kl. einen geringfügigen und nach Lage der Sache entschuldbaren Verstoß des Bekl. dazu benutzt haben sollte, um sich einen erheblichen wirtschaftlichen Vorteil zu verschaffen und dem Bekl. einen unverhältnismäßig großen Schaden zuzufügen, so würde ein solches Verhalten mit Treu und Glauben nicht vereinbar sein, und dem Bekl.

würde gegen die Ausübung des Übernahmerechts die Einrede der allgemeinen Arglist zutreffen. Das BG. wird deshalb bei erneuter Verhandlung und Entsch. des Rechtsstreits die Sache auch unter diesem Gesichtspunkt tatsächlich und rechtlich zu prüfen haben. In diesem Zusammenhange wird das BG. auch auf die einzelnen Verstöße des Bekl. gegen den Gesellschaftsvertrag näher einzugehen haben. (Wird weiter ausgeführt.)

(RG., II. Zivilsen., II. v. 29. Juni 1938, II 187/37.) [Ba.]

*

29. RG. — §§ 19, 20, 145 Abs. 3 AktG.

1. Die Festsetzungen in der Satzung über Sonderrechte i. S. des § 19 AktG. dürfen jedenfalls solange nicht aus der Satzung durch Satzungsänderung entfernt werden, wie die Sonderrechte noch gewährt werden.

2. Das gleiche gilt für Sacheinlagen i. S. des § 20 AktG., auch wenn die Sacheinlagen vor langer Zeit geleistet sind, jedenfalls dann, wenn die Sonderrechte (s. zu 1) zugleich eine Entschädigung für die geleisteten Sacheinlagen darstellen. f)

Im Januar 1908 wurde in das Handelsregister die S.-Aktiengesellschaft eingetragen. Das Grundkapital der Gesellschaft betrug eine Million Mark und war in 1000 Aktien über je 1000 M. zerlegt. Zu den Gründern gehörte der Kaufmann Franz S., der 992 Aktien übernahm. S. wurde auch Aufsichtsratsmitglied. Laut § 22 der Satzung brachte S. als alleiniger Inhaber der Firma Franz S. das ihm gehörige Unternehmen mit Aktien und Passiven in die Firma ein. Für die von ihm bewirkten Sacheinlagen erhielt er 992 als vollgezahlt geltende Aktien über je 1000 M. und 8000 M. in bar. Die §§ 23, 24 der Satzung enthalten Bestimmungen über eine an Franz S. zu zahlende jährliche Umsatzprovision; nach seinem Tode sollte der Anspruch für bestimmte Zeit seiner Ehefrau und seinen Kindern zustehen.

In der Hauptversammlung v. 6. April 1938 beschloß die Gesellschaft, unter Fortfall der §§ 22—25 der alten Satzung die Anpassung der Satzung an die Bestimmungen des AktG. vom 30. Jan. 1937. Sodann wurde die beschlossene Neufassung der Satzung zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet. Dabei vertrat die Gesellschaft den Standpunkt, daß der Fortfall der §§ 22 bis 25 der Satzung ohne Rücksicht auf das tatsächlich nicht vorliegende Einverständnis der Erben (Ehefrau und Kinder) des inzwischen verstorbenen Aktionärs S. hätte beschlossen werden können, obwohl die Ansprüche auf Provision noch beständen. Das AG. lehnte mit Beschl. v. 17. Mai 1938 die Eintragung der beantragten Satzungsänderung ab, soweit die Änderung die Fortlassung der §§ 22—25 der Satzung betrifft. Die gegen den Beschluß des AG. eingelegte Beschw. wurde vom BG. mit Beschl. v. 1. Juni 1938 zurückgewiesen. Gegen den Beschluß des BG. legte die Gesellschaft weitere Beschw. ein, die keinen Erfolg hatte.

Die Bestimmung in der Satzung zunächst über die an den Gründer und damaligen Hauptaktionär S. bzw. dessen Erben zu zahlende Provision stellt sich als das Bedingen eines Sonderrechtes i. S. des § 186 Abs. 1 HGB., jetzt § 19 Abs. 1 AktG., dar. Ein solches Abkommen ist nach § 186 Abs. 4 HGB., jetzt § 19 Abs. 3 AktG., gegenüber der Gesellschaft unwirksam, wenn es nicht in der Satzung festgesetzt wird. Die Notwendigkeit der Festsetzung und damit der Kenntlichmachung derartiger Sonderrechte in der Satzung ist zu begründen mit dem Geboten der Verhütung von Verschleierungen und der Offenlegung im Interesse der Kreditgeber der Gesellschaft und der künftigen Erwerber von Aktien. Die angeführten Gesetzesbestimmungen dienen, ebenso wie die Bestimmungen über Sacheinlagen (§ 186 Abs. 2, 4 HGB.; § 20 AktG.), dem Interesse der Öffentlichkeit; es soll jeder aus der Satzung ersehen können, welche Verbindlichkeiten die Gesellschaft bereits bei ihrer Entstehung belasten und ihre Kapitalgrundlage beeinflussen (Schlegelberger, „AktG.“ § 19 A. 1; RGZ. 114, 81).

Nach § 145 Abs. 3 AktG., der ebenso wie alle anderen Bestimmungen des neuen AktG. nach Maßgabe des EinfG. auch für die bereits bestehenden AktG. gilt (Schlegelberger, A. 1 zu § 1 EinfG. zum AktG.), können die rechtswirksam getroffenen Festsetzungen über Sonderrechte nach Ablauf der fünfjährigen Verjährungsfrist des § 44 AktG. geändert werden. Diese Vorschrift läßt erkennen, daß nach dem bezeichneten Zeitpunkt Änderungen zulässig sind; sie besagt aber keineswegs, wie die Beschw. meint, daß nun die in § 145 Abs. 3 AktG. bezeichneten Satzungsbestimmungen ohne weiteres aus der Satzung herausgelassen werden können. Die Bestimmung setzt nur einen Zeitpunkt fest, zu dem frühestens eine Änderung möglich ist, und will damit verhindern, daß Erbschaftsprüfung der Gesellschaft aus der Gründung durch eine Veränderung ihrer Unterlagen beseitigt oder beeinträchtigt werden (Schlegelberger § 145 A. 6; § 20 A. 20; Teichmann-Röhler, „AktG.“, § 145 A. 4; Godin-Wilhelmi, „AktG.“, § 145 A. 5; Baumbach, „AktG.“ 2. Aufl., § 145 A. 4).

Die Bestimmung besagt also nur, daß, wenn überhaupt eine Satzungsänderung in der gedachten Hinsicht zulässig ist, sie erst nach Ablauf der Frist des § 44 getroffen werden darf (vgl. Dr. Walter Schmidt, „Umgestaltung der Satzungen der Aktiengesellschaften nach dem neuen AktG.“, S. 8—11; siehe auch Möhring-Schwarz, „Satzungsbestimmungen nach neuem Aktienrecht“, S. 12, 162). Der § 145 Abs. 3 setzt also voraus, daß die in ihm bezeichneten Satzungsbestimmungen geändert werden können (Ritter, „AktG.“, § 19 zu 3 f und § 20 zu 2 k).

Nun steht vorliegend fest, daß das Provisionsabkommen weiterbesteht. Ist das aber der Fall, so hat die Festsetzung in der Satzung auf keinen Fall nur noch historische Bedeutung. Es kann also die Fortlassung der Satzungsbestimmung über die Sonderrechte nicht damit begründet werden, daß sie, wie die Beschw. sich ausdrückt, ein „alter Pops“ ist. Die Satzungsbestimmung, die den Sonderrechten festsetzt, hat eine vertragliche Grundlage in einem Abkommen mit dem früheren Aktionär S. Dieses Abkommen gibt dem Anspruch auf die Sonderrechte den Charakter eines reinen Gläubigerrechts, das nicht gegen den Willen der Berechtigten durch eine Satzungsänderung beseitigt werden kann (Schlegelberger § 19 A. 3; Ritter, § 19 zu 3 e und f; § 20 zu 2 k).

Würde auf Grund des Beschlusses der Hauptversammlung die neugefasste Satzung ohne die hier fraglichen Festsetzungen als nunmehr maßgebend eingetragen werden, so würde damit, da der Anspruch fortbesteht, ein unwirksamer Beschluß eingetragen werden, der allein nicht geeignet ist, die gewollten Rechtswirkungen zu äußern, da es dazu vielmehr noch der Zustimmung der Berechtigten bedarf (Schlegelberger, Vorbem. § 195 A. 3; vgl. wegen Unwirksamkeit von Beschlüssen, die in Sonderrechte eingreifen, Schlegelberger § 102 A. 4; § 195 A. 7; Ritter, § 19, A. 3 zu c und f; § 20 A. 2 zu k).

Der Registerrichter darf aber, ebenso wie nichtige, so auch unwirksame Beschlüsse nicht in das Handelsregister eintragen (Schlegelberger § 196 A. 5 und dazu Vorbem. § 195 A. 3), da sie keine rechtliche Wirkung äußern. Außerdem würde eine solche Eintragung der oben gekennzeichneten öffentlichen Bedeutung der §§ 19, 20 AktG. widersprechen, da jederzeit, jedenfalls soweit es sich um noch geltende Festsetzungen handelt, zur Verhütung von Verschleierungen und im Interesse der Kreditwürdigkeit der Aktiengesellschaft und der künftigen Erwerber von Aktien die Sonderrechte aus der Satzung ersichtlich sein sollen, und zwar auch dann, wenn der Aktionär, zu dessen Gunsten die Sonderrechte festgesetzt sind, seinen Aktienbesitz aufgegeben hat (siehe zum letzteren Schlegelberger § 19 A. 3; Ritter, § 19 zu 3 b; Möhring-Schwarz, S. 32 zu 5). Die Offenlegung geschieht auch nicht, wie die Beschw. meint, durch den Jahresabschluß und seine Veröffentlichung in hinreichender Weise. Es ergibt sich also, daß die Vorinstanzen mit Recht eine Eintragung der Fortlassung der Satzungsbestimmungen, soweit es sich um die Festsetzung der Sonderrechte handelt, abgelehnt haben.

Erst dann, wenn der Berechtigte auf die Sonderrechte, die ein Gläubigerrecht sind, verzichtet oder diese mit seiner Zustimmung aufgehoben werden, ist eine Fortlassung aus der Satzung zulässig. Diese Fortlassung stellt alsdann eine bloße Berichtigung dar, da die Festsetzung durch einen Verzicht oder ein Abkommen auf Aufhebung unwirksam geworden ist (Schlegelberger § 19 A. 3; Ritter, § 19 zu 3 f; Baumbach § 19 A. 2; Godin-Wilhelmi § 19 A. 6). Eine andere Frage ist, ob, wenn das Abkommen seitens der Gesellschaft vollständig erfüllt ist und die Sonderrechte vollständig gewährt sind, die entsprechenden Festsetzungen in der Satzung, weil sie dann nur noch historische Bedeutung haben, aus der Satzung fortgelassen werden dürfen. Diese Frage ist streitig (vgl. wegen der Streitfrage, insbes. insofern es sich um Sacheinlagen handelt, RGZ. 20, D 23 = DZG. 1, 204; 27 A. 225; DZG. 42, 218 zu i; JZG. 2, 257; 14, 308 = JZB. 1937, 321¹⁰; 16, 115 = JZB. 1937, 2655 und hierzu Bemerkungen von Großschuff; RZM. 15, 206; 17, 99; Ritter, § 19, A. 3 zu g und die dort angeführten Nachweise aus Goldheims Monatschrift; siehe ferner Brodmann, „Aktienrecht“, § 186 zu 4 a).

Wenn das BG. jedoch auch die Streichung der Festsetzung über die Sacheinlage für unzulässig hält, weil die Einbringung des Unternehmens den Rechtsgrund für die Gewährung des noch heute gültigen Anspruchs auf Umsatzprovision bilde, so begegnen auch diese Ausführungen keinen rechtlichen Bedenken. Im § 23 der Satzung am Anfang heißt es ausdrücklich in bezug auf die Provision, daß der Aktionär S. diese „als dem Einbringungspreis seines Geschäfts usw. hinzutretende Entschädigung“ erhält. Die Bestimmungen des § 23 über die Provision sind also nur in vollem Umfange klar und verständlich, wenn auch die Einbringung des Unternehmens und die sonst damit in Verbindung stehenden Pflichten des Aktionärs S., also auch die §§ 24, 25 der Satzung in der Satzung stehenbleiben. Die §§ 22—25 der Satzung bilden ein nicht zu trennendes Ganzes, das wieder seine Grund-

lage in dem vorher getroffenen Abkommen hat. Würden etwa die §§ 22, 24, 25 aus der Satzung herausgelassen, so wäre damit auch der den §§ 19, 20 AktG. innewohnende oben gekennzeichnete Zweck der Offenlegung verletzt. Es ist also auch, so lange das Provisionsabkommen gilt, die Streichung der §§ 22, 24 und 25 aus der Satzung unzulässig.

(RG., 1. ZivSen., Beschl. v. 21. Juli 1938, 1 Wx 326/38.) [S.]

Anmerkung: Der Entsch. ist in allen Punkten zuzustimmen. Da das Provisionsabkommen noch gilt, hat die Satzungsbestimmung über diesen Sondervorteil und die Sacheinlage natürlich nicht lediglich „historische“ Bedeutung.

Im übrigen scheint das RG. an seiner für eine GmbH. ausgesprochenen Ansicht (F.W. 1937, 2655¹⁸), daß auch Sacheinlagen, die lediglich noch historische Bedeutung haben, in eine neu zu fassende Satzung zu übernehmen sind, jetzt nicht mehr festhalten zu wollen. W. E. erschöpft sich die Bedeutung der § 5 Abs. 4 GmbHG., § 20 Abs. 1, 2 AktG. (§ 186 SGB.) darin, Schwindelgründungen zu bekämpfen und die Öffentlichkeit demgemäß über die Kapitalgrundlage der Gesellschaft zur Zeit der Gründung nach Möglichkeit aufzuklären. Dieser Zweck ist hinfällig, wenn nach jahrelangem Bestehen der Gesellschaft die Satzung lediglich neu gefaßt wird, weil die Sacheinlage im Unternehmen arbeitet und so allmählich verschwindet, während ihr angenommener Wert (selbst im Fall einer Überbewertung) in der Stamm- (Grund-) Kapitalziffer erscheint, die als gestiftete Reserve zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger die Auszuchtung des Gesellschaftsvermögens (im Wege der Gewinnverteilung) eindämmt. Die historisch gewordene alte Satzung verbleibt sowieso in den Akten und steht zur Einsicht offen (vgl. Anm. zur zit. Entsch.). Die § 12 Abs. 2 S. 2 GmbHG., §§ 35 Abs. 4, 33 Abs. 1 Ziff. 1, 20 AktG. (§§ 201 Abs. 4 S. 2, 199 Ziff. 1, 186 SGB.) geben einen Fingerzeig, daß der Gesetzgeber offenbar von der gleichen Anschauung ausgegangen ist: denn während bei der „Gründung“ die in Rede stehenden Festsetzungen zu veröffentlichen sind, wird für eine erst nach zwei Jahren seit Eintragung der Gesellschaft eingetragenen Zweig niederrufen die Veröffentlichung der Festsetzungen nicht mehr angeordnet.

DAR. Groschuff, Berlin.

*

30. RG. — § 86 AktG. Zulässigkeit der Satzungsbestimmung: Der Aufsichtsrat besteht aus mindestens drei Mitgliedern.

Der Vorstand der Aktiengesellschaft hat die von der Hauptversammlung beschlossene Neufassung der Satzung zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet. Das Registergericht hat die Satzungsbestimmung: „Der Aufsichtsrat besteht aus mindestens drei Mitgliedern“ beanstandet. Es ist der Ansicht, daß hiernach der Aufsichtsrat immer nur 3 Mitglieder haben könne, da eine höhere Zahl nicht festgesetzt worden sei, während die Hauptversammlung 4 Aufsichtsratsmitglieder gewählt habe. Die hiergegen in zulässiger Weise erhobene Beschw. ist von Erfolg.

§ 86 Abs. 1 AktG. bestimmt, daß der Aufsichtsrat aus 3 Mitgliedern besteht. Die Satzung kann eine höhere Zahl festsetzen. Die Höchstzahl der Aufsichtsratsmitglieder beträgt bei der Höhe des hier in Frage kommenden Aktienkapitals 7. Wenn die Satzung bestimmt, daß der Aufsichtsrat aus mindestens 3 Mitgliedern bestehen solle, so kann dies nur dahin verstanden werden, daß die Zahl der Aufsichtsratsmitglieder auch höher als drei sein kann, sofern die Hauptversammlung mehr als 3 Aufsichtsratsmitglieder wählt. Eine bestimmte Zahl ist dabei in der Satzung nicht vorgeschrieben. Es wird vielmehr jede Zahl zwischen 3 und der gesetzlichen Höchstzahl für zulässig erklärt. Es ist deshalb zu prüfen, ob die Zahl der Aufsichtsratsmitglieder in dieser Weise als beantragte Zahl bestimmt werden kann. Dies ist für das bisherige Aktienrecht für zulässig erklärt worden (RGZ. 34, A 176). Es liegt kein Grund vor, die Zulässigkeit im neuen Aktienrecht anders zu beurteilen (vgl. Baumbach Anm. 2 § 86; Schlegelberger Anm. 4 § 86; Godin-Wilhelm Anm. 2 § 86). Eine solche Anordnung hat den großen Vorteil, daß bei Fortfall eines Aufsichtsratsmitgliedes der Aufsichtsrat beschlußfähig bleibt, sofern noch drei Mitglieder vorhanden sind.

(RG. Berlin, Beschl. v. 22. Aug. 1938, 408 T 6875/38.)

*

31. RG. — § 40 GmbHG. In der dem Registergericht alljährlich einzureichenden Liste der Gesellschafter einer GmbH. muß auch nach einer Herabsetzung des Stammkapitals der bisherige Betrag der Stammeinlagen oder Geschäftsanteile angegeben werden, soweit dieser nicht ebenfalls geändert worden ist.)

Das i. Z. 1924 auf 300 000 RM umgestellte Stammkapital der GmbH. wurde i. Z. 1930 unter Schaffung neuer Geschäftsanteile auf 400 000 RM erhöht und i. Z. 1933 wieder auf

300 000 RM herabgesetzt. Bei der Herabsetzung wurde jedoch ein ausdrücklicher Beschluß über eine entsprechende Herabsetzung des Nennbetrages der einzelnen Geschäftsanteile nicht gefaßt. Der Geschäftsführer bezeichnete nun in der für das Jahr 1937 dem Registergericht eingereichten Liste der Gesellschafter deren Beteiligung mit den jetzt der Kapitalerhöhung in Gestalt gemessenen — insgesamt den Betrag von 400 000 RM ergebenden Ziffern. Das Registergericht erachtet diese Ziffern für unrichtig und gab dem Geschäftsführer im Ordnungsstraßverfahren auf, eine unter Zugrundelegung der neuen Ziffer des Stammkapitals anderweit aufzustellende Liste der Gesellschafter einzureichen. Ein Einspruch des Geschäftsführers wurde unter Festsetzung der Ordnungsstrafe verworfen und eine sofortige Beschwerde vom LG. zurückgewiesen. Seine sofortige weitere Beschwerde hatte Erfolg.

Die von dem Geschäftsführer nach § 40 GmbHG. alljährlich zum Handelsregister einzureichende Liste muß die Gesellschafter und „ihre Stammeinlagen“ erfassen lassen. Mit den letzteren soll nun allerdings, wie das LG. hervorhebt, „der Umfang der Beteiligung“ der einzelnen Gesellschafter kundbar gemacht werden; denn nach § 40 Satz 2 GmbHG. genügt, wenn Veränderungen hinsichtlich der Person der Gesellschafter und des Umfangs der Beteiligung nicht eingetretten sind, die Einreichung einer entsprechenden Erklärung. Es ist aber nicht richtig, daß der Umfang der einzelnen Beteiligungen durch ihr Verhältnis zu dem jeweils gültigen Betrage des Stammkapitals bezeichnet werde. Es bedarf hier keiner Entsch. der Frage, ob der Betrag der Stammeinlage mit demjenigen des Geschäftsanteils stets übereinstimmen muß (vgl. § 14 GmbHG.) und ob, wenn dies nicht der Fall sein sollte, in der einzureichenden Liste der Gesellschafter an Stelle der Stammeinlagen entgegen dem Wortlaut des Gesetzes die Geschäftsanteile anzugeben wären. Jedenfalls wird durch eine Herabsetzung des Stammkapitals, wie sie hier i. Z. 1933 vollzogen worden ist, ohne weiteres weder der Betrag der Stammeinlagen noch derjenige der Geschäftsanteile verändert. Die Kapitalherabsetzung kann zwar mit der Zurückzahlung von Stammeinlagen oder mit dem Erlaß der darauf geschuldeten Einzahlungen (§ 58 Abs. 2 Satz 2 GmbHG.) sowie mit der Einziehung von Geschäftsanteilen (§ 34 GmbHG.) verbunden werden. Notwendig ist das aber nicht (Brodman, „GmbHG.“, § 14 Anm. 1 b, § 58 Anm. 5). Die Bestimmung des § 5 Abs. 3 Satz 3 GmbHG., wonach der Gesamtbetrag der übernommenen Stammeinlagen mit dem Stammkapital übereinstimmen muß, gilt, wie nahezu allgemein anerkannt wird, nur für die Gründung der Gesellschaft und für die Kapitalerhöhung. Aus anderen Anlässen, insbes. infolge einer Kapitalherabsetzung, können die Beträge auseinander gehen (Scholz, „GmbHG.“, § 58 Anm. 1). Demgemäß sind hier bei der Kapitalherabsetzung vom Jahre 1933 mangels eines ändernden Beschlusses der Gesellschafter die Beträge der einzelnen Stammeinlagen und der Geschäftsanteile mit insgesamt 400 000 RM bestehen geblieben. Gleichwohl läßt sich mit ihnen der „Umfang der Beteiligung“ der einzelnen Gesellschafter auch weiterhin zum Ausdruck bringen. Er ergibt sich eben, wie bei einer Abweichung des Stammkapitals von dem Gesamtbetrag der Stammeinlagen (Geschäftsanteile) klar wird, nicht aus dem Verhältnis, in welchem die einzelnen Beteiligungsziffern zu dem Betrage des Stammkapitals, sondern demjenigen, in welchem sie zu dem Gesamtbetrag der Stammeinlagen selbst stehen. Dieses Verhältnis aber geht aus den hier von dem Geschäftsführer gemachten Angaben ohne weiteres hervor.

(RG., 1. ZivSen., Beschl. v. 30. Juni 1938, 1 Wx 208/38.)

[S.]

Anmerkung: „Stammeinlage“ ist die vom Gesellschafter übernommene, also bewirkte oder zu bewirkende Leistung in Geld oder Sachen. Sie ist begrifflich zwar zu unterscheiden vom „Geschäftsanteil“, der die Summe aller gesellschaftlichen Rechte des einzelnen Gesellschafters darstellt (Stimmrecht, Gewinnbeteiligung, Liquidationsquote). Der sachliche Unterschied fällt aber rechtlich nicht ins Gewicht, weil nach § 14 GmbHG. „der Geschäftsanteil jedes Gesellschafters sich nach dem Betrage der von ihm übernommenen Stammeinlage bestimmt“. Die Vorschrift des § 14 besagt also, daß der Geschäftsanteil (Anteil am Geschäft) mit einem Nennbetrag bezeichnet wird, der nicht durch das Verhältnis zum Stammkapital (wie bei der Aktie), sondern durch den Betrag der übernommenen Stammeinlage seine Ziffer erhält. Der Betrag der „Stammeinlage“ ist grundsätzlich unänderlich, vom Fall der Teilung durch Veräußerung und Vererbung abgesehen (§ 17 GmbHG.), folglich auch der des „Geschäftsanteils“: beide stim-

men — was das RG. offenläßt — z w a n g s l ä u f i g ü b e r e i n. Lautet z. B. ein Geschäftsanteil auf 1000 R.M., so bedeutet dies lediglich, daß der erste Übernehmer dieses Geschäftsanteils eine „Stammeinlage“ von 1000 R.M. übernommen hatte. Der Nennbetrag gibt aber keinen Anhalt für den Wert und den Umfang der Rechte, die dem Inhaber des Geschäftsanteils zukommen (vgl. Groschuff, „GmbHG.“, S. 103, § 14 Nr. 1 und S. 67, § 3 Nr. 2 E). Dies muß man m. E. sich klar machen, wenn man den Standpunkt des Gesetzgebers in der Frage der Jahresliste nach § 40 GmbHG. verstehen will.

Die Satzungsänderung der „Kapitalherabsetzung“ bezieht sich — wie das RG. mit Recht hervorhebt — die Herabsetzung der Stammeinlagen oder der Geschäftsanteile noch nicht. § 5 Abs. 3 S. 2 GmbHG., wonach die Summe der „Stammeinlagen“ mit dem Stammkapital übereinstimmen muß, gilt zunächst für „Geschäftsanteile“ überhaupt nicht und folglich nur für „Stammeinlagen“, d. h. nur bei der Gründung (und Kapitalerhöhung). Die Fälle der Nichtübereinstimmung von Stammkapital und Einlagen sind in der Folgezeit vielmehr nichts Seltenes (Amortisation; Nichtigkeit einer Beitrittserklärung; vgl. Groschuff, „GmbHG.“, S. 225, § 58 Nr. 1; S. 64, § 2 Nr. 2 G; S. 267, § 75 Nr. 2 E). Wie bei der „Amortisation“ eines Geschäftsanteils z. B. die Summe der Nennbeträge hinter dem Stammkapital zurückbleibt, so übersteigt sie umgekehrt bei der Kapitalherabsetzung das Stammkapital. Das Beteiligungsverhältnis bleibt ja mit oder ohne Änderung der Nennbeträge stets dasselbe, indem — wie das RG. sich ausdrückt — „der Umfang der Beteiligung ... aus demjenigen (Verhältnis) sich ergibt, in welchem sie (die Beteiligungsanteile) zu dem Gesamtbetrage der Stammeinlagen selbst stehen“. Selbst wenn mit der Kapitalherabsetzung die Amortisation eines Geschäftsanteils verbunden wird, bleiben die übrigen Geschäftsanteile ziffernmäßig unverändert, vom Ausnahmefall der Zurückzahlung der Einlage und des Erlasses der Resteinlage abgesehen (§ 58 Abs. 2 S. 2 GmbHG.).

Die Geschäftsanteile (Stammeinlagen) in den übrigen Fällen herabzusetzen — was an sich durch Satzungsändernden Beschluß nach RG. möglich ist — würde keinen Zweck haben, weil der Nennbetrag — ob herabgesetzt oder nicht — nichts über den Wert des Anteils am Geschäft aussagt. Dieser kann vielmehr lediglich von Fall zu Fall bilanzmäßig für einen bestimmten Stichtag ermittelt werden. Daher ist es überzeugend, daß das Gesetz die Bezeichnung „Stammeinlage“ bewußt verwendet, um damit zum Ausdruck zu bringen, daß es nicht auf den internen „Wert“ des Geschäftsanteils, sondern auf den ziffernmäßigen Betrag ankommt, in dessen Höhe der jeweilige Gesellschafter extern die Haftung übernommen hat. In § 40 GmbHG. bedeutet daher „ihre Stammeinlagen“: der Dritte soll aus der Liste ersehen können, bis zu welchem Nennbetrage der einzelne Gesellschafter die Haftung übernommen hat. Auch ersichtlich zu machen, welchen „Wert“ die Einlage intern für den Gesellschafter und mittelbar für seinen Gläubiger als „Geschäftsanteil“ hat, ist praktisch unmöglich und in § 14 GmbHG. abgelehnt.

Dem obigen Beschluß des RG. ist somit in vollem Umfange zuzustimmen.

DAN. Groschuff, Berlin.

Devisenrecht

32. RG. — § 6 Abs. 6 DevG.; § 5 der 10. Durchf. v. d. DevG.; § 714 BGB. Bei Verfügungen über das Vermögen einer bürgerlichen Gesellschaft ist die Notwendigkeit der devisenrechtlichen Genehmigung auch dann nach den Personen der einzelnen Gesellschafter zu beurteilen, wenn diese einen gemeinsamen inländischen Vertreter bestellt haben.

Auf dem vorbezeichneten Grundbuchblatte steht für die Firma T. W. GmbH. eine Hypothek von 16 000 R.M. eingetragen. Die Gläubigerin ist in eine unter Beteiligung aller bisherigen Gesellschafter gebildete Gesellschaft bürgerlichen Rechtes umgewandelt worden. Von den Gesellschaftern wohnen drei im Auslande, nämlich Frau Grete P. sowie Hans P. in Prag und Frau Lotte K. in Richmond in Virginia U.S.A. Die bei Gelegenheit der Umwandlung „mit der Geschäftsführung und der Vertretung der Gesellschaft bürgerlichen Rechtes betrauten“ Personen, J.R. Dr. B. und Wilhelm K., haben als „Vertreter der Gläubigerin“ in der gehörigen Form bekannt, wegen der Hypothekenforderung von dem Grundstückseigentümer befriedigt worden zu sein, und haben die Löschung der Post bewilligt. Ein entsprechender Löschungsantrag des Eigentümers wurde vom G.V. dahin beanstandet, daß mit Rücksicht auf die Beteiligung der ausländischen Gesellschafter die Genehmigung der Devisenstelle beigebracht werden müsse, und

wurde nach Ablauf einer dazu gesetzten Frist abgelehnt. Beschw. und weitere Beschw. hatten keinen Erfolg.

Nach § 5 der 10. Durchf. v. d. DevG. v. 16. Sept. 1937 (RGBl. I, 1018) bedarf die Verfügung über ein im Inlande gelegenes Grundstück eines Ausländers und über ein Recht eines Ausländers an einem solchen Grundstück der Genehmigung der Devisenstelle. Ein Ausländer ist also ohne die Genehmigung nicht befugt, über eine ihm zustehende Hypothek an einem inländischen Grundstück zu verfügen. Dazu gehört auch die Entgegennahme der Zahlung, durch welche die gesicherte Forderung zum Erlöschen gebracht und der Übergang der zur Grundschuld werdenden Hypothek an den Eigentümer bewirkt wird. Daraus folgt, daß die löschungsfähige Quittung gegebenenfalls nur in Verbindung mit der Genehmigung der Devisenstelle beweiskräftig ist. Ferner ist zu beachten, daß die Befugnis zur Bewilligung einer Eintragung (§ 19 BGB.) sich mit der Verfügungsbefugnis deckt. Daraus folgt weiter, daß auch die Löschung des Rechtes von einem Ausländer nur beim Vorliegen der devisenrechtlichen Genehmigung wirksam bewilligt werden kann.

Die hier den Gegenstand des Löschungsantrages bildende Hypothek steht nun seit der Umwandlung der bisherigen Gläubigerin den Gesellschaftern der neuen bürgerlichen Gesellschaft in einer Rechtsgemeinschaft zur gesamten Hand zu. Eine solche Gemeinschaft ist — anders als die bisherige GmbH. — keine juristische Person. Rechtsinhaber sind vielmehr die einzelnen Gesellschafter. Diese verfügen bei der Empfangnahme der Zahlung oder bei einer Aufgabe über das jedem einzelnen von ihnen unmittelbar zustehende Recht. Daraus folgt zwingend, daß sie dazu als Ausländer der Genehmigung der Devisenstelle bedürfen. Hieran kann der Umstand nichts ändern, daß sie zur Ausübung ihrer Rechte — gesondert oder gemeinsam mit den übrigen Beteiligten — einen rechtsgeschäftlichen Vertreter bestellen. Denn für die Notwendigkeit der Genehmigung kommt es nicht auf die Person des Vertreters, sondern auf die Person des Vertretenen an. Ausnahmen von diesem allgemeinen Grundsatz können nur anerkannt werden, soweit sie im Gesetz eine Grundlage finden. Im DevG. sowie in seinen Durchf. v. d. DevG. und Richtlinien gibt es aber keine Bestimmungen, wonach Verfügungen über Grundstücksrechte einer bürgerlichen Gesellschaft trotz Beteiligung von Ausländern einer Genehmigung entgegen dem § 5 der 10. Durchf. v. d. DevG. nicht bedürfen sollen, wenn die Gesellschafter einen gemeinsamen Bevollmächtigten bestellt haben und dieser die Verwaltung des Gesamtvermögens im Inlande führt. Nach § 6 Abs. 6 DevG. sind Inländer solche Personen, die im Inlande ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt, Sitz oder Ort der Leitung haben. Gesellschaften bürgerlichen Rechtes sind aber, ganz abgesehen davon, daß sie keinen Sitz i. S. des Gesetzes haben, rechtlich betrachtet keine „Personen“ und können auch nicht nach Art von solchen im Rechtsverkehr auftreten. Möglich ist nur, daß die Gesellschafter einen gemeinsamen Bevollmächtigten bestellen, der dann aber nicht die Gesellschaft, sondern jeden Gesellschafter in bezug auf seine Gesellschafterrechte vertritt (vgl. § 714 BGB.). Die Frage nach der In- oder Ausländereigenschaft kann also immer nur bzgl. der einzelnen Gesellschafter aufgeworfen werden, dagegen niemals bzgl. der Gesellschaft als solche. An diesem Rechtszustande könnte der Runderlaß der Reichsstelle für Devisenbewirtschaftung v. 26. Okt. 1936 (152/36 in RGSt. 1936, 1039) über die devisenrechtliche Behandlung von „Gesellschaften“ (und Körperchaften) nichts ändern. Es ist deshalb aber auch schon gar nicht anzunehmen, daß er sich auf Gesellschaften mitbeziehen soll, die nicht einmal nach Art einer juristischen Person im Rechtsverkehr auftreten und keinen Sitz i. S. des Gesetzes haben können. Damit steht im Einklang, daß der Erlaß als Beispiele nur Kapitalgesellschaften, sonstige juristische Personen des privaten Rechtes, nichtrechtsfähige Vereine, Anstalten, Stiftungen und andere Zweckvermögen, aufführt. Eine abweichende Praxis der Devisenstellen, auf welche die weitere Beschw. sich beruft, würde, so lange sie nicht zu einer entsprechenden Entscheidung im besonderen Falle geführt hat, für die Grundbuchbehörden rechtlich bedeutungslos sein.

(RG., 1. ZivSen., Beschl. v. 18. Aug. 1938, 1 Wx 381/38.) [5.]

Straßenverkehrsrecht

33. RG. — § 27 Abs. 1 StrafVerf. v. 28. Mai 1934 (§ 13 Abs. 2 StrafVerf. v. 13. Nov. 1937); §§ 7, 17 KraftfG. In einer Geschwindigkeit des Vorfahrtsberechtigten von 40—45 km an der Kreuzung von 4,2—5 m breiten Straßen ohne andere Gefahrenmomente als die Unübersichtlichkeit nach links liegt kein Verschulden.

Die Vorfahrt an der Kreuzung, an der sich der Zusammenstoß ereignet hat, stand, wie der VerR. zutreffend an-

nimmt, dem Kraftomnibus des Bekl. als dem von rechts kommenden Fahrzeuge zu. Er fuhr nach der Feststellung im Bll. mit einer Geschwindigkeit von 40 bis 45 km, während der Personenkraftwagen, in dem die Kl. saß, nach der unwiderlegten Behauptung des Bekl. 70 bis 80 km in der Stunde erreichte.

Das Bll. legt dar, es sei nicht zu widerlegen, daß der Bekl. von dem Augenblick an, wo er den von links herankommenden Wagen bemerkte, alles noch Mögliche zur Abwendung eines Zusammenstoßes getan habe, und daß er ihn auch nicht eher hätte bemerken können. Es führt weiter aus, daß der Bekl. nach rechts, woher ihm gegenüber zur Vorfahrt Berechtigte sich hätten nähern können, so freie Sicht hatte, daß er aus diesem Grunde zur Herabsetzung seiner Geschwindigkeit an der Kreuzung keinen Anlaß gehabt hätte. Es mißbilligt endlich den Standpunkt des Strafurteils, auch der Vorfahrtberechtigte müsse seine Geschwindigkeit so einrichten, daß er nötigenfalls rechtzeitig anhalten könne, der Bremsweg dürfe nicht länger sein als die zu überblickende Strecke; denn sonst könne man bei Zusammenstoßen an Kreuzungen fast immer zur Feststellung eines Verschuldens auch des Vorfahrtberechtigten kommen. Alles dies steht mit der Rspr. des RG. im Einklange, nach welcher sich der zur Vorfahrt Berechtigte zunächst auf die Beachtung seines Vorrechts verlassen darf und seinerseits erst dann, wenn er dessen Mißachtung beobachtet oder Anlaß hat, mit solcher Nichtachtung zu rechnen, entsprechende Vorsichtsmaßnahmen treffen muß.

Unvereinbar mit dieser Rspr. und mit den eigenen Darlegungen des VerR. ist es aber, wenn es weiter in den Gründen des Bll. heißt, der Senat halte „jedoch“ im vorl. Falle ein Verschulden des Bekl. für erwiesen; denn nach den Erfahrungen des täglichen Lebens habe der Bekl. an der unübersichtlichen Kreuzung damit rechnen müssen, daß sich von links ein Fahrzeug mit großer Geschwindigkeit näherte und ihm aus Unkenntnis oder aus Unachtsamkeit nicht die Vorfahrt lasse; er habe deswegen die sonst von ihm eingehaltene Geschwindigkeit vor der Kreuzung ganz wesentlich herabsetzen müssen, besonders wo es sich um verhältnismäßig schmale Straßen mit etwas Gefälle vor der Kreuzung handelte und das Eigengewicht des Kraftomnibus ein rasches Bremsen erschwerte habe. Daß hierin eine Unstimmigkeit in der Begründung des Bll. liegt, darauf weist die Rev. mit Recht hin.

Einmal kann nicht entscheidend sein, daß die Geschwindigkeit an der Kreuzung verringert wurde. Mochte sie vorher höher oder niedriger sein: maßgebend ist nur, ob sie sich an der Kreuzung in angemessenen Grenzen hielt. Unter Zugrundelegung der Feststellungen des BG. ist es weiter rechtlich nicht haltbar, in einer Geschwindigkeit des zur Vorfahrt berechtigten Bekl. von 40 bis 45 km an der Kreuzung von 4,2 bis 5 m breiten Straßen ohne andere Gefahrenmomente als die Unübersichtlichkeit nach links ein Verschulden zu erblicken. Das auch dann nicht, wenn man zur Frage der Ursächlichkeit die auch von der Rev. mit Unrecht beanstandete Feststellung des BG. hinzunimmt, daß der Zusammenstoß bei geringerer Geschwindigkeit des Bekl. minder schwere Folgen gehabt haben würde. Denn solche Überlegung kann nicht dazu führen, eine für den Vorfahrtberechtigten durchaus normale und erlaubte Fahrgeschwindigkeit von 40 bis 45 km rückwärtsblickend als übermäßig erscheinen zu lassen. Dagegen war es ein Verschulden des den Personenkraftwagen steuernden, an den Unfallfolgen verstorbenen B., wenn er sich der Kreuzung, auf die ihn eine Warnungstafel noch besonders hinwies, mit einer Geschwindigkeit näherte, die jede Rücksicht auf einen Vorfahrtberechtigten, der aus der rechts einmündenden, für ihn nicht zu überblickenden Straße herauskommen konnte, vermissen ließ; das um so mehr, wenn der Bekl., wie er dies behauptet, sich durch Hupeu bemerkbar gemacht haben sollte.

Muß somit nach dem vom Bll. festgestellten Sachverhalt ein Verschulden des Bekl. und dessen Haftung aus unerlaubter Handlung ausscheiden, ist vielmehr der Unfall der Kl. und ihres (an den Unfallfolgen) verstorbenen Ehemannes auf das Verhalten des B. zurückzuführen, so läßt sich andererseits aus Rechtsgründen nicht beanstanden, wenn im Bll. ausgeführt wird, der Bekl. habe den ihm nach § 7 Abs. 2 KraftfG. ob-

liegenden Beweis für ein unabwendbares Ereignis insofern nicht erbracht, als er nicht jede nach den Umständen des Falls gebotene Sorgfalt beobachtet habe. Daß sich der Unfall, wie es in den Gründen heißt, auch bei der vom Bekl. als Kraftfahrer zu verlangenden erhöhten Aufmerksamkeit und bei rascherem und wirksameren Bremsen des Bekl. hätte vermeiden lassen, konnte der VerR. selbst dann als möglich ansehen, wenn er umgekehrt, wie er dies hätte tun müssen, nicht geradezu ein Verschulden des Bekl. als erwiesen ansah. Hierin muß die Haftung des Bekl. aus dem KraftfG. bestehen bleiben.

Daß keine Anhaltspunkte für ein eigenes Verschulden der Kl. oder ihres verstorbenen Ehemannes gegeben sind, hat der VerR. ohne Rechtsirrtum überzeugend dargelegt. Bei beiden hat er ferner die Annahme, daß sie Halter des dem K. gehörigen Kraftwagens geworden sein könnten, mit der rechtlich zutreffenden Begründung verneint, der Eigentümer habe ihnen den Wagen nicht für ihre eigene Rechnung zum Gebrauch überlassen und eine entsprechende Verfügungsgewalt nicht eingeräumt. Deshalb konnte auch eine Verteilung des Schadens nach § 17 KraftfG., die übrigens an sich auch bei einer Haftung aus § 823 BGB. — wie bei jeder Haftung „kraft Gesetzes“ — in Betracht käme, nicht in Erwägung gezogen werden. Vielmehr hat der Bekl., soweit seine Haftung aus dem KraftfG. reicht, der Kl. für den vollen Schaden einzustehen, ohne Rücksicht darauf, ob die Kl. auch K. (Eigentümer des Personenkraftwagens) als Gesamtschuldner mit ihm in Anspruch nehmen kann.

(RG., VI. ZivSen., U. v. 13. Juli 1938, VI 36/38.) [Ba.]

*

34. RG. — Vorfahrtrecht. Ein Verkehrsteilnehmer, der aus einem wenig befahrenen, unbedeutenden Seitenweg in eine viel benutzte wichtige Durchgangsstraße einbiegen will, muß dies mit besonderer Sorgfalt tun, vor allem dann, wenn er die Ortlichkeit kennt und weiß, daß die Einmündung des von ihm befahrenen Seitenweges von den auf der Landstraße herankommenden Verkehrsteilnehmern erst kurz vor deren Erreichen erkannt werden kann.

(RG., VI. ZivSen., U. v. 21. Juni 1938, VI 16/38.)

*

35. RG. — § 7 KraftfG.; §§ 839, 254 BGB.; § 304 BPD. Schuldhafte Tötung eines Menschen bei Ausübung einer militärischen Dienstverrichtung als Amtspflichtverletzung. Ursachenzusammenhang liegt auch dann vor, wenn die von dem Schädiger herbeigeführte Gefahr bei dem Beschädigten den Mangel besonderer Überlegung hervorgerufen und ihn auf diese Weise zu sachwidrigem Verhalten veranlaßt hat. — Zur Zulässigkeit eines Zwischenurteiles über den Grund.

Am 15. Juni 1936 gegen 9 Uhr 30 Min. vormittags wurde der Ehemann der Kl. von einem Kraftfahrzeug der 5. Batterie eines Infanterieregiments überfahren. Er erlitt schwere Verletzungen und ist an diesen nach der Überführung in das Krankenhaus gestorben. Die Urteile des BG. und RG. leiten die Zahlungsansprüche, deren Bestehen sie dem Grunde nach feststellen, aus zwei verschiedenen rechtlichen Gesichtspunkten ab. Sie gehen einmal davon aus, daß, wenn ein Soldat bei Ausübung einer militärischen Dienstverrichtung schuldhaft einen Schaden verursacht, gemäß Art. 131 WeimVerf. unter den Voraussetzungen des § 839 BGB. die Haftung des verlagten Reiches begründet werde; sie sehen dabei die Führung eines militärischen Kraftfahrzeuges auf einer Dienstfahrt als Ausübung einer dienstlichen Verrichtung an und halten demgemäß die dabei begangene schuldhafte Tötung eines Menschen für eine Verletzung der Amtspflicht i. S. des § 839 BGB. Sie nehmen ferner an, daß der gedachte Tatbestand auch die Haftung des Reiches als des Halters des Kraftfahrzeuges gemäß § 7 Abs. 1 KraftfG. begründe. Diese rechtlichen Ausgangspunkte geben zu Bedenken keinen Anlaß und werden auch von der Rev. des Bekl. nicht beanstandet. Diese wendet sich gegen die Annahme des BG., daß im gegebenen Fall die Merkmale jener Tatbestände verwirklicht worden seien.

Die Kl. macht geltend, daß der Führer des militärischen Kraftfahrzeuges, der Kanonier K., obwohl er es den Umstän-

den nach gekonnt hätte, den Weg des von ihm geführten Kraftwagenzuges, bestehend aus Kraftwagen mit Anhänger, nicht so gestaltet habe, daß ein Anstoß an den Kraftwagen des Ehemannes der Kl., der an der Seite des Weges gehalten habe, vermieden worden sei; dieser Anstoß habe zur Folge gehabt, daß ihr Ehemann hinter seinem Kraftwagen hervorgetreten und unter die Räder des mit dem Fahrzeug des R. verbundenen Anhängers geraten sei. Der Bekl. hat den Hergang abweichend dargestellt. Seine Rev. erhebt gegen die Feststellungen des BU. eine Reihe von Verfahrensrügen (was näher ausgeführt und beurteilt wird).

Auf Grund der erweiterten Klarstellung des Sachverhalts, die das BG. vorzunehmen haben wird, ist auch die Frage der Mitschuld des Getöteten einer erneuten Prüfung zu unterziehen.

Sollte die weitere Aufklärung in ihrem Ergebnis zu derselben Beurteilung des Herganges in tatsächlicher Hinsicht führen, wie sie das BU. angenommen hat, so wird die Entsch. sich mit folgenden rechtlichen Gesichtspunkten auseinandersetzen haben, auf die die Sachrügen zurückgehen, die die Rev. erhoben hat. Die Rev. meint, daß auch bei Zugrundelegung des von dem BG. angenommenen Sachverhalts aus Gründen materiellen Rechts die eingangs bezeichneten geschilderten Tatbestände mit der Folge der Haftung des Bekl. nicht gegeben seien. Die Tötung des Ehemannes der Kl. sei durch den Anstoß des von R. geführten Kraftwagenzuges an dessen haltenden Kraftwagen nicht im Rechtsinne verursacht worden, da das BG. nur die Möglichkeit unterstelle, daß das — für das Zustandekommen des Unfalls entscheidende — Hervortreten des Ehemannes der Kl. auf eine durch den seelischen Eindruck des Anstoßes ausgelöste unwillkürliche Bewegung zurückzuführen sei.

Es ist der Rev. zuzugeben, daß diese Rüge der Berechtigung jedenfalls insoweit nicht entbehrt, als es sich um die Anwendung des § 839 BGB. handelt. Die Verletzung der Amtspflicht ist in der Gestaltung des Weges zu finden, den R. von ihm geführten Kraftwagenzug zurücklegen ließ. Dieser Weg führte zum Anstoß an das Kraftfahrzeug des Ehemannes der Kl. Es bedurfte der Prüfung, ob dieser Anstoß als Ursache des Hervortretens des Ehemannes der Kl. und damit seines Todes anzusehen ist. Das wäre der Fall, wenn es sich dabei um eine unwillkürliche, etwa durch den Schreck ausgelöste Bewegung gehandelt hätte. Eine solche würde insbes. auch nicht als außerhalb derjenigen Entwicklungen liegend anzusehen sein, die nach der Auffassung des Lebens von vornherein als mögliche, nicht regelwidrige Folgen eines derartigen Anfahrens des haltenden Kraftwagens eines anderen in Betracht gezogen werden müssen (RGZ. 78, 272 = JW. 1912, 459; RG.: JW. 1910, 650*; HöchstRMRpr. 1931 Nr. 1638; SeuffArch. 64 Nr. 7). Aber diese Unwillkürlichkeit der Bewegung des Ehemannes der Kl. stellt das BG. gerade nicht fest. Seine Darlegungen können vielmehr nur dahin verstanden werden, das BG. wolle zwar die Möglichkeit solcher Gestaltung nicht ausschließen, andererseits aber doch nicht schlechthin verneinen, daß das Hervortreten des Ehemannes der Kl. auf dessen bewußte Entsch. liegung zurückzuführen sei. Das RG. hat nun zwar mehrfach ausgesprochen, daß selbst durch solche bewußte Eingreifen des Beschädigten der Ursachenzusammenhang der erst dadurch möglich gewordenen Folgen mit der Handlung des Schädigers nicht unter allen Umständen ausgeschlossen wird. Es hat den Ursachenzusammenhang bei dem Vorliegen der rechtlichen (RGZ. 129, 131) und sittlichen (RGZ. 29, 121) Verpflichtung des Gefährdeten zum Handeln, darüber hinaus auch noch (RGZ. 50, 95) für den Fall bejaht, daß die von dem Schädiger herbeigeführte Gefahr bei jenem den Mangel besonnener Überlegung hervorgerufen und ihn auf diese Weise zu sachwidrigem Verhalten veranlaßt hat. Dem stehen aber die Fälle gegenüber, in denen das Verhalten des Schädigers mit der Handlung des Verletzten nicht mehr in einen ursächlichen Zusammenhang zu bringen ist, weil z. B. seine Entsch. liegung aus Beweggründen erfolgte, die mit der durch den Schädiger begangenen Handlung nichts zu tun haben (vgl. RGZ. 125, 200). Im gegebenen Fall kommt etwa in Betracht, daß der Ehemann der Kl. aus bloßer Reugier oder aus einem Grunde, der mit den hier erörterten Hergängen in keiner Verbindung stand, vorgetreten wäre. Welche besondere

Gestaltung des BG. für vorliegend erachtet hat, bleibt nach dem Inhalt des Urteils unbestimmt, da es Ausführungen hierüber nur in der Möglichkeitsform enthält. Vielleicht sind die hierauf bezüglichen Ausführungen des Urteils dahin zu verstehen, daß eine weitergehende Aufklärung dieses Punktes nach der Überzeugung des BG. nicht möglich ist und die Entwicklung daher insoweit unaufgeklärt bleiben muß. Jedenfalls ergeben die Darlegungen des angefochtenen Urteils die Feststellung des Ursachenzusammenhanges zwischen der Verletzung der Amtspflicht und der Tötung nicht. Dieser Ursachenzusammenhang gehört aber zu den Voraussetzungen der in § 839 BGB. geregelten Rechtsfolgen.

Möglichkeitweise wird aber die Prüfung des erhobenen Anspruchs auf der weiteren ihm vom BG. gegebenen rechtlichen Grundlage zu einem anderen Ergebnis führen. Dadurch, daß der Ehemann der Kl. unter die Räder des von R. geführten Anhängers geriet, wurde der im § 7 Abs. 1 KraftfG. geregelte Tatbestand erfüllt. Nach § 7 Abs. 2 a. a. O. ist die Erfasspflicht nur unter gewissen Voraussetzungen ausgeschlossen, von denen nach dem vom BG. angenommenen Sachverhalt allein das Verhalten des Verletzten im Zusammenreffen mit der Beobachtung jeder nach den Umständen des Falles gebotenen Sorgfalt durch den Führer in Betracht zu ziehen ist. Gegenüber dem Anspruch aus § 7 Abs. 1 KraftfG. hat der Halter (Bekl.) das Vorliegen eines derartigen Sachverhalts darzutun. Wenn dem Bekl. das etwa auch bei der vorzunehmenden weiteren Aufklärung nicht gelingen sollte, indem die Frage, ob das Hervortreten des Ehemannes der Kl. Schreckwirkung war oder auf ihm bewußt gewordenen Beweggründen beruhte, und auf welchen, insfolge Erschöpfung aller Erkenntnismittel offen bleiben müßte, so würde diese Unmöglichkeit völliger Aufklärung dem Einwande des Bekl., nicht aber dem Anspruch der Kl. aus § 7 Abs. 1 KraftfG. die Grundlage entziehen.

Es handelt sich im gegebenen Fall aber darum, daß ein einheitlicher Anspruch aus zwei verschiedenen Entstehungstatbeständen abgeleitet wird. Seine Feststellung dem Grunde nach könnte daher nach Klarstellung nur eines Klagegrundes nur unter der Voraussetzung erfolgen, daß die rechtlichen Folgen beider Entstehungstatbestände, soweit sie für das Klagebegehren von Bedeutung sind oder werden können, sich decken oder daß wenigstens diejenigen des festgestellten Tatbestandes die des noch weiterer Aufklärung bedürftigen mit einschließen (vgl. RGZ. 131, 343 = JW. 1931, 2478¹¹ m. Anm.; RGZ. 140, 392 = JW. 1933, 1873¹ m. Anm.; RG.: JW. 1927, 843⁶). Das trifft allgemein bei der Herleitung eines Zahlungsanspruches einerseits aus § 839 BGB., andererseits aus § 7 Abs. 1 KraftfG. schon insofern nicht zu, als insolge der im § 12 KraftfG. geregelten Begrenzung der Erfasspflicht des Kraftfahrzeughalters die Folgen des im § 7 Abs. 1 KraftfG. geregelten Tatbestandes weniger weitgehend sind als die im Fall des § 839 BGB. Aus diesem Grunde hat das Gericht, das etwa zur Verneinung des letztgenannten Entstehungstatbestandes gelangt wäre, in dem Urteil über den Grund des Anspruchs zum Ausdruck zu bringen, daß dieser nur insoweit gegeben sei, als der Anspruch aus § 7 KraftfG. hergeleitet werde (RG.: JW. 1927, 843⁶; RGZ. 13, 401; RGUrt. v. 16. Febr. 1903, VI 342/02).

(RG., III. ZivSen., U. v. 17. Juni 1938, III 176/37.) [Ba.]

36. OLG. — Der Kraftwagenhalter geht im Verhältnis zu einem entgegenkommenden Kraftwagenfahrer der Rechtswohlthat der Haftungsbefreiung aus § 7 Abs. 2 KraftfG. verlustig, wenn er auf reichlich 10 m breiter Straße beim Überholen anderer Verkehrsteilnehmer bis auf etwa 1 m an die Straßenmitte herankommt, obwohl ein so weites Ausholen nicht erforderlich ist. †)

Am 11. Juni 1937 fuhr der Kl. mit seinem Motorrad, an dessen rechter Seite sich ein Beiwagen befand, die durch Regen nasse W-Straße in D. in nördlicher Richtung. Die Straße hat eine Breite von etwa 10,50 m. Dem Kl. entgegen kam der Bekl. mit einem Personenkraftwagen. Unmittelbar vor der Begegnung der beiden Fahrzeuge überholte der Bekl. zwei Radfahrer und ist hierbei mit der linken Seite seines Kraftwagens bis auf etwa 1 m an die Mittellinie der Straße herangefahren. Als der Kl. den Bekl. in seiner unmittelbaren Nähe sah, bremste er und rüschte insolge der Glatte der Straße mit dem Motorrad nach links in die Fahrbahn des Personenkraftwagens. Die beiden Fahrzeuge stießen

zusammen, der Kl. wurde verletzt und beide Fahrzeuge beschädigt.

Das OLG. hat festgestellt, daß der Bekl. verpflichtet ist, im Rahmen des KraftfG. dem Kl. den aus dem Unfall entstandenen Schaden zu $\frac{1}{3}$ zu ersetzen. Das OLG. geht davon aus, daß dem Bekl. ein Verschulden an dem Unfall zwar nicht nachzuweisen ist, daß aber der Bekl. nicht in der Lage sei, den Entlastungsbeweis nach § 7 Abs. 2 KraftfG. zu führen, insbes. kann der Bekl. nicht nachweisen, daß er beim Überholen der Radfahrer und des parkenden Kraftwagens nicht soweit an die Mitte der Straße herangekommen ist, daß der Kl. durch seine Fahrweise veranlaßt wurde, plötzlich zu bremsen. Der Bekl. kann jedenfalls nicht ausräumen, daß er ziemlich nahe an die Straßenmitte herangekommen ist. Muß also davon ausgegangen werden, daß der Bekl. beim Überholen nahe an die Straßenmitte herangekommen ist, dann kann er den Beweis, daß er jede Sorgfalt beachtet hat, nicht führen; ein so weites Ausholen beim Überholen war nicht erforderlich. Diese Fahrweise des Bekl. ist auch ursächlich für den Unfall gewesen, denn der Kl. konnte jetzt zu der Annahme kommen, daß er nicht allzu weit vor dem Bekl. vorbeikommen könne, und dieser Umstand hat ihn dann zu dem plötzlichen Bremsen veranlaßt, das dann wieder die Ursache für das Abwärtchen des Motorrades war. Danach ergibt sich die grundsätzliche Haftung des Bekl. aus § 7 KraftfG.

Da bei dem Unfall zwei Kraftfahrzeuge beteiligt waren, hat ein Ausgleich der Schadensersatzpflicht der beiden Halter nach § 17 KraftfG. stattgefunden, sofern auch für den Kl. eine solche besteht. Daß der Kl. den Entlastungsbeweis aus § 7 KraftfG. nicht führen kann und deshalb nach § 7 Abs. 1 KraftfG. haftet, ist außer Zweifel. Der Kl. ist vor dem Zusammenstoß ziemlich schnell gefahren, jedenfalls schneller als der Bekl. und jünger, als es angesichts der regenglatten Straße zulässig war. Schließlich ist der Kl., wie er selbst angibt, infolge starken Bremsens zur Mitte abgerutscht. Dieses scharfe Abstoppen war nicht erforderlich. Selbst wenn, wie der Kl. behauptet, vor ihm ein Radfahrer gefahren ist, so stand dem Kl. noch so viel Raum zur Verfügung, daß er an dem Radfahrer vorbeifahren konnte, um so mehr, als der Radfahrer nach der Darstellung des Kl. ganz nahe an die Verkehrsinsel herangefahren ist. Der Kl. hat also in verschiedener Hinsicht gegen die Pflichten eines sorgfältigen Kraftfahrers verstoßen. Diese Verstöße erhöhen die Betriebsgefahr seines Kraftrades, die an sich schon dadurch erhöht war, daß Beiwagenmaschinen bei glatter Straße schwerer zu beherrschen sind als Personenkraftwagen. Ein weiterer, die Betriebsgefahr erhöhender Umstand ist auf Seiten des Kl., daß er den Führerschein erst sechs Wochen besaß. Demgegenüber ist die von dem Wagen des Bekl. ausgehende allgemeine Betriebsgefahr nur dadurch erhöht worden, daß er beim Überholen der Radfahrer und des vor der Handelsschule parkenden Kraftwagens bis fast an die Mitte der Straße herangekommen ist. Daß der Bekl. kurzzeitig ist, erhöht die Betriebsgefahr seines Wagens nicht, da er nach dem vorgelegten ärztlichen Zeugnis trotzdem die zur Führung eines Wagens erforderliche Sehschärfe besitzt.

Bei Abwägung der beiderseitigen Betriebsgefahren war die Ausgleichung so vorzunehmen, daß der Bekl. ein Drittel und der Kl. zwei Drittel des entstandenen Schadens zu tragen hat.

(OLG. Hamm, Ur. v. 15. Juli 1938, 9 U 13/38.)

Anmerkung: Das Urteil überspannt die Anforderungen an die Sorgfaltspflicht des Kraftfahrers ganz außerordentlich, auch wenn man dabei berücksichtigt, daß nach der herrschenden Lehre die in § 7 Abs. 2 KraftfG. geforderte Sorgfalt über die allgemeine Verkehrssorgfalt des § 276 BGB. hinausgeht.

Man mache sich klar: Die Straße ist mehr als 10 m breit. Dem Kraftwagen entgegen kommt ein Krafttrad mit Seitenwagen. Vor diesem soll noch ein Radfahrer fahren. Der Kraftwagen kommt auf seiner Fahrbahnseite nur bis auf etwa 1 m an die Straßenmitte heran. Also hat der Fahrer des Krafttrads eine Fahrbahnbreite von etwa 6 m zur Verfügung, in welche er sich schlüssigfalls mit einem einzelnen Radfahrer zu teilen hat; ihm steht also mehr Straßenbreite zur Verfügung, als manche Reichsstraße und jedenfalls eine große Anzahl anderer Straßen überhaupt insgesamnt besitzt. Und trotzdem soll der — selbstfahrende — Halter des Kraftwagens nicht in der Lage gewesen sein, den Entlastungsbeweis aus § 7 Abs. 2 KraftfG. zu führen, weil er dem Krafttradfahrer nur 6 m Straßenbreite freiließ, obwohl er ihm noch mehr hätte freihalten können, und weil er deshalb nicht bewiesen habe, daß der Krafttradfahrer nicht durch ihn veranlaßt worden sei, plötzlich zu bremsen.

Schon die Annahme des OLG. Hamm, der Kraftwagenhalter habe beim Überholen der auf seiner Seite fahrenden Radfahrer und beim Vorbeifahren an dem auf seiner Seite parkenden Kraftwagen nicht soweit auszuholen brauchen, erscheint bedenklich. Die Straßenmitte liegt bei etwa 5,25 m. Rechnet man hiervon 1 m ab (den Zwischenraum, welchen der Kraftwagen-

halter bis zur Straßenmitte freigelassen haben soll), so bleiben etwa 4,25 m übrig. Davon geht zunächst die Breite des fahrenden Kraftwagens ab: nach den Urteilsfeststellungen etwas weniger als 2 m. Es bleiben alsdann noch schätzungsweise 2,50 m bis zur Bordante. Das ist der Zwischenraum, welcher für die vom Kraftwagenhalter zu überholenden Radfahrer und für den parkenden Kraftwagen freibleibt.

Gerade beim Überholen von Radfahrern ist auf genügenden Zwischenraum zu achten, weil der Radfahrer nicht kerzengerade spurt, sondern unbeabsichtigt und, ohne es vermeiden zu können, gelegentlich etwas von der geraden Fahrlinie abweicht.

Der Zwischenraum zum eingeholten Radfahrer muß so groß sein, daß er jede Gefährdung ausschließt, und daß vor allem auch das Überholen den Radfahrer nicht unsicher macht. Welcher Zwischenraum im einzelnen Fall genügend ist, hängt von den jeweiligen Umständen, z. B. von der Fahrbahnbeschaffenheit, den gefahrenen Geschwindigkeiten, der Fahrweise des Radfahrers (Unsicherheit!) usw. ab. Die Rspr. hat gelegentlich einen Mindestzwischenraum von 1 m gefordert (BauOBG. v. 23. Dez. 1930: JW. 1931, 1972), zum Teil hat sie einen Zwischenraum von 1 m sogar als zu gering angesehen (OLG. Jena v. 3. Mai 1929: JW. 1929, 2067). Nimmt man im vorl. Fall an, daß die überholten Radfahrer von der Bordante aus 1—1,25 m Zwischenraum benötigen, so bleibt bis zum Kraftwagen, welcher die Radfahrer überholt, noch ein Zwischenraum von 1,25—1,50 m, also ein Zwischenraum, der nahe bei dem von der Rspr. verlangten Mindestmaß liegt. Dazu ist im vorl. Fall die Straße regennah, so daß der vorsichtige Kraftfahrer wegen der Gefahr eines plötzlichen Sturzes des Radfahrers den Zwischenraum eher etwas größer als kleiner wählen muß.

Das gleiche Ergebnis, nämlich das Einhalten eines keineswegs zu großen Zwischenraumes, ist für das Vorbeifahren an dem parkenden Kraftwagen festzustellen.

Der verklagte Kraftwagenhalter ist also sicherlich nicht zu weit nach der Straßenmitte zu gefahren. Seine Fahrweise entsprach gerade gegenüber den Verkehrsteilnehmern, welche er überholte, der gebotenen Sorgfalt. Selbst wenn er aber etwas weiter ausgeholt hätte, als — bei nachträglicher Betrachtung — erforderlich erschiene, so läge darin keinesfalls eine Verletzung der durch § 7 Abs. 2 KraftfG. gebotenen Sorgfalt. Der Verklagte hatte doppelte Sorgfaltspflichten: sowohl den zu überholenden als auch den entgegenkommenden Verkehrsteilnehmern gegenüber. Er mußte sich von beiden weit genug entfernt halten. Dem Kl. gegenüber hatte er die Pflicht, ihm die Fahrbahn nicht zu verengen. Davon kann man aber bei einem verfügbaren Raum von etwa 6 m wirklich nicht sprechen.

Deshalb ist die Bemerkung des Urteils, der Verklagte könne nicht nachweisen, daß er beim Überholen der Radfahrer und des parkenden Kraftwagens nicht so weit an die Mitte der Straße herangekommen sei, daß der Kl. durch seine Fahrweise veranlaßt worden sei, plötzlich zu bremsen, schlechthin unverständlich. Hatte der Krafttradfahrer allein oder zusammen mit einem rechts fahrenden Radfahrer 6 m Fahrbahnbreite zur Verfügung, so ist in keiner Weise erkennbar, inwiefern die Fahrweise des entgegenkommenden Kraftwagens für ihn Anlaß zum plötzlichen Bremsen geworden sein soll. Dieser Anlaß dürfte vielmehr darin gelegen haben, daß der Krafttradfahrer zu weit nach der Straßenmitte zu fuhr und sich angesichts des entgegenkommenden Kraftwagens nicht rechtzeitig — vielleicht aus Unachtsamkeit — entschloß, wieder mehr auf seine Fahrbahnseite hinüberzubiegen, so daß er nunmehr — in allein verschuldeter Überraschung — sich genötigt glaubte, plötzlich zu bremsen. Mit einer solchen Verkehrswidrigkeit brauchte aber der Verklagte nicht zu rechnen. Vielmehr durfte er gemäß dem jetzt die Rspr. beherrschenden Vertrauensgrundsatz erwarten, der Kl. würde die außerordentlich große, ihm zur Verfügung stehende Fahrbahnbreite verkehrsgemäß ausnützen. Als die Verkehrswidrigkeit des Kl. erkennbar wurde, nämlich beim plötzlichen Bremsen und anschließenden Rutschen, war es zu spät. Der Zusammenstoß war für den Verklagten unabwendbar geworden.

Überspannt man nach Art des vorl. Urteils die Anforderungen an den Entlastungsbeweis aus § 7 Abs. 2 KraftfG., so führt das folgerichtig dazu, daß nur höhere Gewalt die Ersatzpflicht ausschließt, daß aber der Nachweis auch der größten im Straßenverkehr praktisch möglichen Sorgfalt noch nicht die Rechtswohltat der Haftungsbefreiung aus § 7 Abs. 2 KraftfG. verschafft. Die vom OLG. Hamm vertretene Auffassung widerspricht nicht nur dem Sinn des Gesetzes, sondern auch den vom RG. zu § 7 Abs. 2 KraftfG. entwickelten — strengen — Rechtsgrundsätzen und widerspricht sowohl den praktischen Notwendigkeiten des Kraftfahrzeugverkehrs als auch dem gefunden Rechtsempfinden des Volks.

RK. und Notar Dr. G ü l d e, Dresden.

37. RG. — § 17 KraftG. Abwägung des Maßes der Verursachung. Es ist grundsätzlich davon auszugehen, daß der zur Gestattung der Vorfahrt Verpflichtete im Vergleich zum Vorfahrtberechtigten eine erhöhte Sorgfalt zu beachten hat.

Das BG. ist der Auffassung, daß der Unfall des auf dem Bürgersteig befindlichen P. durch das Verhalten des Bess. und des Fahrers L. der Kl. verursacht worden sei. (Was näher wiedergegeben wird.) Bei der Abwägung nimmt der Vorderrichter dahin Stellung, daß im Hinblick auf die Leichtfertigkeit, mit der der Bess. trotz der bei ihm als Fahrlehrer bestehenden Kenntnis der besonderen Gefährlichkeit der Unfallstelle seine Geschwindigkeit beibehalten habe, eine Verteilung des Schadens unter die Parteien zu gleichen Teilen gerechtfertigt sei.

Die Rev. der Bess. rügt die Bewertung des Verhaltens der beiden Kraftwagenführer durch das BG. als rechtsirrig.

Die Abwägung des Maßes der Verursachung ist auch im Falle des § 17 KraftG. grundsätzlich Sache der tatrichterlichen Würdigung und im allgemeinen daher der Nachprüfung durch den RevR. entzogen. Ein Revisionsangriff in dieser Richtung kann nur dann Erfolg haben, wenn das BG. aus rechtsirrtümlichen Erwägungen die Abwägung unrichtig vorgenommen hat oder wenn wenigstens mit der Möglichkeit eines Rechtsirrtums bei der Abwägung zu rechnen ist (vgl. RG.: JW. 1930, 2945). Das ist aber hier der Fall.

Die Form der Urteilsbegründung erweckt bereits Zweifel nach der Richtung, ob der Vorderrichter sich der für die Abwägung nach § 17 KraftG. maßgebenden Rechtsgrundsätze bewußt gewesen ist. Der RevR. untersucht, ob der Unfall von dem Fahrer L. und von dem Bess. verursacht worden ist und kommt nach eingehender Erörterung zur Bejahung dieser Frage. Anschließend nimmt er in dem einen, oben in seinem wesentlichen Inhalt wiedergegebenen Satz, der die Leichtfertigkeit des Bess. erwähnt, die Abwägung dahin vor, daß jede der Parteien den Schaden zur Hälfte zu tragen habe. Über die Frage des Verschuldens des einen oder anderen der beiden Fahrer spricht das BG. ausdrücklich mit keinem Wort. Es scheint sie vielmehr, obwohl es verschiedentlich erwähnt, was L. oder der Bess. hätte tun müssen oder nicht tun dürfen, und zum Schluß auch von der „Leichtfertigkeit“ des Bess. spricht, absichtlich unerörtert zu lassen. Das aber läßt den Zweifel auftauchen, ob sich der RevR. der Bedeutung des Verschuldens für die Abwägung bewußt gewesen ist, und die Möglichkeit eines Rechtsirrtums in dieser Richtung als gegeben erscheinen. Wie der erf. Sen. in ständiger Rspr. ausgesprochen hat, ist die Abwägung aus den Umständen des einzelnen Falles zu entnehmen und insbesondere nach der Verursachung durch die Betriebsgefahren und nach ihrer etwaigen Erhöhung durch eine Verschulden der beteiligten Betriebspersonen zu bestimmen (vgl. RGZ. 123, 165 = JW. 1929, 917^o m. Anm.; RGZ. 125, 203 = JW. 1929, 2816^o; RGZ. 131, 119 = JW. 1931, 856^o m. Anm.). Daß der Vorderrichter sich der Bedeutung der Frage, ob und in welchem Umfang die beiden beteiligten Kraftfahrer schuldhaft gehandelt haben, für die Abwägung bewußt gewesen ist und das etwa vorliegende beiderseitige Verschulden gegeneinander abgewogen habe, lassen seine Darlegungen jedenfalls nicht erkennen.

Nicht ohne Grund weist die Rev. aber auch darauf hin, daß der Vorderrichter an das beiderseitige Verhalten, sofern überhaupt, insofern einen rechtlich unrichtigen Maßstab angelegt zu haben scheint, als er deren Sorgfaltspflicht anscheinend gleich bewerten will. Die Bestimmungen über das Vorfahrtrecht und über die Rangordnung der Straßen bezwecken u. a., auf den für den Verkehr besonders wichtigen, mit Vorfahrt ausgestatteten Straßen einen tunlichst flüssigen und schnellen Verkehr zu gewährleisten und eine Stockung an jeder Kreuzung zu vermeiden. Der Verkehrsteilnehmer auf einer Hauptverkehrsstraße darf sich, was das BG. allerdings auch nicht verkennet, bei Bemessung seiner Geschwindigkeit darauf verlassen, daß andere Verkehrsteilnehmer sein Vorfahrtrecht beachten werden, und er darf daher regelmäßig, soweit dem nicht im Einzelfalle, wie das BG. einen solchen hier als gegeben ansieht, besondere Umstände entgegenstehen, eine gewisse zügige Geschwindigkeit beibehalten. Der nicht zur

Vorfahrt Berechtigte dagegen, der sich aus einer Nebenstraße über die Hauptverkehrsstraße begeben will, ist in jedem Falle verpflichtet, hierbei besonders vorsichtig zu verfahren und den flüssigen Verkehr auf der vorfahrtgebenden Hauptverkehrsstraße sorgfältig zu berücksichtigen. Es ist daher grundsätzlich davon auszugehen, daß der zur Gestattung der Vorfahrt Verpflichtete, worauf bereits der Sachverständige G. unter Bezugnahme auf die Rspr. hingewiesen hatte, im Vergleich zum Vorfahrtberechtigten eine erhöhte Sorgfalt zu beachten hat. Ob und inwiefern die Umstände im einzelnen Falle gleichwohl die Annahme einer schwerwiegenderen Sorgfaltsverletzung auf Seiten des Vorfahrtberechtigten rechtfertigen, ist Sache der Beurteilung durch den Tatsachenrichter.

Daß der Vorderrichter jenen Grundsatze der gesteigerten Sorgfaltspflicht des zur Gestattung der Vorfahrt Verpflichteten erkannt und berücksichtigt hätte, lassen seine Darlegungen nicht erkennen, sie sprechen vielmehr dagegen. Er stellt selbst Umstände fest, die geeignet sind, das Verhalten L. als besonders sorglos und unverständlich erscheinen zu lassen, so: daß er beim Kreuzen der vorfahrtgebenden A.-Straße erst auf der Straßenmitte nach rechts gesehen habe, und zwar, obwohl wegen der deutlichen Kennzeichnung des linken Teils der A.-Straße als Einbahnstraße von links her Kraftwagen nicht zu erwarten waren. Dann aber konnte der RevR. das grundsätzliche Verhältnis der Sorgfaltspflichten der beiden Fahrer zueinander um so weniger unerörtert lassen und mußte das Ausmaß des beiderseitigen Verschuldens um so eingehender erörtern. Hierzu lag überdies, worauf die Rev. gleichfalls mit Recht hinweist, besonderer Anlaß auch deshalb vor, weil die StrR. und der im Strafverfahren, wenn auch nur als Sachverständiger des Angekl. K. (= Bess.), zu Wort gekommene Sachverständige G. das Verhalten der Beteiligten wesentlich anders würdigten als der Vorderrichter. (Im Strafverfahren war L. zu 150 RM Geldstrafe, der Bess. zu einer solchen von 100 RM verurteilt worden.)

(RG., VI. ZivSen., II. v. 27. Juli 1938, VI 51/38.)

[Ba.]

*

38. RG. — § 18 StrafVerfZulD.; VBG.

1. Ein von einem Kraftfahrzeug gezogenes Förderband gilt als „Anhängers“ i. S. der RStrafVerfZulD. und der StrafVerfZulD.

2. Der zu befördernde Gegenstand stellt keine „Ladung“ dar, wenn er infolge seiner Gestalt und seines Umfanges nicht wenigstens zum überwindenden Teil in dem zur Verfügung stehenden Laderraum untergebracht werden kann.

3. Bei Benutzung der dem Beförderungsgegenstand eigenen Fortbewegungsvorrichtung verliert dieser die Eigenschaft einer „Ladung“.

Das BG. geht mit Recht davon aus, daß es sich bei dem eisernen Transportband, das der Kl. mit seinem Lastkraftwagen befördern ließ, um einen Anhänger dieses Kraftfahrzeuges i. S. der Versicherungsbedingungen handelte. Es kann zwar nicht unmittelbar auf den Begriff des Anhängers i. S. der ReichstrafVerfZulD. und die StrafVerfZulD. (§ 18) ankommen, da es sich hier nur darum handelt, festzustellen, was die Parteien bei Abschluß des Versicherungsvertrages im Dezember 1936 unter „Anhängers“ verstanden haben. Immerhin kann die gesetzliche Begriffsbestimmung, die im Hinblick auf eine besondere Zulassung des „Anhängers“ zum Verkehr gegeben worden ist und die in den einschlägigen Kommentaren zur RStrafVerfZulD. ihre nähere Erläuterung gefunden hat, zur Auslegung des Willens der Parteien herangezogen werden. Danach handelt es sich bei einem „Anhängers“ nicht um ein nur gelegentlich mitgenommenes, beliebig geartetes Fahrzeug, sondern um ein zur Fortbewegung durch fremde Kraft bestimmtes Fahrzeug (Müller, „RStrafVerfZulD.“, 12. Aufl., Anm. 3 vor § 18 StrafVerfZulD. v. 13. Nov. 1937). Ein solches Fahrzeug war das Transportband. Es besaß eigene Räder sowie eine besondere Kupplungsvorrichtung zur Befestigung an einem anderen Fahrzeug. — Daß das Transportband einem selbständigen Arbeitszweck dient, der von der Arbeitszweckbestimmung des ziehenden Fahrzeuges unabhängig ist, ist für die rechtliche Beurteilung der Anhängereigenschaft unerheblich. Ebenso ist es unerheblich, daß das Transportband auch selbständig durch Menschen- oder Pferdekraft fortbewegt werden konnte.

Das Transportband ist auch nicht nur eine Last des befördernden Lastkraftwagens gewesen. Wenn es auch zu einem Teil auf

dem Lastkraftwagen aufgegeben hat, so ergeben bereits die besondere Länge von über 16 m, die das Transportband gehabt hat, und seine Höhe, daß es nicht als Last eines Kraftfahrzeuges mit gewöhnlichem Laderaum angesehen werden kann. Wenn auch die Ladung eines Kraftfahrzeuges ihre Eigenschaft als Ladung nicht dadurch verliert, daß sie in gewissem Umfang über den eigentlichen Ladungsraum hinausragt, so befaß doch im vorl. Falle das Förderband in Gestalt der Räder eine besondere Fortbewegungs- vorrichtung, die eine Ortsveränderung durch Zug oder Schub ermöglicht, und somit das Förderband nicht als Last eines Kraftfahrzeuges erscheinen läßt. Hierauf weist außerdem die eigene Zug- vorrichtung hin, die das Transportband befaß, und die bestimmungsgemäß die Ankopplung des Transportbandes an ein Zug- mittel ermöglichen sollte. Zumindest während der Dauer der Beförderung bildete das Transportband eine wirtschaftliche Einheit mit dem ziehenden Kraftfahrzeug. Es ist daher als dessen Anhänger anzusehen. Dann aber greift zugunsten der Vell. die besondere Bedingung des Versicherungsvertrages durch, daß in der Kasko- und Haftpflichtversicherung ein Anhänger nur dann als mitversichert gilt, wenn er im Antrag oder einem zum Versicherungsschein aus- gestellten Nachtrag näher bezeichnet und eine besondere Prämie hierfür berechnet worden ist. Das ist bei dem in Rede stehenden Transportband nicht der Fall. Diese Bestimmung bedeutet, daß Schäden, die nur durch den Anhänger verursacht worden sind, auch dann nicht dem Versicherungsschutz unterliegen, wenn der Anhänger mit dem versicherten Lastwagen zusammen im Betriebe war, als der Schaden eintrat. Mag diese Auslegung auch auf den ersten Blick befremden, wenn man den Betrieb des Lastwagens mit dem Anhänger als einen einheitlichen Betriebsvorgang i. S. der Ent- scheidung des RG. in der VerRdSch. 1934, 465 aufsaßt, so erhält sie doch ihren guten Sinn, wenn man berücksichtigt, daß die Betriebsgefahr bei einem Lastwagen mit Anhänger eine höhere ist als bei einem Lastwagen ohne Anhänger, und daß daher die Mög- lichkeit eines Schadensfalls beim Betrieb eines Lastwagens mit Anhänger verstärkt ist gegenüber dem Betrieb eines Lastwagens ohne Anhänger. Dieser Gedanke kommt in der angezogenen beson- deren Bedingung auch darin zum Ausdruck, daß für die Mitver- sicherung eines Anhängers eine besondere Prämie vorgeesehen ist. Will man das Transportband nicht als Anhänger im verkehrs- polizeilichen Sinne gelten lassen, so zeigt doch gerade die Er- wägung über die erhöhte Betriebsgefahr, daß er jedenfalls i. S. des Versicherungsvertrages als Anhänger zu behandeln ist.

(RG., Beschl. v. 3. Aug. 1938, 24 W 3154/38.)

Beamtenrecht

Wehrmachtsversorgungsrecht

39. RG. — § 4 BBG.; § 23 PrZivRuhegehaltsG., vom 27. März 1872; §§ 1, 2 PrGef. die Erweiterung des Rechts- weges betr. v. 24. Mai 1861; DVGBDD. v. § 143. Nach § 4 BBG. entlassene Beamte sind keine Beamten mehr, daher auch keine Ruhestandsbeamten. Die Fristbestimmung des § 23 PrZiv- RuhegehaltsG. findet auf sie keine Anwendung, wohl aber die Vorbestands- und Fristbestimmung des PrGef. v. 24. Mai 1861.

Das beklagte Land hält die Klage wegen Veräumung der Frist aus § 23 PrZivRuhegehaltsG. (PrRG.) v. 27. März 1872 (GS. 268) für unzulässig. Es hält den Anspruch des Kl. auf Anrechnung von Vordienstzeiten aber auch für sachlich unberechtigt. Weder die Tätigkeit des Kl. im Volksschuldienst noch auch die als Bürgermeister der Landgemeinde K. hätten mit der vom Kl. zuletzt beklebten Stelle als RegPräf. nach Vorbildung und Laufbahn im Zusammenhang gestanden.

Das LG. hat die Klage abgewiesen. Die Sprungrev. des Kl. wurde zurückgewiesen.

Der Ausgangspunkt des LGUrt. zwar, daß der nach § 4 BBG. entlassene Beamte anderen Ruhestandsbeamten grundsätzlich gleichstehe, ist unrichtig. Wie der erf. Sen. in der Entsch. III 137/37 v. 1. Juli 1938: JW. 1938, 2556¹⁾, aus- geführt hat, bedeutet die Entlassung politisch unzuverlässiger Beamter grundsätzlich das Ende ihres Amtes in jeder Bezie- hung. Die unverzügliche und restlose Ausschaltung dieser Be- amten aus dem Beamtenkörper sollte erreicht werden. Nach § 4 BBG. entlassene Beamte können somit in keiner Weise mehr als Beamte angesehen werden. Sie sind insbes. auch keine Ruhestandsbeamten. Es findet daher auch das preuß. PrG. auf diese Beamten nur insoweit Anwendung, als es die Rech- nungsgrundlage für das ihnen aus § 4 Abs. 1 BBG. zustehende

außerordentliche Ruhegehalt von $\frac{3}{4}$ ihrer bisherigen Bezüge gibt. Daraus folgt dann weiter, daß auch der § 23 PrG. auf die nach § 4 BBG. entlassenen Beamten nicht zur Anwen- dung gelangen kann.

Daraus kann aber nicht gefolgert werden, daß diesen ehe- maligen Beamten der Zutritt zu den ordentlichen Gerichten wegen ihrer Ansprüche auf das außerordentliche Ruhegehalt aus § 4 BBG. unbeschränkt offensteht. Es kann nicht sein, daß diese Beamten in der Verfolgung ihrer Rechte günstiger gestellt sind, als die ordnungsgemäß in den Ruhestand übergetre- tenen Beamten. Auch wenn diese Beamten keine Beamtenrechte mehr haben, so bleibt doch der außerordentliche Ruhegehalts- anspruch ein vermögensrechtlicher Anspruch aus dem Dienst- verhältnis i. S. des § 1 Preuß. Gef. betr. die Erweiterung des Rechtsweges v. 24. Mai 1861 (GS. 241). Dieses Dienst- verhältnis ist die notwendige Voraussetzung für die Ent- stehung des Ruhegeldanspruchs aus § 4 BBG. So ist auch in RGZ. 152, 81¹⁾ das Erfordernis der Vorentsch. der Ver- waltungsbehörde und der Einhaltung der Ausschlussfrist zur Beschreitung des Rechtsweges für die Geltendmachung des Ruhegehaltsanspruchs eines nach § 4 BBG. entlassenen Ge- meindebeamten als selbstverständlich vorausgesetzt. Die ge- richtliche Geltendmachung dieser außerordentlichen Ruhege- haltsansprüche ist daher bei ausgeschiedenen preuß. unmittel- baren Staatsbeamten an die vorausgegangene Entsch. aus § 2 des Gef. v. 24. Mai 1861 gebunden, und es muß die Klage bei Verlust des Klagerrechtes innerhalb von 6 Monaten nach Bekanntgabe der Entsch. erhoben werden. Daß diese Be- stimmung des preuß. Gef. v. 24. Mai 1861 neben dem Art. 129 Abs. 1 Satz 4 WeimVerf. bis zum Inkrafttreten des DVG. am 1. Juli 1937 in Kraft geblieben war, hat der erf. Sen. in ständiger Rspr. angenommen.

Die Entsch. über die Zulässigkeit der vorl. Klage hängt zunächst davon ab, ob eine ordnungsmäßige Entsch. der Ver- waltungsbehörde vorliegt. Nur dann ist der Rechtsweg über- haupt eröffnet, dann aber nur in der beschränkten Frist von sechs Monaten seit der Bekanntgabe dieser Entsch. (§ 2 des Gef. v. 24. Mai 1861). Mit dem Ablauf dieser Frist ist die Klagemöglichkeit wieder verschlossen.

Eine ordnungsmäßige Entsch. i. S. des § 2 des Gef. v. 24. Mai 1861 ist dem Kl. aber jedenfalls mit der gleich- zeitigen Bekanntgabe des Erlasses des MdZ. v. 27. Sept. 1933 und der Verfügung des RegPräf. v. 16. Okt. 1933 zu- gegangen.

Der Kl. bemängelt zu Unrecht, daß der MdZ. allein ohne Mitwirkung des FinMin. entschieden habe. Hierzu ist zu bemerken, daß nach § 2 des Gef. v. 24. Mai 1861 der Erhebung der Klage die Entsch. des Verwaltungschefes voran- zugehen hatte. Verwaltungschef ist der dem Beamten vor- gesetzte Minister, also der, dessen Geschäftsbereich er angehört. Bei den nicht technischen Mitgliedern der Regierung, welche (Vehörden) nach § 1 der Regierungsinstruktion v. 23. Okt. 1817 (GS. 248) das Organ sämtlicher Minister mit Ausnahme des JustMin. bilden, ist der vorgesetzte Minister der MdZ. und der FinMin. Durch KabDrd. v. 8. Sept. 1882 ist „die Be- arbeitung der persönlichen Angelegenheiten der ... RegPräf. ... — mit Ausnahme der auf die Etats- und Befoldungs- verhältnisse derselben bezüglichen ... Angelegenheiten — auf den MdZ.“ allein übertragen worden (RGZ. 110, 103). Ob mit Rücksicht auf den Vorbehalt für die Etats- und Be- foldungsverhältnisse in der KabDrd. für den Erlaß der Entsch. aus § 2 des Gef. v. 24. Mai 1861 der MdZ. allein als Ver- waltungschef anzusehen ist oder gemeinsam mit dem FinMin., kann fraglich sein. Dies kann aber für die Entsch. dahingestellt bleiben. Denn in der Nr. 21 der 3. PrAusfVorschrift zum BBefG. war für die aus den §§ 3, 4 BBG. ausscheidenden Beamten ohnehin weiter vorgeschrieben, daß die Festsetzung des Ruhegehaltes durch den Fachminister in Gemeinschaft mit dem FinMin. zu erfolgen hat, soweit sie nicht auf Grund des § 10 der VD. v. 29. Okt. 1932 (GS. 333) auf nach- geordnete Behörden übertragen ist.

Der ministerielle Erlaß v. 27. Sept. 1933 ist nun nicht

¹⁾ JW. 1936, 3539^o.

allein durch den MdZ., sondern, wie der Erlaß ausdrücklich erklärt, „zugleich im Namen des Herrn Finanzministers“, also rechtswirksam ergangen. Auch die in dem Erlaß erfolgte Festsetzung, daß der frühere Beschluß des Staatsmin. vom 14. Jan. 1924 über die Anrechnung der Vordienstzeit des Kl. außer Kraft trete, ist offensichtlich ebenfalls „zugleich im Namen des Finanzministers“ erfolgt. Danach ist aber der gesamte Erlaß von den zuständigen Ministern ergangen; er genügt also jedenfalls sowohl dem Erfordernis des § 2 des Gef. v. 24. Mai 1861 wie dem der Nr. 21 der 3. Ausf. Vorschr.

Es kann weiter dahingestellt bleiben, ob der ministerielle Erlaß v. 27. Sept. 1933 selbst schon als die Entsch. anzusehen ist, die die Frist aus dem § 2 des Gef. v. 24. Mai 1861 hinsichtlich des Ausschlusses der Anrechnung früherer Dienstzeiten in Gang setzte oder erst die namens der beiden Minister und im Rahmen der von ihnen gegebenen Anweisungen erfolgte Ruhegehaltsfestsetzung des RegPräs. v. 16. Okt. 1933. Denn beide Entscheidungen sind dem Kl. einheitlich an einem Tage bekanntgemacht worden.

Daß jedenfalls diese Entscheidungen zusammen, übrigens auch dem Kl. ohne weiteres erkennbar, dessen gesamte Rechtsansprüche regelten und daß sie somit die Frist zur Erhebung der Klage aus dem § 2 des Gef. v. 24. Mai 1861 in Lauf setzten, kann nicht zweifelhaft sein. Soweit in dem ministeriellen Erlaß ein Vorbehalt wegen der noch möglichen Anrechnung der Vordienstzeiten zugunsten des Kl. enthalten war, betraf dieser Vorbehalt nicht Rechtsansprüche des Kl., sondern lediglich im Rechtswege nicht verfolgbare Gnadenansprüche i. S. des § 19 Abs. 1a BRG., Nr. 27 Satz 2 der 3. PrAusf. Vorschr. zum BBG. v. 15. Juni 1933 (GS. 202). Der ministerielle Erlaß ist offensichtlich von der Rechtsgültigkeit der Nr. 27 der 3. Ausf. Vorschr. und somit der durch dieser herbeigeführten Unwirksamkeit des früheren Beschlusses des Staatsmin. v. 14. Jan. 1924 ausgegangen. Ob dieser Ausgangspunkt des ministeriellen Erlasses sachlich-rechtlich zutreffend ist, muß für die formale Frage des Ablaufs der Frist des Gef. v. 24. Mai 1861 dahingestellt bleiben. Mit der Bekanntgabe dieser Bescheide an den Kl. begann jedenfalls die sechsmonatige Frist zur Klagerhebung zu laufen. Mit ihrem lange vor Erhebung der vorliegenden Klage ungenügenden Ablauf beschränkten sich die Rechte des Kl. auf Ruhegehalt, mögen diese ursprünglich auch weitergegangen sein, auf den festgesetzten Betrag.

An diesem Ergebnis konnte der Antrag des Kl. v. 7. Nov. 1933 auf Innehaltung der ihm durch den Beschluß des Staatsmin. v. 14. Jan. 1924 gegebenen Zusicherung über die Anrechnung der Vordienstzeiten und der auf diesen Antrag nach vorausgegangenem Bericht an den MdZ. erteilte spätere Bescheid des RegPräs. v. 23. April 1934 nichts mehr ändern. Die Möglichkeit zur Beschreitung des Rechtsweges wird wegen desselben vermögensrechtlicher Ansprüche eines Beamten nur einmal eröffnet. Der erf. Sen. hat für die gem. § 7 PrKommBeamtG. v. 30. Juli 1899 ergehenden Vorbescheide der Verwaltungsbehörde in RGZ. 122, 94²⁾ ausgeführt, daß eine abermalige Eröffnung der Frist zur Klagerhebung durch eine spätere Verfügung der Verwaltungsbehörde nicht mehr zulässig sei. Es würde unerträgliche Rechtsunsicherheit geschaffen, „wenn man einem Streitteil gestatten wollte, den vom Bezirksauschuß einmal entschiedenen Anspruch ihm nochmals zu unterbreiten und auf Grund der Zustellung des neuen, die frühere Entscheidung aufhebenden oder bestätigenden Beschlusses der einen oder der anderen Partei die bereits verwirkte Möglichkeit zur Beschreitung des Rechtsweges wiederzueröffnen“. Gleiche Ausführungen enthält die spätere Entsch. RGZ. 146, 35³⁾ für die Eröffnung des Rechtswegs nach § 150 i. Verb. m. § 149 ABG. für die Witwengeldansprüche einer Postbeamtin. Auch dort ist entschieden, daß der erste Bescheid für den Beginn der Ausschlußfrist maßgebend ist und daß dieser Bescheid seine Bedeutung nicht dadurch verliert, daß die Behörde auf weitere Gesuche oder Vorstellungen neu bescheidet. Die spätere Verfügung des RegPräs. v. 23. April

1934 muß somit für die Frist zur Anhebung der ordentlichen Gerichte ausscheiden. Es kommt daher auch nicht darauf an, ob diese Entsch. von der zuständigen Stelle erlassen worden ist und ob mit dem BG. unterstellt werden könnte, daß sie als bloße Bestätigung des Erlasses v. 27. Sept. 1933 ebenfalls zugleich im Namen des FinMin. ergangen ist. Der Kl. hatte im Jahre 1934 bereits das Klagericht endgültig verloren.

Der spätere erst nach dem Inkrafttreten des DBG. ergangene Bescheid des RegPräs. v. 8. Juli 1937 konnte ebenso wenig eine neue Frist zur Beschreitung des Rechtsweges eröffnen. Dies folgt auch aus der Durchf. zum DBG. vom 29. Juni 1937 (RGBl. I, 699) zu § 143, wo bestimmt ist, daß es dabei sein Bewenden behalten solle, wenn beim Inkrafttreten des DBG. eine Klage wegen vermögensrechtlicher Ansprüche aus der Zeit vor dem Inkrafttreten des Gesetzes nach bisherigem Recht nicht mehr zulässig war.

Das BG. hat somit im Ergebnis zutreffend die Klage wegen Verjährung der Ausschlußfrist als unzulässig abgewiesen.

(RG., III. ZivSen., U. v. 15. Juli 1938, III 3/38.) [Ba.]

*

40. RG. — § 23 DBG.; Art. 80 GGWB.; §§ 88—91, 127 bis 145 II 10 ABG. — Gesetz über die Beschränkung der Rückgriffshaftung der Soldaten v. 7. April 1937.

1. Das Gef. v. 7. April 1937 gilt nur für Soldaten, nicht für Wehrmachtsbeamte. Für diese gilt vielmehr § 23 DBG.

2. Der eindeutige Wortlaut des Gef. v. 7. April 1937, der nur von der Rückgriffshaftung handelt, läßt eine ausdehnende Auslegung auf die Fälle, in denen der Dienstherr selbst geschädigt ist, nicht zu.

Der Bekl., ein Oberzahlmeister der Wehrmacht, fuhr am 30. Nov. 1936 gelegentlich einer Dienstreise einen der Wehrmacht gehörigen Kraftwagen. Der Bekl. fuhr trotz vereifter Strafe schnell. Der Wagen geriet ins Schleudern und wurde in einer Kurve durch Anfahren an einen Baum beschädigt. Der klagende Wehriskus klagte den durch die Herstellungsarbeiten am Wagen entstandenen Schaden ein. Der Bekl. hat der Klage gegenüber eingewandt, er habe nicht vorsätzlich gehandelt. Für die fahrlässige Schadenszufügung haften er aber als Soldat nicht.

Das BG. hat nach dem Klageantrage erkannt. Die mit Einwilligung des Kl. eingelegte Sprungrevision des Bekl. blieb erfolglos.

Die Klage ist auf unmittelbare Schädigung des Dienstherrn durch den Beamten gestützt. Die schädigende Handlung liegt vor dem Inkrafttreten des DBG. (1. Juli 1937). Bis zu diesem Zeitpunkt richtete sich die Haftung des Beamten seinem Dienstherrn gegenüber in Fällen unmittelbarer Schädigung nach Landesrecht (Art. 80 GGWB.), im preussischen Rechtsgebiet nach den §§ 88—91, 127—145 II 10 ABG. Ob das neue Recht (§ 23 Abs. 1 DBG.) auch die Rechtsfolgen unmittelbarer Schädigungen des Dienstherrn durch Amtspflichtverletzungen der Beamten regelt, die unter altem Recht begangen sind, deren Erlaß aber noch nicht erledigt ist, kann dahingestellt bleiben. Denn die Haftung des Beamten war nach Art. 80 GGWB. mit §§ 88—91, 127—145 II 10 ABG. ebenso umfassend wie nun nach § 23 Abs. 1 DBG. Demnach ist die Klage an sich schlüssig vorgetragen. Der Bekl. bestreitet auch nicht, daß er schuldhaft zu schnell gefahren sei.

§ 823 BGB., auf welche Bestimmung das BG. die Verurteilung gestützt hat, kommt neben den Sondervorschriften über die Haftung des Beamten nicht in Betracht.

Danach kann es sich nur noch darum handeln, ob sich der Bekl. auf das Gesetz über die Beschränkung der Rückgriffshaftung der Soldaten v. 7. April 1937 (RGBl. I, 443) zum Ausschluß seiner Haftung berufen kann.

Die strittige Amtspflichtverletzung liegt vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes. Dieses Gesetz findet aber, wie die amtliche Erläuterung (DZ. 1937, 646) ausführt, auf alle einschließlichen Schadensersatzansprüche des Reichs gegen Soldaten Anwendung, soweit die Ansprüche noch nicht befriedigt

²⁾ JW. 1928, 3245 14.

³⁾ JW. 1934, 1150 5.

sind. Es gilt also auch dann, wenn die Handlung, aus der die Schadenersatzpflicht des Soldaten hergeleitet wird, bereits vor dem Inkrafttreten des Gesetzes begangen ist.

Die sachlichen Voraussetzungen für eine Haftungsbeschränkung aus diesem Gesetz sind aber nicht gegeben.

Einmal gilt das Gesetz nur für Soldaten, nicht für Wehrmachtsbeamte. Der Begriff des Soldaten ist im WehrG. v. 21. Mai 1935 (RGBl. I, 609) festgelegt. Soldaten sind nach § 21 Abs. 2 die im aktiven Wehrdienst stehenden Offiziere, Unteroffiziere und Mannschaften. Zu diesen hat der Befehl gehört. Neben den Soldaten stellt das Gesetz den Wehrmachtsbeamten (a. a. D. Abs. 1). Abgesehen hiervon muß die Ausdehnung des Begriffs Soldaten aus diesem Gesetz auf die Wehrmachtsbeamten auch daran scheitern, daß deren Haftung für Amtspflichtverletzungen im § 23 des kurz zuvor erlassenen DWG. geregelt wurde, das die Rechtsfolgen von Amtspflichtverletzungen aller Beamten betrifft. Es liegt also insoweit keine Veranlassung vor, das Ges. v. 7. April 1937 ausdehnend auszulegen.

Zum anderen gilt das Ges. v. 7. April 1937 nur für den Rückgriffsanspruch, der dem Dienstherrn aus seiner Inanspruchnahme aus einem von dem Soldaten einem Dritten zugefügten Schaden erwachsen ist. Nur insoweit ist die Haftung des Soldaten beschränkt. Eine Ausdehnung dieser Beschränkung auf die Fälle, in denen der Dienstherr selbst geschädigt ist, ist nicht zu rechtfertigen. Der Ausdehnung des Gesetzes widerspricht schon seine Bezeichnung als „Gesetz über die Beschränkung der Rückgriffshaftung“. Auch der eindeutige Wortlaut des Gesetzes, der nur von der Rückgriffshaftung handelt, läßt eine ausdehnende Auslegung nicht zu. Der ausdehnenden Auslegung widerspricht weiter der Vergleich mit § 23 Abs. 2 DWG., welcher Vorschrift es, wie die amtliche Erläuterung ergibt, nachgebildet ist. Auch dort ist nur für den Fall, in dem der Beamte dem Dienstherrn aus dessen Inanspruchnahme durch einen Dritten haftet, die Ersatzpflicht auf vorläufige oder grobfahrlässige Schadenszufügung durch den Beamten beschränkt, nicht aber für den Fall unmittelbarer Schädigung des Dienstherrn durch den Beamten, die in Abs. 1 a. a. D. abweichend geregelt ist.

An der gesetzlichen Regelung scheidet schließlich die Berufung des Befehl. auf das ArbStG. (ArbStG. 30, 3). Dort hat es sich um einen nichtbeamteten Zivilkraftwagenführer des Wehrkreiskommandos gehandelt. Für den beamteten Kraftwagenführer können die dort angestellten Ermäßigungen angesichts des gesetzlich festgelegten Haftungsumfanges nicht Platz greifen.

Danach sind alle Einwendungen des Befehl. gegen den Klageanspruch rechtsirrig.

Erwähnt soll noch werden, daß die Einwendungen des Befehl. auch insoweit nach dem Ges. v. 7. April 1937 nicht schlüssig oder zum mindesten ungenau und unvollständig vorgetragen sind, als leiblich allgemein und ohne Begründung geltend gemacht worden war, der Befehl. habe nur fahrlässig gehandelt. Der Befehl. hätte, um einen schlüssigen Einwand aus dem Ges. v. 7. April 1937 herleiten zu können, unter Darlegung der Tatumstände einwenden müssen, daß ihn nur einfache, keine grobe Fahrlässigkeit trafe.

(RG., III. ZivSen., U. v. 15. Juli 1938, III 207/37.)

[Ba.]

*

41. RG. — § 839 BGB.; Art. 131 WeimVerf.; §§ 1, 3 RStafG.; § 86 RVerfG.; § 77 WehrmVerfG.; § 73 Gef. über die Verf. in Versorgungssachen. § 73 Gef. über die Verf. in Versorgungssachen bezieht sich nur auf Versorgungsansprüche und schließt daher für einen auf Amtshaftung gestützten Anspruch den Rechtsweg vor den ordentlichen Gerichten nicht aus.

Am 30. März 1936 erlitt der Sohn des Kl. im militärischen Dienst einen tödlichen Unfall. Er befand sich als Beifahrer eines von einem anderen Soldaten gesteuerten Kraftfahrtrads auf einer Dienstreise. Infolge Verschuldens oder Mitverschuldens des Lenkers stieß das Kraftrad mit einem Personenkraftwagen zusammen. Der Sohn des Kl. starb alsbald an den dabei erlit-

tenen Verletzungen. Ein Antrag des Kl. auf Bewilligung einer Elternrente wurde im Februar 1937 von der Militärversorgungsbehörde wegen Fehlens der in § 45 Abs. 2 und 4 RVerfG. genannten Voraussetzungen abschlägig beschieden, zugleich wurde auch die Bewilligung einer Elternbeihilfe gemäß § 45 Abs. 3 a. a. D. mangels vorhandener Bedürftigkeit abgelehnt.

Der Kl. erhebt nunmehr gegen das Deutsche Reich Schadensersatzansprüche auf Grund des Art. 131 WeimVerf., da der Tod seines Sohnes durch eine schuldhaftige Dienstpflichtverletzung eines Soldaten bei Ausübung der öffentlichen Gewalt verursacht sei. Er verlangt die Erstattung seiner Auslagen für die Beerdigung seines Sohnes. Der Befehl. beruft sich demgegenüber auf § 86 Abs. 1 RVerfG., wodurch jeder über dieses Gesetz hinausgehende Anspruch des Kl. ausgeschlossen sei.

Das BG. hat den Klageanspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Das BG. hat jedoch die Klage wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs abgewiesen. Auf Rev. des Kl. hat das RG. den Rechtsweg für zulässig erklärt, im übrigen an das BG. zurückverwiesen.

Das BG. nimmt an, daß der Rechtsweg für die Klage unzulässig sei. Diese vom RevG. von Amts wegen nachzuprüfende Auffassung ist jedoch unhaltbar.

Das BG. geht davon aus, daß der Kl. durch § 86 Abs. 1 RVerfG., letzte Fass. v. 22. Dez. 1927 (RGBl. I, 515), auf die ihm nach diesem Gesetz etwa gebührenden Versorgungsleistungen beschränkt sei, während darüber hinaus, für weitergehende, auf andern Rechtsgründen beruhende Ersatzansprüche des Kl. gegen das Deutsche Reich kein Raum bleibe. Daher könne es sich in Wahrheit nur um eine Versorgungssache handeln; in Versorgungssachen sei aber der Rechtsweg vor den ordentlichen Gerichten durch § 73 Gef. über das Verf. in Versorgungssachen, letzte Fass. v. 2. Nov. 1934 (RGBl. I, 1113) ausdrücklich ausgeschlossen.

Diese Ausführungen übersehen, daß die Klage keinen Versorgungsanspruch zum Gegenstand hat, sondern einen Amtshaftungsanspruch, der ausdrücklich auf Art. 131 WeimVerf. i. Verb. mit § 1 Abs. 1 und 3 RStafG. v. 22. Mai 1910 sowie mit §§ 839, 844 BGB. gestützt ist. Das Vorbringen des Kl. umfaßt zudem alle Tatbestandsmerkmale, die für die Amtshaftung in Betracht kommen und sich keineswegs mit den versorgungsrechtlichen Tatbeständen decken. Es ist also nicht so, daß der Kl. dem Gerichte in Wahrheit nur einen Versorgungsanspruch im Gewande einer Amtshaftungsklage unterbreitet hat. Für die ganz unperfekter geltend gemachte Amtshaftung aber kann dem Kl. nach Art. 131 Satz 3 WeimVerf. und § 3 RStafG. der Rechtsweg vor den ordentlichen Gerichten nicht verschlossen sein.

Freilich mögen sich aus § 77 WehrmVerfG., letzte Fass. v. 19. Sept. 1925 (RGBl. I, 349) i. Verb. mit § 86 Abs. 1 RVerfG. Bedenken gegen die Berechtigung seines Anspruchs ergeben. Insoweit konnte aber nicht anders als sachlich-rechtlich darüber entschieden werden, ob der Anspruch durch die vor genannten Bestimmungen ausgeräumt wird und der Kl. auf rein versorgungsrechtliche Ansprüche beschränkt bleibt. Gerade diese Entscheidung hatte der Kl. begehrt und konnte er, wie bereits ausgeführt, auch verlangen. Das BG. hat sie ihm jedoch verweigert, indem es die Zulässigkeit des Rechtswegs verneint hat. Daß das zu Unrecht geschehen ist, liegt auf der Hand. Die Bestimmung in § 73 des oben bezeichneten VerfahrensG. kann hier nicht Platz greifen, weil die Parteien nicht über Grund oder Höhe eines Versorgungsanspruchs, sondern eines Amtshaftungsanspruchs streiten. An der Zulässigkeit des Rechtswegs kann somit nicht gezweifelt werden.

Auf die sachlich-rechtlichen Ausführungen des BG. kann nicht eingegangen werden, da sie nicht zu einer Sachentscheidung geführt haben und das RevG. sich nur mit der ausgesprochenen Prozeßabweisung zu befassen hat. In diesem Rahmen aber sind sie unbeachtlich und als nicht geschrieben zu behandeln (vgl. RGZ. 154, 167 = JW. 1937, 1704 u. ö.).

(RG., III. ZivSen., U. v. 8. Juli 1938, III 203/37.)

[Ba.]

Rechtsanwaltsordnung

42. OLG. — § 20 Abs. 5 RAO. Der auswärtige Simultananwalt kann seine Reisekosten zum OLG. erstattet verlangen, soweit bei Zuziehung eines am Orte des Prozessgerichts tätigen Anwalts gleichhohe erstattungsfähige Kosten entstanden wären. †)

Das OLG. hat von der Kostenrechnung des Kl. die Reisekosten seines Prozessbevollmächtigten, eines auswärtigen Simultananwalts, von dessen Wohnort nach dem Sitz des OLG. zur Wahrnehmung der Verhandlungstermine gestrichen, weil sie Mehrkosten i. S. des § 20 Abs. 5 RAO. und daher nicht erstattungsfähig seien. Das OLG. hat auf die sofortige Beschw. des Kl. den Beschluss aufgehoben und anderweitige Festsetzung der Kosten angeordnet.

§ 20 Abs. 5 RAO. bestimmt, daß die Mehrkosten, welche bei der Vertretung einer Partei vor einem Kollegialgericht durch einen bei diesem zugelassenen Rechtsanwalt dadurch entstehen, daß der Anwalt seine Kanzlei nicht am Orte des Gerichts hat, die Gegenpartei zu erstatten nicht verpflichtet ist. Diese Vorschrift, nach welcher also dem Gegner durch Beauftragung eines auswärtigen sogenannten Simultananwalts keine Mehrkosten entstehen dürfen, soll eine Benachteiligung des Gegners mit höheren Kosten vermeiden, andererseits ihn aber auch nicht auf Kosten der erstattungsberechtigten Partei begünstigen. Dieser Zweck wird nicht dadurch erreicht, daß Reisekosten des Simultananwalts von seinem Wohnort nach dem Orte des Prozessgerichts einfach als Mehrkosten gestrichen werden; es muß vielmehr nach der auch schon von verschiedenen anderen OLG. vertretenen Ansicht (so Köln: JW. 1937, 3052⁴⁸; Arel: M. d. RRA. 1937, 163 Nr. 108; RG.: JW. 1938, 60⁴⁹) richtig in der Weise verfahren werden, daß eine vergleichende Gegenüberstellung der gesamten der obliegenden Partei infolge der Beauftragung des auswärtigen Simultananwalts erwachsenen tatsächlichen Kosten mit denjenigen (fiktiven) Gesamtkosten erfolgt, die ihr entstanden wären, wenn sie einen am Orte des Prozessgerichts selbst ansässigen Anwalt beauftragt haben würde. Dabei müssen alle damit zusammenhängenden Kosten berücksichtigt werden. Also insbes. einerseits nicht bloß die Kosten für die Reisen des Simultananwalts zum Prozessgericht, sondern auch seine Reisekosten zu dem im vorl. Falle stattgehabten anderweitig auswärtigen Ortstermin und weiter die der Partei selbst für ihre Informationsreisen zu ihrem Anwalt entstandenen notwendigen Kosten, gegenüber andererseits den notwendigen Kosten, welche dem am Gerichtssitz ansässigen Anwalt für die (sehr wahrscheinlich für ihn kostspieligere) Reise zum auswärtigen Ortstermin und der Partei selbst für notwendige (hier auch wahrscheinlich kostspieligere) Informationsreisen zu diesem Anwalt hin entstanden sein würden. Ergibt sich aus dieser Gegenüberstellung, daß die tatsächlich entstandenen Kosten die anderenfalls vermutlich entstandenen (fiktiven) Kosten überstiegen haben, dann ist der Überschuß — aber nur dieser und nicht eben schlechthin der Betrag der Reisekosten des Simultananwalts zum Prozessgericht — „Mehrkosten“ i. S. des § 20 Abs. 5 und von der Erstattungspflicht ausgeschlossen. Nach § 42 RAO. macht es dabei auch nichts aus, daß der Simultananwalt hier seiner Partei als ArmAnw. beigeordnet gewesen ist. Bei der Gegenüberstellung ist weiterhin noch die Vorschrift des § 79 Abs. 3 RAO. GebD. zu beachten, nach welcher bei einer zur Ausführung mehrerer Geschäfte vom Anwalt unternommenen Reise die dadurch erzielte Kostenersparnis entsprechend zu verteilen ist, also in diesem Falle von dem Betrage der Reisekosten des Simultananwalts zum Prozessgericht entsprechend abzusetzen sein würde. Da dem Beschw. die dazu noch erforderlichen Unterlagen fehlen, ist unter Aufhebung des angefochtenen Beschlusses die anderweitige Kostenfestsetzung nach Maßgabe der oben erörterten Gesichtspunkte auf Grund des § 575 ZPO. dem UrV. des OLG. übertragen worden.

(OLG. Naumburg, 7. ZivSen., Beschl. v. 23. Aug. 1938, 7 W 108/38.)

Anmerkung: Die vorstehende Entsch. bricht erneut in begrüßenswerter Weise mit der von manchen Gerichten gepflogenen Übung, ohne Berücksichtigung des Einzelfalles Reiseauslagen des sogenannten Simultananwalts schematisch als „Mehrkosten“ i. S. des § 20 Abs. 5 RAO. bei der Kostenfestsetzung abzusetzen.

Die Entsch. ist wichtig für Rechtsanwälte, die nicht am Gerichtsort eines Kollegialgerichts ihre Kanzlei besitzen, wenn auch die Entsch. keineswegs nun etwa besagt, daß Reiseauslagen für Fahrten vom Kanzleiort zum Gerichtsort stets erstattungspflichtig sind.

Es ist vielmehr von Fall zu Fall bei der Kostenfestsetzung vergleichend zu prüfen, ob die Inanspruchnahme des auswärtigen Simultananwalts mehr Kosten verursacht hat, als es eines am Ort des Kollegialgerichts selbst ansässigen Rechtsanwalts ge-

tan hätte. Darüber hinaus hat das OLG. Naumburg auch wieder festgestellt, daß Informationsreisen der Partei zu ihrem Prozessbevollmächtigten durchaus notwendig und deren Kosten daher erstattungsfähig sein können.

RA. Dr. Graf Westarp, Berlin.

*

43. OLG. — § 98 RAO.; § 50 RAO. GebD.; § 91 ZPO. Ist für einen Rechtsanwalt, gegen den ein Vertretungsverbot besteht, ein Stellvertreter nach § 98 RAO. bestellt worden und ist dadurch ein Anwaltswechsel notwendig geworden, daß während des Rechtsstreits und obwohl die Zulassung des Rechtsanwalts beim Prozessgericht noch fortbesteht, die Bestellung des Stellvertreters widerrufen worden ist, so ist die unterlegene Gegenpartei zur Erstattung der Kosten beider Rechtsanwälte verpflichtet.

Der Besl. hatte zunächst den RA. M. als Prozessbevollmächtigten bestellt. Gegen diesen war schon damals ein Vertretungsverbot verhängt, doch war der RA. W. für ihn als Stellvertreter bestellt. Nach Abschluß der Beweisaufnahme ist der Besl. durch RA. J. vertreten worden.

Der Besl. verlangt die Erstattung der Kosten sowohl des RA. M. wie des RA. J., weil der Anwaltswechsel dadurch notwendig geworden sei, daß der LGPräs. unvorhersehbarerweise im Laufe des ersten Rechtszugs die Bestellung des RA. W. als Stellvertreter für RA. M. zurückgezogen habe. Vom UrV. sind die Kosten antragsgemäß auf 218,31 RM festgesetzt worden. Die Kl. hat Erinnerung erhoben und beantragt, die Kosten auf 119,34 RM herabzusetzen. Sie hat geltend gemacht, daß der Besl. zur Vermeidung der Kosten eines zweiten Anwalts den schon als Stellvertreter des RA. M. mit dem Prozeß befaßt gewesenen RA. W. mit seiner weiteren Vertretung hätte beauftragen müssen.

Das OLG. hat die Kosten des Besl. antragsgemäß auf 119,34 RM herabgesetzt. Es hat dazu vornehmlich ausgeführt: Entgegen einer früheren Rpr., die allein auf die objektive Notwendigkeit des Anwaltswechsels abgestellt habe, seien nach neuerer Auffassung die Mehrkosten dann nicht als erstattungsfähig anzuerkennen, wenn — wie im vorl. Falle — entweder die Partei selbst oder ihren Anwalt eine Schuld an dem Wechsel treffen. Falls dem Besl. das gegen RA. M. verhängte Vertretungsverbot bekannt gewesen sei, habe er von Anfang an einen anderen Anwalt beauftragen müssen, weil zu befürchten gewesen sei, daß RA. M. den Rechtsstreit nicht bis zu Ende durchführen könne. Sofern RA. M. es unterlassen haben sollte, den Besl. über das bestehende Vertretungsverbot aufzuklären, stehe ihm, soweit durch den Anwaltswechsel Mehrkosten entstanden seien, keine Vergütung zu.

Die vom Besl. eingelegte Beschw. ist begründet.

Bei der Entsch. ist von der Regelung in § 91 Abs. 2 Satz 2 ZPO. auszugehen, nach der die Kosten mehrerer Rechtsanwälte, soweit sie die Kosten eines Rechtsanwalts übersteigen, nur erstattungsfähig sind, wenn in der Person des Rechtsanwalts „ein Wechsel eintreten mußte“. Wie der Senat schon in dem Beschl. 14 W 6/36 v. 9. Jan. 1936 (SächsRRApr. 36 Nr. 830) ausgeführt hat, muß die Partei bei allen kostenverursachenden Prozessmaßnahmen — und deshalb auch hinsichtlich der Anwaltsvertretung — auf die Gegenpartei billige Rücksicht nehmen, und sie kann deshalb solche Kosten nicht erstattet verlangen, die sie im Rahmen zweckentprechender Rechtswahrgabe vermeiden konnte. Dies gilt bei einem Anwaltswechsel hinsichtlich der entstehenden Mehrkosten, wenn die Partei von vornherein wußte oder wissen mußte, daß der von ihr zuerst beauftragte Anwalt den Rechtsstreit in der Instanz nicht zu Ende führen könne (so z. B. auch *Jonas-Pohle*, 16. Aufl. der ZPO., § 91 XI 5 a). Liegt eine solche Erkennbarkeit für die Partei nicht vor, so ist die Erstattungspflicht für die Kosten ihrer mehreren Anwälte — wie der Senat in dem schon angeführten Beschl. für den Fall der Zulassungsaufgabe durch den erstbestellten Rechtsanwalt ausgesprochen und auch in seinem Beschl. 14 W 95/37 v. 9. März 1937 (SächsArch. 38, 22) erneut ausgeführt hat — davon abhängig, ob die Partei nach § 50 RAO. GebD. verpflichtet ist, dem Anwalt, der die Instanz nicht zu Ende führt, die Gebühren zu zahlen, obwohl sie dieselben Gebühren auch an den an seiner Stelle bestellten zweiten Anwalt entrichten muß. Der Senat hat damit die insbes. vom RG. ständig vertretene Auffassung (vgl. z. B. JW. 1934, 2170; 1937, 3042⁵⁰) abgelehnt, daß es auch beim Wahlanwalt nicht darauf ankomme, ob der Rechtsanwalt durch die Aufgabe der Zulassung nach § 50 RAO. GebD. seinen Gebührenanspruch gegen die Partei verloren habe, und daß der Erstattungsanspruch wegen der Mehrkosten schon abzulehnen sei, wenn der Anwalt sein vorzeitiges Ausscheiden zu vertreten habe.

Den Fall, daß der Anwaltswechsel dadurch notwendig geworden ist, daß die Bestellung des Stellvertreters für einen mit Vertretungsverbot belegten Rechtsanwalt im Laufe der Instanz widerrufen worden ist, hat der erf. Sen. noch nicht entschieden.

Soweit ersichtlich, liegen für einen solchen Tatbestand auch anderwärtige Entscheidungen nicht vor. RG.: JW. 1934, 1179 und Ziel: DRetzpsf. 1936 Nr. 708 behandeln nur den Fall, daß ein Vertretungsverbot ergangen ist, ohne daß ein Stellvertreter nach § 98 RAO bestellt worden ist. Für die Beurteilung des hier vorl. Falles des Widerrufs der Stellvertretung haben die nach den vorstehenden Darlegungen in der Rspr. des Senats zur Auslegung des § 91 Abs. 2 Satz 2 ZPO. entwickelten Rechtsgedanken wegen ihrer allgemeinen Bedeutung gleichermäÙen zu gelten. Der vom Besl. geltend gemachte Erstattungsanspruch besteht also zu Recht, wenn einerseits der Besl. die Kosten der beiden Anwälte zu bezahlen hat, und wenn er andererseits nicht von vornherein wissen mußte, daß R. M. die Instanz nicht — selbst oder durch seinen Stellvertreter — zu Ende führen könne.

Wie die dem Senat vorl. Beschlufsabschrift ergibt, hat das Ehrengericht der Sächs. Anwaltskammer am 28. Sept. 1935 das Vertretungsverbot gegen R. M. verhängt, weil mit seinem Auskunfts des Präs. des LG. D. ist R. M. aber noch jetzt bei diesem Gerichte zugelassen. Das ehrengerichtliche Verfahren ist gegenwärtig in der VerInst. anhängig. Als der vorl. Rechtsstreit begann, und der Besl. dem R. M. Anfang Februar 1937 Vertretungsauftrag erteilte, bestand also das Vertretungsverbot schon längere Zeit, andererseits war damals und auch am 15. April 1937, als die Bestellung des R. M. als Vertreter für R. M. widerrufen wurde, das ehrengerichtliche Hauptverfahren noch nicht bis zur erstinstanzlichen Entscheidung gediehen. Bei dieser Sachlage brauchte R. M., als er vom Besl. den Prozeßauftrag für den vorliegenden, nicht langwierigen Rechtsstreit entgegennahm, nicht damit zu rechnen, daß ihm durch einen früheren Abschluß des Ehrengerichtsverfahrens (bei seinem ungünstigen Ausgang) die Möglichkeit genommen werde, die Instanz zu Ende zu führen. Noch weniger konnte er annehmbar voraussehen, daß, nachdem einmal durch die Bestellung des R. M. zu seinem Vertreter vor den Gerichten das Bedürfnis hierfür bejaht worden war (§ 98 RAO.), diese Bestellung vor der Erledigung des Ehrengerichtsverfahrens widerrufen werden würde. Das muß um so mehr gelten, als es sich hierbei — wie auch der Präsident der Rechtsanwaltskammer in seiner Auskunft hervorhebt — wohl um den ersten derartigen Widerruf in Sachen handelt. Daß R. M. überhaupt noch Prozeßführungsaufträge annahm, ist ihm nicht zum Vorwurf zu machen. Das verhängte Vertretungsverbot hinderte ihn als vorläufige Maßnahme nicht, seine Praxis — soweit erforderlich durch den bestellten Vertreter — fortzuführen. Unter diesen Umständen bedeutete es kein Verschulden, wenn er den Besl. bei der Annahme des Auftrags auf das bestehende Vertretungsverbot nicht hingewiesen haben sollte. Da somit eine schuldhaftige Vertragsverletzung (§§ 628, 325 BGB.) auf Seiten des R. M. nicht nachweisbar ist, hat der Besl. ihm ungeachtet dessen, daß der Rechtsanwalt den Auftrag nicht zu Ende führen konnte, nach § 50 RAO. die bis zu dessen Erledigung erwachsenen Gebühren zu bezahlen.

Könnte aber hiernach nicht einmal der erstbestellte Anwalt mit der vorzeitigen Aufhebung der Vertretung rechnen, so war der Besl., der im Zweifel die einschlägigen Vorschriften der RAO. nicht kennt, noch weniger in der Lage, die Möglichkeit des dann notwendig gewordenen Anwaltswechsels im voraus abzusehen, selbst wenn er bei der Auftragserteilung von dem Vertretungsverbot des R. M. Kenntnis gehabt haben sollte.

Unter diesen Umständen hat der Besl. entgegen den Ausführungen des LG. einen Erstattungsanspruch für die Kosten beider Anwälte. Ihr Betrag wäre auch dann nicht niedriger, als sie der Besl. berechnet, wenn er an Stelle des R. M. 3. alsbald den R. M. nach dem Ausscheiden des R. M. mit seiner Vertretung beauftragt hätte. Denn als Vertreter hatte W. den Prozeß für den Rechtsstreit und für dessen Rechnung geführt. Wäre er nachher persönlich beauftragt worden, so wäre ebenso ein Anwaltswechsel mit der Folge selbständiger Gebührenansprüche für W. eingetreten, wie es durch die Beauftragung des R. M. 3. geschehen ist. Ebenso wenig scheint dieser befugt oder verpflichtet, sich auf seine Gebührenansprüche die bereits bei R. M. erwachsenen Gebühren anrechnen zu lassen. Auch das RG. nimmt in seiner — von dem erst. Sen. nicht geteilten — Rspr. eine solche Anrechnungspflicht nur im Falle eines durch den politischen Umbruch notwendigen Anwaltswechsels an (vgl. RG.: JW. 1933, 2778).

(LG. Dresden, 14. ZivSen., Beschl. v. 15. Juli 1938, 14 W 76/38.)

Zivilprozeßordnung außer §§ 114—127 Zivilprozeßordnung

44. ZG. — § 91 ZPO. Die Kosten der Prozeßvertretung durch eine genossenschaftliche Treuhandstelle sind nicht erstattungspflichtig.

Die klagende Genossenschaft hat einer genossenschaftlichen Treuhandstelle (einer GmbH.) Prozeßvollmacht erteilt. Sie hat gegen die Besl., welche durch gerichtlichen Vergleich die Kosten des Rechtsstreits übernommen haben, die Kostenfestsetzung in Höhe von 69,68 RM beantragt und hierbei für ihre Prozeßbevollmächtigte Kosten in Höhe von halben Anwaltsgebühren nebst Umsatzsteuer und Tage- und Abwesenheitsgelder mit insgesamt 52,24 RM berechnet, die der UrV. abgesetzt hat. Das UG. hat die Erinnerung der Kl. durch den angefochtenen Beschluß zurückgewiesen.

Die von der Prozeßbevollmächtigten der Kl. eingelegte sofortige Beschw. ist zulässig nach §§ 104 Abs. 3, 567 Abs. 2 Satz 2, 577 Abs. 2 ZPO. Zwar führt Sydow-Busch, „ZPO.“²¹, § 79 Anm. 1 aus, daß juristische Personen nicht zu Bevollmächtigten bestellt werden könnten; die Bevollmächtigung einer juristischen Person sei jedoch nicht schlechthin unwirksam, sondern es sei im Wege der Auslegung festzustellen, ob die Bevollmächtigung auf eine für die juristische Person handelnde physische Person zu beziehen sei, wobei nicht nur der gesetzliche Vertreter der juristischen Person in Betracht komme, sondern außer ihm auch andere Personen bevollmächtigt sein könnten, die nach der im Verkehr bestehenden üblichkeit als Vertreter der juristischen Person zu handeln pflegten (z. B. in handelsrechtlichen Angelegenheiten Prokuristen und Angestellte). Eine solche Auslegung führt hier dazu, daß auch der Geschäftsführer und die Prokuristen der Treuhandstelle als bevollmächtigt angesehen werden können. Im übrigen wird nach § 3 Ziff. 7 des Ges. über die Verhütung von Mißbräuchen auf dem Gebiete der Rechtsberatung vom 13. Dez. 1935 (RGBl. I, 1478) durch dieses Ges. die Tätigkeit von genossenschaftlichen Treuhandstellen nicht berührt, soweit sie im Rahmen ihres Aufgabenbereichs ihre Mitglieder, die ihnen angehörenden genossenschaftlichen Einrichtungen oder die Mitglieder oder Einrichtungen der ihnen angehörenden Genossenschaften betreuen. Und nach dem Handelsregisterauszug der Prozeßbevollmächtigten der Kl. bildet den Gegenstand des Unternehmens der Betrieb eines Revisions-, Buchführungs-, Treuhand-, Rechtsberatungs- und Inkassogeschäfts, das den Interessen des Brandenburgerischen Provinzialverbandes ländlicher Genossenschaften e. V. zu D. und denen seiner Mitglieder dienen soll. Bank- und Handelsgeschäfte für eigene Rechnung sowie alle Geschäfte, die dem Begriff einer Treuhandgesellschaft zuwiderlaufen, sind ausgeschlossen. Ist hiernach die Prozeßbevollmächtigte der Kl. als genossenschaftliche Treuhandstelle zur Rechtsberatung zugelassen, so mag daraus, wie das UG. im angef. Beschl. ausgeführt hat, folgen, daß sie berechtigt ist, als Prozeßbevollmächtigte aufzutreten, nicht aber, daß die Kl. für ihre Tätigkeit Gebühren eines Prozeßagenten erstattet verlangen kann.

Wieweit die Gebühren von Parteivertretern erstattungsfähig sind, ist in § 91 ZPO. nur für Rechtsanwälte ausdrücklich geregelt¹⁾. Nach dem zweiten Absatz dieser Vorschrift sind die Gebühren und Auslagen des Rechtsanwalts der obsiegenden Partei in allen Prozessen zu erstatten. Die beschließende Kostenkammer wendet in ständiger Rspr. (vgl. Willenbücher, „Kostenfestsetzungsverfahren“¹² S. 118) die Vorschrift des § 91 Abs. 2 ZPO. auf zugelassene Prozeßagenten entsprechend an, so daß im Einzelfalle nicht zu prüfen ist, ob die Annahme des Prozeßagenten notwendig war oder nicht. Bei den Prozeßagenten handelt es sich aber um Personen, denen das mündliche Verhandeln vor Gericht durch Anordnung der Justizverwaltung gestattet ist (§ 157 Abs. 3 ZPO.). Sie betreiben ihr Gewerbe im Vertrauen auf die staatliche Zulassung. Und auch die Rechtsbeistände erhalten von der zuständigen Behörde eine Erlaubnis zur Versorgung fremder Rechtsangelegenheiten. Ist die Erwerbsstellung als Prozeßagent oder Rechtsbeistand von der Justizverwaltung zugelassen, so hat dem auch die Rspr. in Kostensachen Rechnung zu tragen, wobei jedoch die Beschwerdekammer die Erstattung von Gebühren bei dem Betriebe eigener Angelegenheiten verweigert (Willenbücher a. a. O. und Beschl. v. 4. März 1938 — 227 T 2105/38).

Die Kosten von Parteivertretern, die weder Anwälte sind noch ihnen gleichstehen, weder Prozeßagenten noch Rechtsbeistände sind, können regelmäßig nicht als i. S. des § 91 Abs. 1 ZPO. notwendig und erstattungsfähig angesehen werden. Denn

¹⁾ Val. jetzt die nach Verkündung des obigen Beschlusses erlassenen UrV. des RSM. v. 16. Sept. 1938: JW. 1938, 2607.

meist sind genügend Rechtsanwälte oder Prozeßagenten vorhanden. Zwar können die Parteien nach §§ 79, 90 ZPO. den Amtsgerichtsrechtsstreit durch jede prozeßfähige Person als Bevollmächtigte führen, oder mit jeder prozeßfähigen Person als Beistand erscheinen, und nach dem Rechtsberatungsg. vom 13. Dez. 1935 bleibt die Tätigkeit der genossenschaftlichen Treuhänderstellen unberührt. Damit ist aber nicht die Frage entschieden, ob die dadurch entstandenen Kosten zu erstatten sind; dies ist nach § 91 Abs. 1 ZPO. zu prüfen und in der Regel zu verneinen, weil sich die Partei eines Rechtsanwalts oder Prozeßagenten hätte bedienen können (Willenbücher S. 117). So liegt es hier. Denn beim AG. D. sind genügend Rechtsanwälte und Prozeßagenten zugelassen.

Die Beschwerdekommission hat denn auch regelmäßig die der Partei durch die Terminswahrnehmung von Angestellten entstandenen Zeitverräumniskosten für nicht erstattungsfähig erklärt (Willenbücher S. 90). Wie bereits das AG. im angefochtenen Beschluß ausgeführt hat, ersetzt die Treuhänderstelle der Kl. eine Rechtsabteilung, deren Kosten auch sonst nicht erstattungspflichtig sind (Willenbücher S. 122).

Welchen Entlohnungsanspruch die Prozeßbevollmächtigte gegen die Kl. hat, kann dahingestellt bleiben, da es sich hier um die Frage handelt, ob die Kl. gegen die Befl. einen Anspruch auf Erstattung der Kosten der Treuhänderstelle hat, und diese Frage, wie oben ausgeführt, zu verneinen ist. (AG. Berlin, 27. [Kosten-] ZR., Beschl. v. 6. Aug. 1938, 227 T 6842/38.)

*

45. RG. — § 100 ZPO. Kostenfestsetzung bei Obliegen des Kl. nur gegen einen von mehreren Streitgenossen, insbef. wenn gegen einen von ihnen die Kostenentscheidung noch aussteht.

Die der Kostenfestsetzung zugrunde liegende Kostenentsch. lautet dahin: „Die Kosten des Rechtsstreits trägt die Befl. zu 1 mit Ausnahme derjenigen Kosten, die durch die Klage gegen die Befl. zu 2 entstanden sind; diese fallen dem Kl. zur Last.“ Die Kostenfestsetzung in derartigen Fällen hat nach der von den Vorinstanzen mit Recht in bezug genommenen grundsätzlichen Rspr. des Senats (20 W 12 909/30 v. 12. Jan. 1931, bei Gaedele, „KostRspr.“ 1938 Nr. 410) in entsprechender Anwendung der Grundzüge des § 100 Abs. 1—3 ZPO. zu erfolgen. Die Regel ist also, daß ebenso, wie wenn der Kl. gegenüber beiden Befl. obgesiegt hätte, auch im Falle seines Ob-siegens nur gegen den einen Befl. von ihm die Kostenerstattung gleichwohl nur nach Kopfteilen verlangt werden kann. Nur bei einer erheblichen Verschiedenheit der Beteiligung am Rechtsstreit ist diese Beteiligung zum Maßstab zu nehmen.

Dabei ist die frühere grundsätzliche Entsch. einmal dahin zu ergänzen: Eine solche Verschiedenheit der Beteiligung umfaßt nicht nur die Beteiligung am Verfahren, so also wenn z. B. nur gegen einen der Streitgenossen eine Beweisaufnahme erfolgt, gegen den anderen nicht, sondern auch den Grad der Beteiligung am Prozeß selbst, d. h. den Umfang der Beteiligung der verschiedenen Streitgenossen am Streitgegenstand. Bessere Voraussetzung liegt hier vor, wo der Antrag des Kl. gegenüber der Befl. zu 1 auf 1507,65 RM, gegen die Befl. zu 2 dagegen nur auf 1057,65 RM gelautet hat.

Eine Ergänzung ist ferner dahin notwendig, daß die Kostenfestsetzung je nach dem Maß der Beteiligung nicht davon abhängig ist, daß das Prozeßgericht im Urteil eine entsprechende Verteilung ausdrücklich vorgenommen hat. Nach § 100 Abs. 2 ZPO. kann nach dem Ermessen des Gerichts die verschiedene Beteiligung der Streitgenossen am Rechtsstreite zum Maßstab für die Kostenverteilung genommen werden. Fehlt eine solche, von der Regel des Abs. 1 abweichende Verteilung, so ist für einen anderweiten Maßstab im Kostenfestsetzungsverfahren kein Raum. Denn darin würde eine vom Senat stets als unzulässig abgelehnte nachträgliche Korrektur der Kostenentsch. durch eine dazu nicht berufene Stelle liegen. Um eine solche Korrektur handelt es sich aber nicht, wenn bei einer in obiger Weise ergangenen Kostenentsch. im Kostenfestsetzungsverfahren versucht wird, durch eine Auslegung der Entsch., so wie sie einmal ergangen ist, dem Willen des Gerichts nach Maßgabe der geltenden Gesetzesvorschriften gerecht zu werden. Indem die Kostenentsch. nur gleichsam rahmenmäßig die hinsichtlich jedes einzelnen Streitgenossen erwachsenen Kosten in der Weise gegeneinander abgrenzt, daß es zwischen den gegenüber dem einen und zwischen den gegenüber dem anderen Befl. entstandenen Kosten unterscheidet, gibt sie zu erkennen, daß nicht etwa schlechthin eine Kostenverteilung nur nach Kopfteilen stattfinden solle. Denn diesfalls würde eine quotenmäßige Verteilung der Kosten ohne weiteres möglich gewesen sein. Vielmehr muß eine solche Kostenentsch. dahin gedeutet werden, daß eben gerade bei erheblich verschiedener Beteiligung der verschiedenen Streitge-

nossem am Rechtsstreit damit, wenn auch nicht ziffernmäßig, so doch dem Grunde nach zum Ausdruck gebracht wird, daß die gegen den einen und gegen den anderen Streitgenossen entstandenen Kosten nach dem Maßstab der Beteiligung der verschiedenen Streitgenossen am Rechtsstreit bemessen sein sollen, wobei das Prozeßgericht die Errechnung dieses Maßstabes dem Kostenfestsetzungsverfahren überläßt. Mag auch diese Art des Verfahrens des Prozeßgerichts verfahrensrechtlich nicht völlig einwandfrei sein, so ist es doch praktisch weitgehend in Übung. Der so zum Ausdruck gekommene Wille des Gerichts, die Kosten nicht mechanisch zu verteilen, kann daher nicht dadurch mißachtet werden, daß es mangels eines ziffernmäßig festgelegten verschiedenen Maßstabes nunmehr auch für die Kostenfestsetzung bei der Kostenerstattung nach Kopfteilen bewendet.

UrKB. und das AG. haben nun aber im vorl. Falle nur die Regel des Abs. 1 des § 100 ZPO. angewandt, obwohl nach dem tatsächlichen Sachverhalt die Beteiligung der allein unterlegenen Befl. zu 1 am Rechtsstreit eine von der Beteiligung der anderen Befl. erheblich verschiedene, nämlich eine höhere gewesen ist. Beide Befl. sind gleichmäßig an dem Streitgegenstand in Höhe von 1057,65 RM in vollem Umfang beteiligt gewesen, die Befl. zu 1 darüber hinaus allein noch in Höhe weiterer 450 RM. Folglich hat folgende Gebührenberechnung einzusetzen: Eine Gebühr nach dem Streitwert von 1057,65 RM beträgt 48 RM. Insondeme wegen gleicher Beteiligung beider Streitgenossen Haftung eines jeden auf die Hälfte, d. h. 24 RM. Eine Gebühr nach dem vollen Streitwert von 1507,65 RM beträgt 63 RM. Für den Unterschiedsbetrag zu der Gebühr von 48 RM haftet die Befl. zu 1 allein, so daß die Festsetzung gegen sie nicht nur, wie von den Vorinstanzen vorgenommen, in Höhe von 63:2 = 31,50 RM, sondern in Höhe von 24 + 15 = 39 RM je Gebühr zu erfolgen hat.

Bei dieser Berechnung ist allerdings nicht berücksichtigt, einmal daß der Antrag in Höhe von 1057,65 RM gegen beide Befl. als Gesamtschuldner gestellt worden ist, ferner der Umstand, daß zwar die Klage gegen die Befl. zu 2 abgewiesen worden ist, daß jedoch der Kl. gegen diese Abweisung Berufung eingelegt hat und der Rechtsstreit dieserhalb zur Zeit noch in der BerInst. schwebt. Es besteht folglich die Möglichkeit, daß nachträglich noch eine Beurteilung der Befl. zu 2, und zwar gesamtschuldnerisch mit der Befl. zu 1 haftend, erfolgt, in welchem Falle § 100 Abs. 4 ZPO. zur Anwendung zu kommen hätte, daß nämlich die mehreren Befl. auch für die Kosten als Gesamtschuldner haften. Doch hat der Senat bereits in der oben genannten grundsätzlichen Entsch. für Kostenentsch. der hier zur Erörterung stehenden Art ausgesprochen, daß der Gesichtspunkt des Abs. 4, falls bei vollem Obliegen des Kl. eine gesamtschuldnerische Haftung hätte in Frage kommen können, gegenüber der tatsächlich ergangenen Kostenentsch. mit ihrer Trennung zwischen den Kosten bezüglich des einen und bezüglich des anderen Streitgenossen zurückzutreten hat, andernfalls diese ausdrückliche Unterscheidung im Schuldtitel unbeachtet bleiben würde. Weiterhin würde aber selbst diese nachträgliche Beurteilung der Befl. zu 2 gesamtschuldnerisch mit der Befl. zu 1 sachlich das gegen diese letztere bereits ergangene rechtskräftige Urteil nicht mehr dahin ändern können, daß auch die Befl. zu 1 nunmehr gesamtschuldnerisch mit der Befl. zu 2 verurteilt ist, so daß in bezug auf sie auch eine gesamtschuldnerische Haftung wegen der Kosten, d. h. eine Verpflichtung zu voller Kostenerstattung, nicht in Frage kommen könnte. Allein schon damit erledigt sich die vom Senat auch erwogene, indes als einer verfahrensrechtlichen Grundlage entbehrende abgelehnte Möglichkeit, daß zwar zunächst eine Kostenfestsetzung nur nach Maßgabe des § 100 Abs. 1—3 erfolgt, diese aber — nach etwaiger Beurteilung auch der Befl. zu 2 — noch nach Maßgabe des § 100 Abs. 4 ZPO. ergänzt werden könnte. (RG., 20. ZivSen., Beschl. v. 13. Aug. 1938, 20 W 3445/88.)

*

46. RG. — § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Wird ein Teilbetrag eines Gesamtschadens eingeklagt, der sich aus verschiedenen Ansprüchen zusammensetzt, so hat das Gericht auf eine klarstellende Verteilung des Teilbetrages auf die mehreren Ansprüche oder auf eine Klarstellung hinsichtlich der Reihenfolge der Geltendmachung der Ansprüche (Eventualverhältnis) hinzuwirken.

In der neuen Verhandlung wird der BerK., bevor er auf die Sache selbst eingeht, folgenden Punkt klären müssen. Der Befl. hatte die „Geltendmachung mehrerer selbständiger Ansprüche in einer Klage“ als unzulässig bezeichnet. Das BG. meint, es liege nur eine Häufung von Klagegründen vor, dadurch mache der Kl. nicht mehrere Ansprüche geltend, auch dann nicht, wenn, wie im vorliegenden Fall, der Kl. nur

einen „Teilanspruch“ einlage, der gesamte Anspruch aber in seiner Höhe bei den verschiedenen Klagegründen verschieden sei. Maßgebend sei allein, daß der Kl. immer nur die Zahlung von 20 000 RM verlange, möchten diese nun in ihrer Gesamtheit aus dem einen oder aus dem anderen Klagegrund oder auch in Teilen aus den mehreren Klagegründen ihm zugesprochen werden. Die prozessuale Lage der vom Kl. gewählten Klagebegründung sei lediglich, daß das Gericht erst dann, wenn keine der vorgetragenen Tatsachen oder Tatsachenkomplexe den geltend gemachten Teilanspruch weder ganz noch zu einem Teil rechtfertige, die Klage abweisen könne. Diese Ausführungen können nicht gebilligt werden.

Nach § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. hat die Klage Gegenstand und Grund des erhobenen Anspruchs bestimmt zu bezeichnen, sie muß weiter einen bestimmten Antrag enthalten. Es darf kein Zweifel sein, welcher Anspruch oder welche Ansprüche rechtshängig sind und in welchem Umfang. Bestehen Unklarheiten, so hat das Gericht auf eine Klarstellung hinzuwirken. Es handelt sich dabei, wie der Senat im Ur. vom 8. Jan. 1937, II 122/36, ausgesprochen hat, um eine dem Gericht obliegende Pflicht, die selbst dann nicht entfällt, wenn eine Rüge von der Gegenpartei nicht erhoben oder auf eine Beanstandung verzichtet wird. Denn von der Klärung dieser Frage hängt regelmäßig der Umfang der Rechtskraftwirkung des ergehenden Urteils ab. Die rechtzeitige Klarstellung dieses Punktes liegt im öffentlichen Interesse. Ein Fall, in dem solche Unklarheiten häufig auftauchen, ist der, daß eine Schadensersatzklage auf mehrere Tatbestände gestützt und dabei behauptet wird, daß diese zusammen einen Anspruch oder Ansprüche ausgelöst hätten, die ihrem Umfang nach über den eingeklagten Betrag hinausgehen. Ein solcher Fall liegt hier vor. Das BG. meint, es sei nur ein Anspruch geltend gemacht, weil der Kl. immer nur die Zahlung von 20 000 RM verlange. Das ist ein Irrtum. Es handelt sich fast durchweg um offenbar verschiedene Ansprüche. So ist z. B. der Schadensersatzanspruch aus der behaupteten abredewidrigen Behandlung der sog. Depotwechsel gänzlich verschieden von dem aus der angeblichen Täuschung über die Verschaffung zweifelhafte Hypotheken oder dem aus der behaupteten Täuschung hinsichtlich des Eingangs der 122 000 RM. Eine Identität des geforderten Leistungsgegenstandes liegt hier in Wirklichkeit nicht vor. Im übrigen ist die Einheitlichkeit des Klagebegehrens noch kein Beweis dafür, daß nur ein Anspruch mit der Klage verfolgt wird. Schließlich rechtfertigt aber auch die Geltendmachung eines bestimmten Anspruchs noch nicht jede beliebige Vermengung von Klagegründen, wenn durch die Vermengung der gesetzlich geforderten Bestimmtheit der Angabe des Klagegrundes Abbruch getan wird. Das BG. wird daher diesen Punkt zunächst erneut prüfen und erforderlich falls auf eine dem Gebot des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Genüge tuende Klarstellung hinzuwirken müssen. Die Klarstellung kann dadurch erfolgen, daß der Kl. die verlangte Summe auf die einzelnen Ansprüche oder selbständigen Schadensgruppen verteilt oder eine genaue Reihenfolge (Eventualverhältnis) bestimmt, die das Gericht seiner Prüfung und Entscheidung zugrunde legt (vgl. auch die Entscheidungen in ZB. 1931, 2482¹²; 1933, 2949¹; 1934, 2974⁸ und 1936, 46¹³).

(RG., II. ZivSen., U. v. 17. März 1938, II 217/37.)

[Ba.]

*

47. RG. — § 263 Abs. 2 Ziff. 1 ZPO. Während die übereinstimmende Erklärung der Parteien, der Rechtsstreit sei in der Hauptsache erledigt, die Rechtshängigkeit nicht beeinflusst, wird sie beendet, wenn die eine Partei eine derartige Erklärung abgibt, die andere Abweiserungsantrag stellt, und das nun ergehende Urteil die Erledigung der Hauptsache rechtskräftig feststellt.

Die Einrede der Rechtshängigkeit greift nicht durch. Eine Klagerücknahme hinsichtlich des Herausgabeanspruchs, soweit er das Kind betrifft, ist zwar nicht erfolgt, wie sich aus der Wiedergabe der diesbezüglichen Ausführungen des Kl. im Vorprozess eindeutig ergibt. Der Senat vermag aber in dem Antrag des Kl. im Vorprozess auch nicht die Erklärung oder den Antrag, die Hauptsache für erledigt zu erklären, zu sehen. Denn es heißt dort ausdrücklich, daß er seinen Antrag, der

dahin ging, das Verschädnisurteil hinsichtlich der Herausgabe des Kindes und der übrigen Gegenstände aufrechtzuerhalten, mit der Maßgabe stellt, daß er zur Zeit die Herausgabe des Kindes und des Kinderbettes nicht verlange für die Dauer des Scheidungsprozesses. Erledigt sollte sich der Antrag also noch nicht haben, sondern er sollte für die angegebene Zeit nur nicht weiter verfolgt werden. Folgerichtig hat der Kl. dann auch beantragt, dem Verfahren Fortgang zu geben und mit dem Ladungsschriftsatz gleichzeitig beantragt, die Besl. zu verurteilen, an den Kl. das gemeinschaftliche Kind herauszugeben.

Trotzdem hat das BG. G. in seinem Ur. v. 7. April 1936 so entschieden, als wenn der Kl. die Hauptsache hinsichtlich des Kindesherausgabeanspruchs für erledigt erklärt hätte. Denn es untersucht in seiner Kostenentscheidung, ob der Kl. zur Zeit der Klagerhebung ein Recht auf die Herausgabe des Kindes hatte. Es hat, wie sich dann aus der Begründung der Kostenentscheidung ergibt, die Sache so aufgefaßt, als ob tatsächlich eine Erledigungserklärung zur Hauptsache für den Herausgabeanspruch vorgelegen hätte; denn nur so konnte es zu einer Entscheidung der Kosten auch hinsichtlich dieses Anspruchs kommen. Daran ändert auch nichts, daß das Verschädnisurteil, das gegen die Besl. auch in diesem Punkte ergangen war, nicht im verfügbaren Teil des Urteils abgeändert und dort vermerkt worden ist, daß insofern die Hauptsache als erledigt angesehen wurde. Denn das ist nur eine versehenliche Auslassung, deren Richtigstellung übrigens auch heute noch möglich wäre (§ 319 ZPO.).

Mag also die Entscheidung des BG. G. auch nicht zutreffend gewesen sein, weil sie über den damaligen Antrag des Kl. hinausgegangen ist, so beendet sie doch den Rechtsstreit und damit auch die Rechtshängigkeit. Allerdings scheinen Baumhach (§ 263 Abs. 2 ZPO.) und Jonas (Ann. V zu § 263 ZPO.) davon auszugehen, daß die Erledigungserklärung in der Hauptsache die Rechtshängigkeit eines Rechtsstreits schlechthin nicht beeinflusst. Dem kann aber in dieser Allgemeinheit nicht gefolgt werden. Es ist vielmehr Folgendes zu unterscheiden: Erklären beide Parteien übereinstimmend die Hauptsache für erledigt, dann handelt es sich bei der protokolllarischen Niederlegung nur um eine Feststellung der Parteierklärungen in diesem Punkte. Demgemäß ist auch ein Auspruch im Urteil an sich nicht notwendig. Erfolgt ein solcher dennoch, so ist deshalb noch keine Entscheidung in der Hauptsache ergangen. Die Rechtshängigkeit bleibt also weiter bestehen. Stellt hingegen eine Partei den Antrag, die Hauptsache für erledigt zu erklären, während die andere Sachabweiserungsantrag stellt, dann muß darüber entschieden werden, ob die Hauptsache erledigt ist. Die Entscheidung des Gerichts, die dann ergeht, ist demgemäß auch eine solche zur Hauptsache (RGZ. 114, 232 = ZB. 1926, 2617) und beendet mit ihrer Rechtskraft auch den Rechtsstreit insoweit.

Hier hat aber das BG. den Vorprozess so entschieden, als ob der Kl. hinsichtlich des Kindesherausgabeanspruchs einen Erledigungsantrag gestellt hätte, was nicht zutreffend war, und die Besl. einen sachlichen Abweiserungsantrag stellte, was zutrifft. Dementsprechend ist auch die Natur des Urteils in seiner Wirkung zu beurteilen. Es ist mithin eine Entscheidung in der Hauptsache ergangen, die rechtskräftig geworden ist, und auch die Rechtshängigkeit des Kindesherausgabeanspruchs vor dem BG. G. beendet hat. Daß darüber im verfügbaren Teil des Urteils nichts gesagt ist, schadet, wie erwähnt, nichts.

(RG., 13. ZivSen., Ur. v. 21. Febr. 1938, 13 U 6039/37.)

*

48. RG. — § 287 ZPO. Schädungen sind, soweit dies irgend geschehen kann, auf Tatsachengrundlagen zu stellen. Dies kann die Zerlegung des Schadens in Gruppen rechtfertigen.

2. §§ 348 ff., 523 f. ZPO. Die Bestimmung eines Einzelrichters ist auch noch nach stattgefundenem Verhandlung vor Kammer oder Senat zulässig.

3. §§ 285 Abs. 2, 286, 128 ZPO. Der persönliche Eindruck, den ein Zeuge oder auch eine Partei auf den Berichterstatter als Einzelrichter gemacht hat, darf im Urteil nur dann verwertet werden, wenn er in den gemäß § 285 Abs. 2 ZPO. vorzutragenden Beweisverhandlungen schriftlich niedergelegt ist.

4. § 92 Abs. 1 ZPO. Werden die Kosten verhältnismäßig geteilt, so hat grundsätzlich das Verhältnis der Kostenteile dem der Prozeßfolge umgekehrt zu entsprechen.

1. Die Rev. meint, die Art der Feststellung des Schadens durch das BG. verletzte die Vorschrift des § 287 ZPO. Das BG. habe die Anforderungen überpaunt, die es an den Kl. in Ansehung des Nachweises seines Schadens gestellt habe. Die Rev. hat hierbei den vom RG. dem § 287 ZPO. vielfach ent-

nommenen Grundsatz im Auge, daß eine Zurückweisung des Anspruchs im ganzen oder zu einem Teil wegen mangelnder Darlegung der Entstehung und Höhe des Schadens nicht erfolgen dürfe, solange das Gericht unter Anwendung der ihm zugänglichen Erkenntnismittel auch nur zu einer allgemeinen Schätzung kommen könne (RGZ. 68, 35 = JW. 1908, 217; RGZ. 76, 211 = JW. 1911, 571; RG.: JW. 1906, 471²¹; 1909, 141²²; 1932, 1137⁷; RGWarn. 1910 Nr. 342). Indessen besteht kein ausreichender Anhalt für die Annahme, daß das BG. die ihm gestellte Aufgabe allgemein verkannt und das Maß der Anforderungen, die an den Kl. in Ansehung des Nachweises des Vorhandenseins und Umfangs des Schadens zu stellen sind, überspannt haben sollte. Solche Annahme wird jedenfalls nicht dadurch gestützt, daß das BG. — übrigens in der gleichen Weise, wie es der Kl. selbst getan hatte — die Aufwendungen des Kl. ihrem Zweck nach in mehrere Gruppen zerlegt. Dies Vorgehen war unschädlich, wenn die Zerlegung in dem Sinne vollständig war, daß außerhalb ihrer irgendwelche Aufwendungen, die für die Bestimmung der — schließlich doch nur schätzungsweise möglichen — Schadenshöhe von Bedeutung sein konnten, nicht mehr übrig blieben. Daß das BG. mit seiner Einteilung in Gruppen — ebenso wie der Kl. mit der von ihm vorgenommenen Zerlegung — die in diesem Sinne vollständige Grundlage solcher Schätzung gewinnen wollte und konnte, darf angenommen werden, und die Rev. hat auch nicht dargelegt, in welcher Hinsicht die Aufteilung, die das BG. vorgenommen hat, wesentliches außer Betracht lasse. In der Tat bekämpft die Rev. vielmehr die Ansätze der von dem BG. angenommenen Durchschnittsbeträge als zu gering. Die Scheidung der Aufwendungen in mehrere Gruppen war aber darüber hinaus notwendig, weil die dem BG. vom Gesetz eingeräumte freiere Stellung es nicht davon entband, seine Schätzungen, soweit dies irgend geschehen konnte, auf Tatsachengrundlagen zu stellen (RGZ. 130, 112 = JW. 1931, 405⁷; RG.: JW. 1932, 1137⁷). Diese Aufgabe machte Erörterungen darüber erforderlich, welche Anschaffungen und Aufwendungen überhaupt für die Aufzucht des Kindes vorgenommen sein möchten. Es ist der Rev. auch nicht zuzugeben, daß die von dem BG. an einer Stelle gebrauchte Wendung, daß vom Bekl. nur der nachgewiesene Schaden zu ersetzen sei, zu diesen dem BG. beigemessenen Auffassungen in einen Widerspruch trete. Denn sie ist nicht in dem von der Rev. gewollten Sinn eines von dem BG. gemeinten Gegensatzes zwischen dem im strengen Sinne nachgewiesenen und dem ohne vollen Beweis gebliebenen Schaden zu verstehen, sondern als Ausdruck einer Unterscheidung zwischen dem Anspruch auf Pflegegeld als einer auf Vertrag beruhenden Leistung und dem aus § 839 BGB. auf Erfaß des Schadens aus unerlaubter Handlung aufzufassen.

2. Ohne Erfolg muß weiter die Rüge der Rev. bleiben, daß das BG., nachdem es mit der Ausführung des Beweisbeschlusses v. 3. März 1937 — gemäß § 375 Nr. 3 ZPO. zulässigerweise — dem Beschluß zufolge den Richterstatler beauftragt hatte, durch den weiteren Beschl. v. 29. April 1937 diesen als Einzelrichter bestimmte. Daß überhaupt noch die Bestimmung eines Einzelrichters nach stattgefundener Verhandlung vor der Kammer oder dem Senat erfolgen könne, ist zwar im Schrifttum bestritten worden, kann aber in Anbetracht des Zieles, das von dem Gesetzgeber mit der Einrichtung der Vorbereitung der Entscheidung durch den Einzelrichter angestrebt wird, nicht bezweifelt werden, da das Bedürfnis, dem diese Einrichtung dienen will, gerade auch nach der Verhandlung vor dem Kollegium erstmalig oder erneut auftreten kann. Handelt es sich bei der in diesem Sinne nachträglichen Bestimmung des Einzelrichters also um eine zulässige Weise der Prozeßgestaltung, so kann die Rev. weder daraus Folgerungen herleiten, daß diese Bestimmung in Abänderung eines noch nicht ausgeführten Beweisbeschlusses, noch daraus, daß sie durch einen ohne Erneuerung der mündlichen Verhandlung gefaßten Beschluß erfolgt ist. Dem steht jedenfalls nach §§ 295, 558 ZPO. entgegen, daß der Kl. es unterlassen hat, den vermeintlichen Verfahrensverstöß rechtzeitig, das ist in der nächsten mündlichen Verhandlung vor dem BG., zu rügen (RGZ. 115, 223 = JW. 1927, 374⁶). Es kann daher unerörtert bleiben, ob nicht ohnehin die Anordnung, daß der Richterstatler die Beweisaufnahme als Einzelrichter

vorzunehmen habe, in den Umfang derjenigen Änderungen eines Beweisbeschlusses fiel, die von dem Prozeßgericht jederzeit ohne Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung angeordnet werden können, da sie die bloße Ausführung der Beweisaufnahme betreffen (RGZ. 16, 412).

3. Kann somit aus der Einschaltung des einzelrichterlichen Verfahrens überhaupt die Rev. keinen Verfahrensverstöß herleiten, so sind ihr solche freilich zuzugeben, soweit es sich um die Weise handelt, in der das angefochtene Urteil mehrere einzelnen Ergebnisse, die nach ihm bei der einzelrichterlichen Vorbereitung zutage getreten sein sollen, verwertet. Grundlage des Urteils durften nur die eigenen Wahrnehmungen des entscheidenden Senats und die gemäß § 285 Abs. 2 ZPO. in der mündlichen Verhandlung vorgetragene Beweisverhandlungen sein. Das gilt auch insoweit, als es sich um die Ergebnisse der Vorbereitung durch den Einzelrichter handelt. Auch der persönliche Eindruck, den dieser von der — vor ihm, nicht vor dem entscheidenden Senat — erschienenen Partei oder von Zeugen gewonnen hatte, durfte als Grundlage der Entscheidung nur verwertet werden, wenn er auf dem durch § 285 Abs. 2 ZPO. vorgeschriebenen Wege in die mündliche Verhandlung eingeführt worden war, das ist: in den in diesen verlesenen Beweisverhandlungen schriftlich niedergelegt worden war. Andersfalls verstieß die Bildung der Entscheidungsgrundlage gegen die Vorschriften des § 128 ZPO., auf dessen Außerachtlassung freilich von der Rev. nicht hingewiesen worden ist, und des § 286 ZPO., dessen Verletzung die Rev. ausdrücklich geltend macht (JW. 1933, 2215¹⁰; RGWarn. 1931 Nr. 147; Gruch. 51, 193; RGWarn. 1917 Nr. 126; RGZ. 17, 425; HöchstRspr. 1933 Nr. 957).

Mit Recht wendet sich daher die Rev. dagegen, daß die Begründung des angefochtenen Urteils Vorgänge verwertet, die, falls sie sich überhaupt sämtlich in dieser Weise zugetragen haben und nicht zum Teil, was durch andere Umstände nahegelegt wird, auf einer irrtümlichen Auswertung der Beweisverhandlungen v. 4. und 22. Mai 1937 beruhen, jedenfalls nicht aus den Verhandlungsniederschriften hervorgehen. So ist der Umstand, daß der Kl. in der Verhandlung v. 4. Mai 1937 auf den Einzelrichter „den durchaus sicheren Eindruck eines Mannes gemacht hat, der durch diese zwei Schicksalsschläge in geistiger Beziehung nicht beeindruckt worden ist, der vielmehr seine Interessen auch heute noch mit Geschick und Schärfe zu vertreten in der Lage ist“, aus der über jene Verhandlung angenommenen Niederschrift nicht zu entnehmen. Ebenjowenig hat der Kl. nach dieser Verhandlung die ihm durch das BU. weiter zugeschriebene Erklärung abgegeben (was näher ausgeführt wird.).

4. Unbegründet sind schließlich die Einwendungen, die die Rev. hinsichtlich der Kostenentscheidung erhebt. Sie beruhen insofern auf einem Mißverständnis, als das BU. offenbar nicht davon ausgehen will, daß die Anschlußberufung Erfolg gehabt habe. Der freilich insoweit nicht ganz klare Wortlaut des BU. will vielmehr, ebenso wie die Rev., nicht verkennen, daß die Anschlußberufung sich dadurch erledigt hat, daß sie vom Bekl. nicht weiter verfolgt wurde. Mit dem Hinweis auf die Anschlußberufung zielte das BG. ersichtlich darauf ab, daß es im Falle beiderseitigen Objiegens und Unterliegens nach § 92 Abs. 1 ZPO. darauf ankommt, wie der Rechtsstreit endgültig ausgegangen ist: Nach dem Maße des beiderseitigen Objiegens oder Unterliegens sind die Kosten, wenn sie nicht gegeneinander aufgehoben werden, verhältnismäßig zu teilen. Das Verhältnis der Kostenanteile hat also demjenigen der Prozeßerfolge umgekehrt zu entsprechen. Das ist aber nicht als mathematische Regel gedacht, sondern es ist dabei dem richterlichen Ermessen ein angemessener Spielraum einzuräumen (RG.: JW. 1880, 168⁵; 1896, 146⁴). Insbes. kann der Richter dem Verhalten der Parteien während des Rechtsstreits Rechnung tragen (RG.: ZurRdsch. 1926 Nr. 1754). Diesen Grundsätzen hat das angefochtene Urteil folgen wollen. Daß es dabei über die Grenzen des dem Richter vom Gesetz eingeräumten Ermessens hinausgegangen wäre, trifft nicht zu.

(RG., III. Zivilsen., U. v. 1. Juli 1938, III 198/37.) [Ba.]

49. RG. — § 519 Abs. 3 Ziff. 2 ZPO. Zum Erfordernis der bestimmten Bezeichnung der Berufsgründe.

2. §§ 713, 670 BGB. Die Zusicherung einer Vergütung für die Tätigkeit als geschäftsführender Gesellschafter kann, namentlich bei außergewöhnlichen Dienstleistungen, auch stillschweigend erfolgen.

1. Der Kl. hat seine Forderung auch im zweiten Rechtszuge noch auf 20 680,03 RM berechnet, und das konnte er nur, wenn er an seiner Ansicht festhielt, auf die Schuld der Bekl. habe nur die dieser zustehende Hälfte des Reingewinns aus der Tankstelle angerechnet werden dürfen. Der Kl. aus der Tankstelle angerechnet werden dürfen. Der Kl. wollte somit das Urteil des VG. auch insoweit mit der Berufung anfechten, als es den Reingewinn von seiner Aufzählung abweichend voll angerechnet hat. Dann mußte der Kl. aber in seiner Berufungsbegründung auch auf diesen Streitpunkt eingehen, und das hat er nicht getan. Nach § 519 Abs. 3 Ziff. 2 ZPO. muß die Berufungsbegründung die bestimmte Bezeichnung der im einzelnen anzuführenden Gründe der Anfechtung enthalten. Dieser durch die Rev. v. 27. Okt. 1933 eingeführte Zwang zur Berufungsbegründung ist streng auszulegen, weil er der sorgfältigen Vorbereitung und Verschleierung des Streitverfahrens zu dienen bestimmt ist (vgl. RGZ. 146, 254 = JW. 1935, 1577^{17b} und RG. : JW. 1938, 249²²). Der BerKl. muß sich deshalb in der Berufungsbegründung im einzelnen mit den von ihm angegriffenen Ausführungen des ersten Gerichts genau auseinandersetzen und auf die einzelnen Streitpunkte eingehen, die er anders gewürdigt sehen will (vgl. RArbG. : JW. 1934, 2805³ und RG. : JW. 1938, 249²²). Die Berufungsbegründung muß erkennen lassen, welche besonderen Gründe tatsächlicher oder rechtlicher Art nach der Meinung des BerKl. das Urteil aus dem vorangegangenen Rechtszuge als unrichtig kennzeichnen (vgl. RGZ. 144, 6 = JW. 1934, 1782⁵). Die Gründe, aus denen heraus das erste Urteil bemängelt wird und auf welche die Beanstandung des angefochtenen Urteils sich stützen will, müssen bezüglich jedes einzelnen von mehreren im Urteil behandelten Ansprüchen und ebenso bezüglich eines jeden Teils eines Anspruchs angeführt werden, der einer Teilentscheidung fähig ist (vgl. RG. : JW. 1935, 1708³⁸; RG. : JW. 1935, 3101¹¹; RG. : JW. 1937, 542¹¹). Der Kl. ist im zweiten Rechtszuge auf die Frage nach der Anrechnung des halben oder ganzen Reinverdienstes gar nicht eingegangen. Er hat nicht klar und bestimmt zu erkennen gegeben, daß er das Urteil des VG. auch in diesem Punkte angreifen wollte, vielmehr war nur aus der Berechnung seiner Forderung auf insgesamt 20 680,03 RM unter Heranziehung der im ersten Rechtszuge aufgestellten Berechnungen zu entnehmen, daß er die Berufung auch darauf erstrecken wollte. Damit ist dem Begründungszwang des § 519 Abs. 3 Ziff. 2 ZPO. nicht genügt. Die Rev. des Kl. war deshalb insoweit, als der Reingewinn aus der Tankstelle in voller Höhe auf seine Forderung gegen die Bekl. angerechnet ist, mit der Maßgabe zurückzuweisen, daß die Berufung des Kl. gegen das Urteil des VG. insoweit als unzulässig verworfen wird (§ 519 b ZPO.).

2. Der zweite hauptfächliche Streitpunkt betrifft die Vergütung für die Bedienung der Tankstelle. In den von den Parteien vorgelegten Vertragsurkunden ist über die Gewährung einer solchen Vergütung an den Kl. nichts gesagt, und der Kl. hat bei seiner Anhörung auch erklärt, daß von einer etwaigen Entlohnung des Tankdienstes zwischen den Parteien nicht gesprochen worden sei. Das VG. hat mit Recht ausgeführt, daß zwischen den Parteien ein Gesellschaftsverhältnis bestehe, und daß der Kl., der die Tankstelle nach den Verträgen allein verwaltet hat, als geschäftsführender Gesellschafter anzusehen sei. Nach § 713 BGB. bestimmen sich die Rechte und Verpflichtungen der geschäftsführenden Gesellschafter nach den für den Auftrag geltenden Vorschriften der §§ 664—670, soweit sich nicht aus dem Gesellschaftsverhältnis etwas anderes ergibt. Nach § 670 BGB. hat der Beauftragte, und entsprechend hier der geschäftsführende Gesellschafter, Anspruch auf Ersatz der Aufwendungen, die er den Umständen nach für erforderlich halten konnte. Da die geleistete eigene Arbeit grundsätzlich nicht unter den Begriff der Aufwen-

dungen i. S. des § 670 BGB. fällt, so hat der Geschäftsführer für die in seiner Eigenschaft als solcher geleistete Tätigkeit eine Vergütung nicht zu beanpruchen; eine Vergütung kann ihm aber neben seinem Anteil am Gewinn zugesichert werden. Eine solche Zusicherung kann, namentlich bei außergewöhnlichen Dienstleistungen, auch stillschweigend erfolgen (vgl. RG. : JW. 1901, 406²⁵; Staudinger, 9. Aufl., Anm. II zu § 713 BGB.; RGRKomm. Anm. 1 zu § 713 BGB.). Das VG. ist davon ausgegangen, daß die Bedienung der Tankstelle nicht als in den Bereich der dem Kl. als Geschäftsführer der Gesellschaft obliegenden Pflichten fallend angesehen werden könne. Die Verpflichtung zur Geschäftsführung entspricht in der Regel der Befugnis zur Geschäftsführung. Nach § 4 des Vertrages der Parteien ist dem Kl. bis zur vollständigen Deckung seiner Forderung die Verwaltung der Tankstelle ohne jede Einschränkung übertragen. Die Verantwortung der Frage, ob die Bedienung der Tankstelle noch in den Rahmen der Verwaltung fällt, und ob die Rechtslage somit nach § 713 BGB. zu beurteilen ist, wird wesentlich von der Feststellung abhängen, welchen Umfang die Tätigkeit des Kl. angenommen hat. Auch wenn man zu dem Ergebnis kommt, daß der Tankdienst des Kl. außerhalb seiner Aufgaben als Geschäftsführer liegt, und daß § 713 BGB. deshalb nicht anzuwenden ist, läßt sich ohne eine nähere Feststellung über den Umfang der Tätigkeit und die dadurch für die Gesellschaft ersparten Unkosten nicht entscheiden, ob und gegebenenfalls in welcher Höhe dem Kl. eine Vergütung für den Tankdienst zu gewähren ist. Gerade daraus ergeben sich bedeutungsvolle Anhaltspunkte für die Beurteilung der Rechtslage, die nicht unberücksichtigt bleiben können. Das VG. durfte es deshalb nicht dahingestellt lassen, ob der Kl. bei der Bedienung der Tankstelle über den Umfang seiner Verpflichtung hinausgegangen ist, sondern es mußte im einzelnen aufklären, welcher Art die von dem Kl. entwickelte Tätigkeit war und in welchem Maße seine Arbeitskraft und Arbeitszeit dadurch in Anspruch genommen wurde. Insoweit ist die Rev. mithin begründet.

(RG., II. ZivSen., U. v. 6. Juli 1938, II 205/37.)

[Ba.]

Armenrecht einschl. §§ 114—127 Zivilprozeßordnung

50. RG. — § 1 ArmAnwG.; § 13 Ziff. 3 RAGebO. Die Vergleichsgebühr erwächst auch durch ein außergerichtliches Abkommen, in dem der Kl. die Klage mit Einverständnis des Bekl. zurücknimmt, und der Bekl. auf Kostenerstattung verzichtet.

Der ArmAnw. des Kl. hat vor dem letzten Termin folgenden Schriftsatz eingereicht:

„In Sachen pp. ist ein Einvernehmen mit dem Beklagten auf folgender Grundlage erzielt worden:

1. Der Kläger nimmt die Klage zurück.
2. Der Beklagte erklärt sich hiermit einverstanden.
3. Der Beklagte verzichtet auf die Erstattung irgendwelcher Prozeßkosten.“

Der UrV. hat die Erstattung einer Vergleichsgebühr nach dem festgesetzten Streitwert von 300 RM aus der Reichskasse mit 11,25 RM nebst 0,22 RM Umsatzsteuer abgelehnt, weil kein Vergleich geschlossen worden sei. Das VG. hat die Erinnerung des ArmAnw. mit der Begründung zurückgewiesen, daß ein gerichtlicher Vergleich nicht geschlossen worden sei; vielmehr habe der Kl. die Klage zurückgenommen; die Vereinbarung der Parteien über die Kostentragung sei außergerichtlich erfolgt und könne nicht berücksichtigt werden.

Die Beschw. des ArmAnw. ist zulässig nach § 4 ArmAnwG. und nicht an eine Beschwerdebestimmte von mehr als 50 RM gebunden (vgl. Willenbücher, „Kostenfestsetzungsverfahren“¹² S. 202). Das Rechtsmittel hat im wesentlichen Erfolg.

Die Vergleichsgebühr aus § 13 Ziff. 3 RAGebO. setzt voraus, daß ein Vergleich zur Beilegung eines Rechtsstreits unter Mitwirkung des Rechtsanwalts geschlossen worden ist; es ist gleichgültig, ob der Vergleich vor Gericht oder außergerichtlich geschlossen worden ist (Willenbücher § 13 RAGebO. Anm. 9 S. 294). Schon die Prozeßakten ergeben, daß wiederholt zwischen den Parteien Verhandlungen darüber stattgefunden haben, ob der Kl. die Klage zurücknehmen soll oder nicht. Damit steht das Vorbringen des ArmAnw. in der Erinnerung und Beschw. in

Einklang, wonach die Parteien sich dahin geeinigt haben, daß der Kl. die Klage zurücknimmt, und der Bekl. auf Erstattung der Kosten verzichtet.

Nun wird zwar die Ansicht vertreten (vgl. Gelinský-Meher, „Armenanwaltskosten“³ S. 222 Ziff. 3), daß ein Vergleich über die Hauptsache nicht vorliege, wenn der Kl. lediglich im Wege des Vergleichs die Klage zurücknehme, und die Parteien sich über die Kostentragung einigen. Gelinský-Meher verweilt aber auf die abweichende Ansicht des Kostenenats des RG.: JW. 1934, 568¹. Und Willenbücher § 13 RWGed. Ann. 9 S. 294 führt unter Hinweis auf diese Entscheidung und RG.: JW. 1936, 618⁶² aus, daß mit dem RG. ein gebührenpflichtiger Vergleich zur Hauptsache anzunehmen sein werde, wenn mit Zustimmung des Bekl. Klagezurücknahme erfolge, und jede Partei ihre Kosten trage.

Nach RG.: JW. 1934, 568¹ ist es gleichgültig und der Verfügungsmacht der Parteien überlassen, welchen Inhalt der Vergleich hat, und welchen Weg die Parteien zu der erstrebten vergleichsweisen Regelung wählen, ob sie damit den Anspruch selbst überhaupt und endgültig regeln, also auf das materielle Rechtsverhältnis eingehen, oder ob sie nur das entstandene Prozeßrechtsverhältnis beseitigen wollen. Dem tritt die jetzt beschließende Kostenkammer bei.

Zwar berücksichtigt sie (vgl. Dreuer: JW. 1937, 206 IV) bei der Bewertung eines gerichtlichen Vergleichs nicht nur die Abreden, durch welche die Parteien einen vollstreckbaren Titel i. S. des § 794 Ziff. 1 ZPO. geschaffen haben, sondern auch die Vereinbarungen, durch die der Streit oder die Ungewißheit der Parteien über ein Rechtsverhältnis im Wege gegenseitigen Nachgebens beseitigt wird (§ 779 BGB.). Das beruht darauf, daß der Prozeßvergleich im allgemeinen nicht nur den Rechtsstreit abschließt, sondern auch die streitigen Ansprüche regelt (RG.: JW. 1934, 92⁵; 1937, 228⁴⁹). Aus diesen Erwägungen folgt aber nur, daß der Wert des gerichtlichen Vergleichs mindestens nach dem Wert der den Vergleich bildenden Prozeßhandlung zu bemessen ist, nicht aber wird damit für die Festsetzung eines Vergleichswerts vorausgesetzt, daß der Vergleich auch einen bürgerlich-rechtlichen Vertrag i. S. des § 779 BGB. darstellt, ist allerdings ein solcher Vertrag geschlossen, dann kann der Vergleichswert auch höher sein als der Wert der Prozeßhandlung, in der sich die Parteien verglichen haben. Genügt aber zur Annahme eines Werts für einen gerichtlichen Vergleich schon der Abschluß eines nur eine Prozeßhandlung darstellenden Vergleichs, dann muß Entsprechendes für die Entstehung einer Anwaltsvergleichsgebühr ausreichen, wofür es allerdings, wie oben ausgeführt, gleichgültig ist, ob der Vergleich gerichtlich oder außergerichtlich geschlossen ist.

Daher sind weitere 11,25 RM festzusetzen.

Dagegen kann die Umfasssteuer mit 0,22 RM nicht zugewilligt werden. Die Beschwerdekammer hält im Gegensatz zur herrschenden Meinung (vgl. Willenbücher S. 194/195) die Umfasssteuer im Verfahren betr. Erstattung der Anwaltskosten nicht für erstattungspflichtig. Sie vermag ihre im Würoblatt für gerichtliche Beamte 1931, 293 näher begründete Ansicht nicht aufzugeben; es kann nicht der Sinn des Gesetzes sein, daß das Reich mit der einen Hand die Umfasssteuer vom ArmAnw. erhebt und mit der anderen sie ihm erstattet.

(RG. Berlin, 27. [Kosten-] ZR., Beschl. v. 17. Juni 1938, 227 T 5340/38.)

*

51. RG. — § 119 ZPO.; § 1 ArmAnwG. Zur Frage stillschweigender Armenrechtsbewilligung in Verbindung mit einem nach Treu und Glauben zu deutenden Verhalten des Gerichts.

Der BeschwF. meint, daß nach Treu und Glauben aus dem Verhalten des Prozeßgerichts seine stillschweigende Beordnung auch für die Verteidigung gegen die Widerklage folgt werden müsse. Es komme insoweit nicht so sehr auf einen etwa bestehenden Willen des Prozeßgerichts, sondern hauptsächlich auf dessen zum Ausdruck gekommenes Verhalten an, wie es nach Treu und Glauben von dem Anwalt nur habe aufgefaßt werden können.

Zu der Ausr. wird die Frage der stillschweigenden Ausdehnung des bereits bewilligten Armenrechts und der Beordnung über den Umfang der bisherigen ausdrücklichen Bewilligung hinaus fast allgemein entschieden abgelehnt. Der Senat hat eine solche stillschweigende Armenrechtsbewilligung und Anwaltsbeordnung als ausnahmsweise Durchbrechung des Grundgesetzes, daß Armenrechtsbewilligung und Anwaltsbeordnung einer ausdrücklichen und klaren Entsch. des Gerichts bedürfen, nur für Fälle anerkannt, in denen in einem abzuschließenden Vergleich weitere, bisher vom Armenrecht nicht umfaßte Ansprüche miteinbezogen werden sollen, sofern aus

dem Verhalten des Gerichts der Schluß auf den entsprechenden Willen zur Ausdehnung des Armenrechts lediglich für die Zwecke des Vergleichs sich rechtfertigen läßt (vgl. grundf. Entsch. v. 7. Mai 1938, 20 Wa 46/38: JW. 1938, 2420³²).

Ein solches Verhalten des Gerichts hat aber der Senat regelmäßig auch nur darin erblickt, daß das Gericht den Parteien einen bestimmten Vergleichsvorschlag, der auch andere als bisher vom Armenrecht umfaßte Ansprüche mitergreift, macht, weil darin für die Parteien die Bereitwilligkeit des Gerichts zum Ausdruck komme, aus Zweckmäßigkeitsgründen, um weiteren Rechtsstreitigkeiten zwischen den Parteien vorzubeugen und so zugleich die vergleichsweise Erledigung des schwebenden Prozesses zu erleichtern oder gar erst zu ermöglichen, auch hierfür das Armenrecht zu gewähren in der Annahme, daß dieses auch dem Willen der Parteien entspricht.

Wieweit etwa über einen derartigen Sachverhalt hinaus allgemein das Verhalten des Gerichts nach Treu und Glauben eine Deutung in dem Sinne rechtfertigen kann, daß Partei und Anwalt daraus für sich das Recht herleiten dürfen, in weiterem Umfang, als ihnen bisher ausdrücklich zugestanden, im Schutze des Armenrechts den Prozeß zu führen, kann aber dahinstehen. Denn schon die eigenen Darlegungen des BeschwF. enthalten keine Tatsachen, die einen derartigen Sachverhalt erkennen ließen. Dem Kl. war das Armenrecht für die Klage bewilligt und insoweit der BeschwF. als ArmAnw. beigeordnet. Im Verhandlungstermin erhob der Bekl. unter Überreichung eines Schriftsatzes Widerklage. Der Kl. hat daraufhin den Antrag auf Widerklage gestellt. Wenn nunmehr das Prozeßgericht, nachdem der Kl. sich ohne irgendwelche Anträge in bezug auf das Armenrecht auf die Widerklage eingelassen hat, dem Kl. eine Auflage, sich auf die Behauptungen des Bekl., auch zur Widerklage, zu erklären, gemacht hat, so ist aus dieser Maßnahme in bezug auf das Armenrecht nicht das geringste zu folgern und konnte auch von seiten des Kl. oder seines Anwalts daraus kein Schluß in der Richtung gezogen werden, daß der Rechtsstreit nunmehr auch bezüglich der Widerklage im Armenrecht geführt würde. Sache des Kl. wäre es gewesen, zunächst einen entsprechenden Antrag zu stellen. Ohne einen solchen hätte das Gericht weder Anlaß noch rechtliche Möglichkeit, sich mit der Frage einer Ausdehnung der Armenrechtsbewilligung auch auf die Verteidigung gegenüber der Widerklage zu befassen. Es ist deshalb auch abwegig, wenn der BeschwF. dem Gericht zum Vorwurf macht, nicht zunächst die Frage gestellt zu haben, ob er denn den Kl. der Widerklage gegenüber überhaupt vertreten wolle. Damit verschiebt der BeschwF. die Zuständigkeiten und verkennet, daß diese Entscheidung ausschließlich seine Sache und nicht Sache des Gerichts war. Tatsächlich ist, wie die Darlegungen des BeschwF. und der attemmäßig feststehende prozessuale Vorgang auch im weiteren Verfolg des Verfahrens zweifelstfrei ergeben, von keiner Seite, weder vom Gericht, für welches dazu kein Anlaß vorlag, noch vom Kl. bzw. seinem beigeordneten ArmAnw., für welchen dazu aller Anlaß vorgelegen hätte, in irgendeiner Weise daran gedacht worden, daß durch die Erhebung der Widerklage der Umfang des bisherigen Armenrechts überschritten wurde, und daß es folglich einer Entscheidung des Gerichts darüber bedürft hätte, ob es auch bezüglich der Verteidigung des Kl. gegen die Widerklage eine hinreichende Erfolgsaussicht bejahen wolle. Hat aber beim Kl. bzw. seinem Prozeßbevollmächtigten irgendeine Vorstellung über eine Erweiterung des Armenrechts nicht bestanden, so entfällt begrifflich jede Möglichkeit, daß das Verhalten des Gerichts bei ihnen für eine bestimmte Vorstellung ursächlich gewesen sein könnte und deshalb nach Treu und Glauben nur diejenige Deutung erfahren könne, die der — gar nicht vorhandenen — Vorstellung der Partei oder ihres Anwalts entspräche.

Allein diese Erwägung erübrigt an sich bereits eine Erörterung darüber, ob auf seiten des Gerichts in der Tat ein Verhalten vorlag, aus welchem — damals — entsprechendes Schlußes hätten gezogen werden können.

(RG., 20. ZivSen., Beschl. v. 24. Aug. 1938, 20 W 3689/38.)

*

52. RG. — § 124 ZPO. Der für die arme Partei bestellte Gerichtsvollzieher kann wegen seiner Gebühren und Auslagen, solange ihm die Reichskasse nichts erstattet hat, gegen den erstattungspflichtigen Gegner die Kostenfestsetzung betreiben.

Der beschwerdeführende Gerichtsvollzieher hat im Auftrage der Gläubiger, denen das Armenrecht bewilligt ist, den Pfändungs- und Überweisungsbeschl. v. 26. März 1936 den Drittschuldner und dem Schuldner zugestellt.

Der BeschwF. hat beantragt, die Zustellungskosten von 137,56 RM gem. § 124 ZPO. für ihn als Gläubiger festzusetzen.

Der Urk. und das UG. haben den Antrag zurückgewiesen.

Die Beschwerde ist zulässig und begründet.

Nach § 124 ZPO. kann der für eine arme Partei bestellte Gerichtsvollzieher seine Gebühren und Auslagen vom Kostenschuldner betreiben. Soweit eine Beitreibung der Kosten nicht nach § 788 ZPO. erfolgt, sind die Kosten nach §§ 103 ff. ZPO. zunächst festzusetzen. Antragsberechtigt ist auch der Armengerichtsvollzieher (vgl. *Baumbach*, „ZPO.“¹³ § 103 Anm. 3a, § 124 Anm. 1 B; *Sonass*, „ZPO.“¹⁵ § 124 Anm. III). Hiermit hat die Frage nichts zu tun, ob und inwieweit der Anspruch des Gerichtsvollziehers auf Gebühren und Auslagen der Reichsstufe zusteht, und inwieweit diese in die Reichsstufe fließen. Aus § 24 GebDfGW. folgt, daß der Gerichtsvollzieher im Falle der Bewilligung des Armenrechts seine haren Auslagen aus der Reichsstufe ersetzt erhält, „falls nicht dieselben vom dem Ersatzpflichtigen beigetrieben werden können (§§ 124, 788 ZPO.)“. Zunächst ist also der Gerichtsvollzieher berechtigt und der Reichsstufe gegenüber verpflichtet, die Beitreibung gegenüber dem Ersatzpflichtigen zu versuchen. Hierfür stehen ihm die beiden Wege offen:

- a) des § 788 ZPO. und
- b) der hier gewählte Weg der Festsetzung und Beitreibung der Kosten nach § 124 ZPO. (vgl. auch *Sattelmacher-Lentz*, Das Gerichtsvollzieherwesen Anm. 5/7 a) und b) zu § 59 GVO.).

Die §§ 28 ff. GVO. betreffen nur das Innenverhältnis zwischen dem Gerichtsvollzieher und der Reichsstufe; nach außen im Verhältnis zu dem Kostenschuldner haben sie nur die Wirkung, daß die Reichsstufe, der der Anspruch des Gerichtsvollziehers auf Gebühren und Auslagen gem. § 2 GVO. zusteht, auch, d. h. unabhängig von dem Recht des Gerichtsvollziehers aus § 124 ZPO. seine, des Gerichtsvollziehers Rechte wahrnehmen und die Beitreibung im Verwaltungszwangsverfahren vornehmen kann (vgl. §§ 14, 15 GVO., § 1 Abs. 1 Nr. 4 JustizbeitrungsG.).

Die in dem angefochtenen Beschluß erörterte Frage, ob dem Gerichtsvollzieher durch die Erstattung der Gebühren und Auslagen ein Gebührenanspruch entzogen ist, und ob ihm dann ein selbständiges Beitreibungsrecht nicht mehr zusteht, steht hier nicht zur Entscheidung. Hier handelt es sich lediglich um die Frage, ob der Gerichtsvollzieher eine Beitreibung gegenüber dem Kostenschuldner versuchen darf, bevor ihm Auslagen aus der Reichsstufe ersetzt werden. Diese Frage ist mit § 24 GebDfGW. und § 124 ZPO. zu bejahen.

(UG. Berlin, 27. (Kosten-) ZR., Beschl. v. 25. Aug. 1938, 227 T 6129/38.)

Rechtsanwaltsgebührenordnung

53. RG. — § 13 Ziff. 3 RAGebO. Vergleiche unter Einbeziehung von Ansprüchen, die bereits durch (Teil-) Urteil in demselben Prozeß erledigt sind.

Der Urk. hat den Antrag des Beschw. auf Festsetzung der Armenanwaltskosten insoweit zurückgewiesen, als die Vergleichsgebühr nach einem höheren Streitwert als von 798,10 RM berechnet worden ist. Die Beschwerde beanstandet diese Absetzung, weil der von den Parteien am 24. Juni 1938 zu gerichtlichem Protokoll geschlossene Vergleich ausdrücklich auch noch den an sich bereits durch Anerkenntnisurteil v. 4. Febr. 1938 erledigten Teil des Lageanspruchs mit einbezogen habe, indem der Kl. auf die Rechte aus diesem Anerkenntnisurteil verzichtet habe.

Mit Recht hat indes bereits UG. darauf verwiesen, daß aus begrifflichen Erwägungen heraus für einen Vergleich i. S. des § 13 Ziff. 3 RAGebO. nur so weit noch Raum war, als nicht der Rechtsstreit bereits durch das Anerkenntnisurteil seine Erledigung gefunden hatte. Denn der Tatbestand des § 13 Ziff. 3 RAGebO. ist nur dann und nur so weit erfüllt, als ein Vergleich „zur Beilegung des Rechtsstreits“, d. h. eines nicht schon durch Urteil erledigten Rechtsstreits, geschlossen wird. Daraus folgt: Wird in einem, sei es auch erst in höherer Instanz geschlossenen Vergleich ein bereits in demselben Verfahren durch Urteil erledigter (Teil-) Anspruch nochmals mit einbezogen, gleichgültig ob unter ausdrücklicher Aufrechterhaltung oder Aufhebung oder irgendwelcher Modifizierung der Urteilsentsch., dann kann diese Einbeziehung zur Beilegung des Rechtsstreits nur erfolgen, soweit auch insoweit trotz der Urteilsentsch. eine endgültige Erledigung noch nicht eingetreten ist. Dies ist z. B. unbedingt der Fall, wenn das Urteil bereits rechtskräftig geworden ist. Liegt Rechtskraft bisher noch nicht

vor, dann wird nur nach Lage des einzelnen Falles entschieden werden können, ob der Vergleich „zur Beilegung“ geschlossen worden ist, d. h. nämlich, ob gegen dieses Urteil ein Rechtsmittel oder Rechtsbehelf (Einpruch) bereits eingelegt war oder bereits eingelegt werden sollte und ob gerade zur Vermeidung dessen oder sonst zur Milderung des Rechtsmittels der Vergleich geschlossen wird. Fälle dagegen, in welchen die Parteien von der bereits vorl. Urteilsentsch. als feststehender Tatsache ausgehen und in denen eine Anfechtung derselben nicht erfolgen soll, erfüllen nach ihrer tatsächlichen Gestaltung das Tatbestandsmerkmal eines „zur Beilegung des Rechtsstreits geschlossenen Vergleichs“ auch dann nicht, wenn der durch Urteil erledigte Anspruch (Anspruchsteil) aus irgendwelchen Gründen und selbst in von der Urteilsentsch. abweichender Regelung in einem im übrigen der Erledigung des Rechtsstreits dienenden Vergleich noch mit einbezogen wird.

Hier war ein Teilanerkenntnisurteil am 4. Febr. 1938 ergangen, das nicht angefochten worden ist. Ob es zur Zeit des Vergleichs bereits rechtskräftig war, kann dahinstehen. Denn es ist von den Parteien nicht das geringste dafür dargetan und objektiv nicht das geringste dafür ersichtlich, daß noch eine Anfechtung beabsichtigt war und gerade dieserhalb die Einbeziehung in den Vergleich erfolgt ist. Die Beschwerde des Arm-Anw. mußte daher zurückgewiesen werden.

(RG., 20. ZivSen., Beschl. v. 19. Aug. 1938, 20 W 3559/38.)

54. RG. — § 13 Ziff. 4 RAGebO.; §§ 421, 428, 432 ZPO. Der letzte Halbsatz in § 13 Ziff. 4 RAGebO. betrifft nur die Vorlegung bereits vorhandener Urkunden, nicht den Fall der Auflage, eine Urkunde (Arzt-Attest) erst schaffen zu lassen und diese dann vorzulegen.

Urk. und UG. haben in ihren Beschlüssen, die der Arm-Anw. des Kl. angreift, die Beweis- und weitere Verhandlungsgebühr abgesetzt, weil die Beweisaufnahme nur in Vorlegung der in Händen des beweisführenden Kl. befindlichen Urkunden bestanden habe (§ 13 Ziff. 4, letzter Halbs. RAGebO.). Die Beschw. ist begründet.

Der Kl. hatte die Scheidungsklage auf Ehebruch gestützt, den er daraus schloß, daß die Bekl. geschlechtskrank geworden war. Die Bekl. hat entgegnet, der Kl. selbst habe sie angesteckt. Im Verhandlungstermin erging nach streitiger Verhandlung der Beschluß:

„Dem Kl. wird aufgegeben, ein ärztliches Attest einzureichen dahin, daß er zur Zeit weder geschlechtskrank ist noch innerhalb der letzten 6 Monate tripperkrank gewesen ist.“

Der Kl. ließ sich unterziehen und überreichte zwei Arztatteste. Im neuen Verhandlungstermin erging Scheidungsurteil wegen beiderseits zugestandener ehewidriger Beziehungen.

Der Beschluß ist nicht, wie seine Fassung („dem Kl. wird aufgegeben“) glauben machen könnte, nur die Auflage zu bestimmtem Beweisanztritt, sondern bereits, wie auch das UG. angenommen hat, ein echter Beweisbeschluß, der ein Beweisaufnahmeverfahren (§ 13 Ziff. 4 RAGebO.) einleitete, eine Beweisanordnung (§ 20 Ziff. 2 DRAGO.).

Der Beschluß enthält seiner Fassung nach bei äußerlicher Betrachtung die Aufforderung, eine Urkunde einzureichen. In Wahrheit enthält er aber die Anordnung, daß der Kl. von einem Arzt untersucht werde, und damit die Anordnung eines Sachverständigenbeweises. Die Besonderheit liegt darin, daß die Auswahl des Arztes dem Kl. überlassen und ihm aufgegeben wird, die Urkunde über den ärztlichen Befund vorzulegen. So sollte der Sachverständigenbeweis durch einen Urkundenbeweis ersetzt werden.

Ob dieses Verfahren nach der Prozeßordnung zulässig war, ist hier nicht zu prüfen. Auch sonstigen Bedenken braucht nicht weiter nachgegangen zu werden; solche könnten sich aus der Erwägung ergeben, daß auf diese Weise der arme Kl. eigene Kosten aufwenden mußte, von denen er bei einem echten Sachverständigenbeweis mindestens einstweilen infolge des ihm bewilligten Armenrechts befreit gewesen wäre; auch die Frage kann offen bleiben, ob der Kl. etwa als beweisfällig hätte behandelt werden können, wenn er wegen seines Armenrechts eine Untersuchung auf eigene Kosten und damit die Ausführung der gerichtlichen Beweisanordnung abgelehnt hätte.

Hier ist entscheidend lediglich, daß der Beweisbeschluß seine — nicht erwähnte — Bedeutung in der Anordnung einer ärztlichen Untersuchung des Kl. hat; die — erwähnte — Vorlegung der Urkunde über den ärztlichen Befund tritt demgegenüber an Bedeutung ganz zurück.

Abgesehen davon, daß der angefochtene Beschluß des UG. diese Bedeutung des Beweisbeschlusses verkannt hat, ist übersehen worden, daß die Bestimmungen der ZPO. über den Urkundenbeweis (§§ 415 ff. ZPO.), auf denen die Vorschrift des § 13 Ziff. 4 RA-

GebD. fußt, nur bereits vorhandene Urkunden betreffen, nicht aber anwendbar dann sind, wenn das Gericht einer Partei aufgibt, Urkunden vorzulegen, die erst geschaffen werden müssen.

In der ZPO. heißt es beim Urkundenbeweis stets „befindet sich die Urkunde“ (§§ 421, 428, 432 ZPO.) und in § 13 Ziff. 4 RA-GebD. „der in den Händen... befindlichen Urkunden“. Das setzt begrifflich eine schon vorhandene Urkunde voraus, die sich an dem oder jenem Ort bereits befindet und „bloß“ (§ 13 Ziff. 4 RA-GebD.) noch vorgelegt werden soll.

Hier aber handelt es sich — abgesehen einmal von der Hauptsache: der ärztlichen Untersuchung — darum, daß die Urkunde erst geschaffen werden soll.

Dieses letztere hat das VG. übersehen und ist damit zu einer mißverständlichen Auffassung der Parteientcheidung des Sen. v. 9. Mai 1934, 20 Wa 98/34 (vgl. Gaedekke, „KostRspr.“, 1938, Nr. 286, auch JW. 1938, 1972/19) gelangt, die besagt:

„Es kommt nicht darauf an, ob... die Partei... sich die Urkunden erst auf Grund einer Beweisverordnung des Gerichts beschafft hat.“

Vielmehr entsteht die Beweisgebühr des Rechtsanwalts stets dann nicht, wenn die Partei Beweisurkunden vorlegt, die sie zur Zeit der Vorlegung in Händen hatte.“

Dort ist nur gesagt, daß es gleichgültig ist, ob die Partei sich die bereits vorhandene Urkunde, die sie zur Zeit nicht in Händen hat, erst beschafft. Dies entsprechend den Vorschriften der ZPO. und des § 13 Ziff. 4 RA-GebD. (vgl. oben). Den Fall, daß die Partei eine Urkunde erst schaffen soll, erfassen weder die §§ 410 ff. ZPO. noch § 13 Ziff. 4 RA-GebD.

Daraus ergibt sich, daß § 13 Ziff. 4 Halbs. 2 RA-GebD. auf den vorl. Fall überhaupt nicht paßt. Die Beweis- und weitere Verhandlungsgebühr ist also dadurch nicht ausgeschlossen.

Beide Gebühren sind auch entstanden. Im Beweisaufnahmeverfahren ist der ArmAnw. mit Überreichung der ärztlichen Atteste tätig geworden. Damit ist die Beweisgebühr erwachsen.

Auch die weitere Verhandlungsgebühr ist erwachsen. Nach Beweisaufnahme ist streitig verhandelt worden. Unerheblich ist, daß das Scheidungsurteil nicht auf den ärztlichen Attesten, sondern auf den Angaben der Parteien über beiderseitige Ehewidrigkeiten beruht. Der Senat hat ausgesprochen: (Parteientcheidung v. 2. Okt. 1930, 20 W 9438/30; bei Gaedekke, „KostRspr.“ 1938 Nr. 229 A; ferner RGBl. 1931, 21; Beschl. v. 16. Okt. 1935, 20 W 6183/35; DVG. Breslau: JW. 1931, 1834 = HöchstRspr. 1931, 1390; Königsberg: HöchstRspr. 1931, 1857). „Die weitere Verhandlungsgebühr setzt nur eine weitere mündliche Verhandlung in zeitlichem Anschluß an ein vorhergegangenes Beweisaufnahmeverfahren und die Vertretung durch denselben Anwalt voraus. Dagegen braucht die weitere Verhandlung sich nicht auf das vorangegangene Beweisaufnahmeverfahren zu beziehen.“

Sie erwächst auch dann, wenn die angeordnete Beweisaufnahme nicht durchgeführt wird, z. B. weil nachträglich das Beweisthema unstreitig wird.“

(RG., 20. ZivSen., Beschl. v. 24. Aug. 1938, 20 W 3663/38.)

55. RG. — § 93 Abs. 2 RA-GebD.; Art. 17 PrRGebD.; § 242 BGB.; § 31 RRAD.

1. Die Frage, ob bei der Prüfung der Angemessenheit der vereinbarten Vergütung nach § 93 Abs. 2 RA-GebD. auch der Erfolg der Leistungen des Rechtsanwalts und die Vermögenslage seines Auftraggebers mit berücksichtigt werden müssen, ist zu bejahen.

2. Der Grundsatz der Verwirkung kann auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts nur mit allergrößter Vorsicht angewandt werden. — So lange nicht ganz besondere Umstände vorliegen, steht der Anwendung des Verwirkungsgedankens auf einen Gebührenrückforderungsanspruch aus § 93 Abs. 2 RA-GebD. der auf die Wahrung öffentlich-rechtlicher Belange gerichtete Zweck der Bestimmung entgegen.

3. Es ist mit der Würde und der Berufsehre der Rechtsanwaltschaft für vereinbar anzusehen, wenn bei der Bestimmung der Höhe des vereinbarten Honorars auch die besondere Art der anwaltlichen Tätigkeit, hier ihr mehr kaufmännischer Einschlag in Rechnung gestellt wird.

Die Befl. hat u. a. gegen die mit der Klage geltend gemachten Gebührenforderungen des Kl. mit zwei Gegenforderungen aufgerechnet. Sie bringt insoweit vor, der Kl. habe von ihr zwei Sondervergütungen verlangt und empfangen, beide in Höhe von je 15 000 RM., die erste bald nach dem Tode ihres früheren Ehemannes für seine Tätigkeit und seine

Bemühungen bei den sogenannten Scheidungsverhandlungen, die zweite zu Anfang des Jahres 1931, mit der seine Tätigkeit für sie nach dem Tode ihres Mannes abgekolten werden sollte. Beide Sondervergütungen seien i. S. des § 93 Abs. 2 RA-GebD. übermäßig hoch, so daß ihr Rückforderungsanspruch auf Herausgabe des zuviel gezahlten zustünde, mit denen sie aufrechne.

1. Die Rev. des Kl. wendet sich in erster Linie gegen die Annahme des VG., daß die Sondervergütung von 15 000 RM., die dem Kl. für seine Tätigkeit und seine Bemühungen in der Scheidungsangelegenheit der Befl. mit ihrem früheren Ehemann gewährt worden ist, als übermäßig hoch i. S. des § 93 Abs. 3 RA-GebD. anzusehen und entsprechend dem Gutachten der RK. v. 6. Mai 1935 auf 7500 RM. herabzusetzen sei. Die Frage nach der Angemessenheit einer vereinbarten Anwaltsvergütung ist weitgehend Tatfrage. Das RevG. kann demzufolge die Entscheidung des Tatsachenrichters nur dahin nachprüfen, ob die gesetzlichen Voraussetzungen über die Herabsetzung innegehalten sind, insbes. ob das VG. — abgesehen von der für den Fall der Herabsetzung erforderlichen Einholung eines Gutachtens der Anwaltskammer — die für seine Entscheidung maßgeblichen Umstände erschöpfend berücksichtigt hat.

Das VG. geht bei seiner Würdigung davon aus, daß die hier in Rede stehende Sondervergütung „die Bemühungen des Kl. zu Lebzeiten des verstorbenen Ehemannes der Befl. in ihren Scheidungs- und Vermögensangelegenheiten“ habe abgegolten sollen. Das entspricht der — vom Kl. selbst herrührenden — Bezeichnung der abzugeltenden Leistungen in dem von der Befl. unterzeichneten nachträglichen „Anerkenntnis“ vom 23. März 1933. Das VG. legt dann weiter für die Bemessung der dem Kl. nach dem Gesetz an sich zukommenden Gebühren im Anschluß an das Gutachten der RK. als Objekt den Betrag der von der Befl. erhobenen vermögensrechtlichen Ansprüche (993 000 RM.) zugrunde und lehnt es im Anschluß an die Ausführungen des VG. insbes. ab, für die Berechnung dieser Gebühren den — vom Kl. mit über 2 000 000 RM. angegebenen — Wert des Nachlasses heranzuziehen.

Die Rev. führt demgegenüber aus: Für die Anwendung des § 93 RA-GebD. komme es neben der Schwierigkeit der Sache, ihrem Umfang und der Verantwortlichkeit des Anwalts auch auf den tatsächlich erzielten Erfolg an. Dabei sei es gleichgültig, ob die Erzielung dieses Erfolgs im Machtbereich des Anwalts gelegen habe. Der Befl. sei es nach der Behauptung des Kl. gerade darum zu tun gewesen, durch seine Tätigkeit die Scheidung und den Widerruf des Testaments, in welchem sie zur alleinigen Erbin eingesetzt gewesen sei, zu verhindern. Dieser Erfolg sei unstreitig erzielt worden. Deshalb habe für die Frage der Angemessenheit der vereinbarten Vergütung der ganze Wert des der Befl. zugefallenen Nachlasses berücksichtigt werden müssen, der nach der unter Beweis gestellten Behauptung des Kl. 2 000 000 RM. betragen habe. Diesen Wert habe das VG. auch noch deswegen heranzuziehen und feststellen müssen, weil für die Angemessenheit der Vergütung auch die Vermögenslage des Verpflichteten in Betracht komme.

Die Rüge der Rev. muß Erfolg haben. Rechtlich nicht zu beanstanden ist zwar die Rechtsansicht der Vordergerichte, daß als Objekt für die Bemessung der dem Kl. nach den Art. 9, 11 und 12 PrRGebD. an sich zukommenden Höchstgebühren nicht der Wert des Nachlasses, sondern der Betrag der von der Befl. für den Fall der Scheidung erhobenen vermögensrechtlichen Ansprüche zugrunde zu legen sei. Denn die Bemühungen des Kl. blieben, auch soweit sie ein anderes Ziel als die Scheidung verfolgten, im Rahmen der Scheidungsverhandlungen. Darum geht es hier aber nicht. Die Frage ist, ob bei der Prüfung der Angemessenheit der vereinbarten Vergütung nach § 93 Abs. 2 RA-GebD. auch der Erfolg der Leistungen des Kl. und die Vermögenslage seines Auftraggebers mit berücksichtigt werden müssen. Sie ist zu bejahen:

Das Gesetz erfordert für die Entscheidung über die Angemessenheit die Anlegung eines objektiven Maßstabs. Es soll geprüft werden, ob die vereinbarte Vergütung objektiv angemessen oder als übermäßig hoch anzusehen ist. Dabei sind

nach ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift „alle Umstände“ zu berücksichtigen, nämlich die Umstände, die entweder nach der Lebenserfahrung schlechthin oder nach der Sachlage im besonderen Falle bei der Bemessung der Vergütung ins Gewicht fallen können und von einem objektiven Beurteiler als berücksichtigenswert anerkannt werden. Diese Umstände werden, wie die Lebensverhältnisse, auf die sie sich gründen, immer mannigfaltig und vielseitig sein. Unbedingt geltende Grundsätze lassen sich daher nicht aufstellen. Nicht außer Betracht bleiben können aber die Leistung des Kl., die den Gegenstand der Vereinbarung bildet, und die persönlichen Verhältnisse der Beteiligten.

Die Leistung des Kl. bemißt sich nach dem Umfang und der Schwierigkeit der Sache, um die es sich handelt, nach ihrem Wert, aber auch nach ihrer Bedeutung für den Auftraggeber. Dabei kann, wie der Rev. grundsätzlich zuzugeben ist, nicht unbeachtet bleiben, welches Ziel der Auftraggeber mit dem Auftrag erstrebt hat, in welchem Umfang dieses Ziel durch die von dem Kl. aufgewendete Mühe erreicht worden ist und inwiefern das Ergebnis in diesem Sinne tatsächlich und rechtlich als sein Erfolg gebucht werden kann. Eine bloß formale Betrachtungsweise, wie sie hier das BG. aufgestellt hat, muß dabei auf Abwege führen. Auf den durch die Lebensverhältnisse gegebenen Zusammenhang kommt es an. Wenn also auch der Auftrag des Kl. rein äußerlich gesehen, die Vertretung der Interessen der Bekl. im Rahmen der von ihrem früheren Ehemann veranlaßten Scheidungsverhandlungen betraf, so erhält dieser Auftrag doch seine besondere Prägung durch die Interessenlage auf der Seite der Bekl. Sie läßt sich nicht mit der Erwägung beiseiteschieben, dem Kl. habe auf den Widerruf oder Nichtwiderruf des gemeinschaftlichen Testaments kein unmittelbarer Einfluß zugestanden. Auch nicht damit, daß dem früheren Ehemann der Bekl. kein Scheidungsgrund zur Verfügung gestanden habe, die Scheidungsfrage daher immer nur von der Bekl. habe erhoben werden können. Wohl konnte hierdurch die von dem früheren Ehemann der Bekl. verlangte Scheidung nicht gegen deren Willen durchgeführt werden. Allein diesen Willen zu beeinflussen, lag in der Hand ihres Gegners, der durch den Widerruf des Testaments und die Verweigerung der Pflichtteil die künftige Gestaltung ihrer Vermögenslage empfindlich beeinträchtigen konnte. Ständen auch dem Kl. rechtliche Mittel nicht zur Verfügung, um den Widerruf des Testaments zu verhindern, so hat er durch seine Verhandlungen mit dem früheren Ehemann der Bekl., wie sich aus den Urteilsfeststellungen ergibt, doch tatsächlich erreicht, daß dieser Widerruf, den wirksam zu machen die Zustimmung der bereits abgegebenen Widerrufserklärung genügt hätte, in der Zeit von Nov. 1928 bis zum Tode des früheren Ehemannes am 8. Febr. 1930 nicht erfolgt ist, obgleich ersichtlich die Bekl. ihren ablehnenden Standpunkt zur Scheidungsfrage nicht aufgegeben hatte. An dieser Tatsache durfte das BG. nicht vorübergehen. Sie ist auf der Seite des Kl. als ein Erfolg zu buchen, der seiner durch die besondere Eigenart des Auftrags erhöhten Verantwortung entspricht und nicht wesentlich dadurch beeinträchtigt wird, daß er schließlich durch den Tod des früheren Ehemannes der Bekl. als endgültig erschienen ist.

Ebenso rechtsirrig ist es, wenn das BG. den Streit über die Höhe des Nachlasses als neben der Sache liegend ansieht. Es übersteht, daß die Vereinbarung über die Sondervergütung des Kl. nach dem Erbfall, nach Beendigung der hier in Rede stehenden Tätigkeit des Kl., getroffen worden ist. Zu den bei der Prüfung der Angemessenheit der Sondervergütung zu berücksichtigenden persönlichen Verhältnissen gehört auch die Vermögenslage des Auftraggebers. Das muß besonders dann gelten, wenn, wie hier, die Tätigkeit des Kl., die durch die Sondervergütung abgolten werden soll, nicht ohne Einfluß auf ihre Gestaltung gewesen ist. Wenn daher, wie der Kl. behauptet und mit Beweis vertreten hat, die Bekl. in Folge des Erbfalls zur Zeit der Gewährung der Sondervergütung über ein großes Vermögen verfügte, so kam es darauf und damit auf die Höhe des Nachlasses für die Entscheidung an.

Die erörterten Rechtsmängel zwingen zur Aufhebung des angefochtenen Urteils im Rahmen der Anträge der Rev. und zur Zurückverweisung der Sache an das BG., daß die Frage

der Angemessenheit unter Zugrundelegung des hier eingenommenen Rechtsstandpunkts erneut zu prüfen haben wird.

2. Die Urteilsausführungen zu dem Einwand der Verwirkung und der unzulässigen Rechtsausübung (gegenüber Rückforderungsansprüchen der Bekl.) beanstandet die Rev. nicht ohne Grund. Wenn sie dahin verstanden werden müßten, daß das BG. im Hinblick auf die Entsch. des VII. ZivSen. in RGZ. 144, 24 = JW. 1934, 1114⁶ m. Anm. den Rechtsgedanken der Verwirkung als in einem Falle wie dem vorliegenden nicht anwendbar angesehen hätte, wären sie rechtsirrig, wie die von der Rev. angeführte Rspr. des RG. ergibt. Im übrigen hat nunmehr der VII. ZivSen. in seinem Ur. RGZ. 155, 148 = JW. 1937, 2266² und Auff. Siebert: JW. 1937, 2495 klargestellt, daß er den Verwirkungsgedanken nicht schlechthin ablehnt, sondern als einen Sonderfall der unzulässigen Rechtsausübung anerkennt. Auch über die rechtlichen Voraussetzungen der unzulässigen Rechtsausübung hat sich das BG. nicht ausgesprochen, sondern sich darauf beschränkt, unter Hinweis auf das Urteil des 2. ZivSen.: RGZ. 146, 385 = JW. 1935, 1550⁴ m. Anm., zu sagen, daß das Vorliegen von Rechtsmißbrauch nur unter besonderen Voraussetzungen bejaht werden könne, ohne auch nur anzudeuten, worauf es hierfür eigentlich ankommen soll. Für den Verwirkungsgedanken sowohl wie für die unzulässige Rechtsausübung ist entscheidend, ob die in Frage stehende Geltendmachung von Ansprüchen oder Rechtsausübung gegen die das bürgerliche Recht beherrschenden Grundsätze von Treu und Glauben verstößt. Der Verwirkungseinwand nimmt in diesem Rahmen eine Sonderstellung dadurch ein, daß er die verspätete Geltendmachung von Ansprüchen als einen Sonderfall betrifft. Verwirkung kann daher nur dann vorliegen, wenn die verspätete Geltendmachung eines Anspruchs als Verstoß gegen Treu und Glauben empfunden wird. Dafür genügt allerdings der Zeitablauf („langes Verschweigen des Anspruchs“) für sich allein nicht. Doch kann ein solcher Verstoß anzunehmen sein, wenn der Schuldner dem Verhalten des Gläubigers, das zur verspäteten Geltendmachung des Anspruchs geführt hat, entnehmen mußte, daß dieser den Anspruch nicht mehr geltend machen wolle, wenn sich also der Schuldner darauf einrichten durfte, daß er mit diesem Anspruch nicht mehr zu rechnen brauche, und sich darauf auch eingerichtet hat. Es ist daher rechtlich angreifbar, wenn das BG. die Behauptungen des Kl., daß er sich im Hinblick auf das Verhalten der Bekl. in seinen wirtschaftlichen Maßnahmen entsprechend eingerichtet habe, schlechthin für unerheblich hält, weil anders die Verjährungsbestimmungen des BGB. praktisch bedeutungslos würden. Die Rev. hat auch nicht unrecht, wenn sie verlangt, daß das BG. die vom Kl. vorgebrachten Umstände in ihrer Gesamtheit daraufhin hätte prüfen müssen, ob sie nicht die spätere Geltendmachung des Rückforderungsanspruchs der Bekl. als gegen Treu und Glauben verstößend erscheinen lassen. Sie macht ferner mit Recht geltend, daß die Erwägung, einer beklagten Partei, die mit nach ihrer Ansicht unbegründeten Ansprüchen überzogen werde, könne es unmöglich verwehrt sein, ihrerseits mit Ansprüchen hervorzutreten, die sie bis dahin nicht erhoben hat und andernfalls auch nicht erhoben haben würde, für sich allein das Vorliegen eines solchen Verstoßes nicht ausschließen könne.

Trotz dieser Mängel bedarf es aber im vorl. Fall der nochmaligen Prüfung durch den Tatrichter nicht, weil auch bei Berücksichtigung aller vorgetragenen Umstände die Annahme einer Verwirkung oder einer unzulässigen Rechtsausübung auf Seiten der Bekl. nicht in Frage kommen kann. Aus den Behauptungen des Kl. ist weder ersichtlich, daß gerade das mehrjährige Schweigen der Bekl. über ihren Rückforderungsanspruch aus den beiden Honorarvereinbarungen in ihm das Vertrauen hervorgerufen hätte, ein solcher Rückforderungsanspruch werde, auch wenn die Bekl. das Übermaß der Vergütungen erkenne, nicht mehr erhoben werden, noch daß er sich in seinen wirtschaftlichen Maßnahmen gerade im Vertrauen hierauf eingerichtet hätte. Das Anerkenntnis vom 23. März 1933 spricht dagegen und hätte — abgesehen von der durch die Art des Anspruchs begründeten besonderen Lage — nur Bedeutung, wenn die Bekl. sich des Übermaßes

der vereinbarten Vergütung ihres daraus sich ergebenden Anspruchs bei der Abgabe des Anerkenntnisses bewußt gewesen wäre. Ein Verstoß gegen Treu und Glauben auf der Seite der Bekl. durch langes Verschweigen ihres Anspruchs könnte überhaupt nur in Frage kommen, wenn sie zur früheren Geltendmachung imstande gewesen wäre. Das war aber, solange ihr der Anspruch selbst nicht bekannt war, nicht der Fall.

Entscheidend ist jedoch, daß es sich um einen Anspruch handelt, der auf einer Vorschrift beruht, die öffentlich-rechtlichen Charakter trägt (vgl. Ur. des erf. Sen. v. 12. Okt. 1934, III 110/34: RGZ. 145, 217 = JW. 1935, 123¹⁵). Zwar gelten die Grundsätze von Treu und Glauben auch auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts. Der Grundsatz der Verwirkung kann aber, wie überhaupt, gerade auf diesem Gebiet nur mit allergrößter Vorsicht angewendet werden. Er erfährt durch die Eigenart dieses Rechtsgebiets notwendig Einschränkungen. Unterliegen die dem Rechtsanwalt auferlegten Pflichten und Beschränkungen grundsätzlich nicht der Verfügung der im einzelnen Falle beteiligten Personen, so kann auch die Berufung auf Treu und Glauben nicht ohne weiteres einen Rechtszustand als gegeben erscheinen lassen, als wenn der Auftraggeber auf sein Rückforderungsrecht verzichtet hätte. Solange nicht ganz besondere Umstände vorliegen, steht der Anwendung des Verwirkungsgedankens auf einen Gehührens-rückforderungsanspruch aus § 93 Abs. 2 RWGebD. der auf die Wahrung öffentlich-rechtlicher Belange gerichtete Zweck der Bestimmung entgegen. Solche besonderen Umstände stehen hier nicht in Frage.

3. Hinsichtlich der zweiten zu Anfang des Jahres 1931 vereinbarten Pauschalvergütung von 15 000 RM war zwischen den Parteien streitig, wie hoch die damit abgeholzten gesetzlichen Gebühren anzusetzen seien. Das BG. hat nicht festgestellt, ob hierin dem Kl. oder der Bekl. zu folgen sei. Es hat vielmehr im Anschluß an das Gutachten der RAK. angenommen, daß auch dann, wenn man der Bekl. folge, auf die Bemühungen des Kl. bei der Veräußerung des Geschäftsanteils demnach ein Honorar von 10 800 RM entfalle, die gewährte Gesamtvergütung, insbes. der auf die letztgenannten Bemühungen entfallende Betrag nicht als übermäßig hoch angesehen werden könne. Gegen diese letztere Annahme wendet sich die (erfolglose) Anschließrev. der Bekl. in erster Linie. Das BG. hat zur Begründung seines Endpunktes ausgeführt, daß die vom Kl. — und zwar, wie der Zeuge Dr. B. bestätigt habe, erfolgreich — entfaltete Tätigkeit über den Rahmen einer rein anwaltlichen Tätigkeit hinausgegangen sei, vielmehr der eines Kaufmanns entsprochen habe. Unter diesen Umständen müsse, so fährt das BG. fort, einem Rechtsanwalt auch das einem Kaufmann als angemessen zustehende Honorar zugebilligt werden, wobei es nicht darauf ankomme, ob der Kl. eine echte Vermittlertätigkeit ausgeübt oder nicht ausgeübt habe. Ein Betrag von 10 800 RM mache noch nicht 2,5% (genau 2,25%) des durch seine Bemühungen erzielten Verkaufspreises (480 000 RM) aus. In Anbetracht der Bedeutung der Tätigkeit des Kl. und der Höhe der in Frage stehenden Vermögensinteressen könne das noch nicht als unangemessen hoch bezeichnet werden.

Daß durch die Tätigkeit des Kl. ein großes Vermögensobjekt seinen Eigentümer gewechselt hat, ist von der Bekl. selbst nicht ernsthaft bestritten worden und wird vom BG. übrigens auf Grund der Aussage des Zeugen Dr. B. festgestellt, der das BG. auch entnimmt, daß die Tätigkeit des Kl. erfolgreich gewesen ist. Das Gutachten der RAK. beruht keineswegs auf der Annahme, daß der Kl. den Käufer erst beigebracht hätte. Wo der Käufer zu suchen war, ergab sich aus der Sachlage von selbst.

Dem BG. kann auch nicht entgegengetreten werden, wenn es annimmt, daß einem Rechtsanwalt, der eine über eine rein anwaltliche Tätigkeit hinausgehende, mehr kaufmännische Tätigkeit entfaltet habe, auch das einem Kaufmann als angemessen zustehende Honorar zugebilligt werden müsse. Die Frage ist eine grundsätzliche und aus der Stellung des Rechtsanwalts zu entscheiden. „Der Rechtsanwalt ist“, so heißt es in dem Vorpruch zum zweiten Ges. z. Erg. der RAK. v. 13. Dez. 1935 (RGBl. I, 1470), „der berufene,

unabhängige Vertreter und Berater in allen Rechtsangelegenheiten. Sein Beruf ist kein Gewerbe, sondern Dienst am Recht.“ Der öffentlich-rechtliche Charakter seiner Stellung ist dadurch gekennzeichnet. Er ist in den einzelnen Bestimmungen der RAK. auch zum Ausdruck gelangt. So ist ihm in § 28 (jetzt § 31 RAK.) zur Pflicht gemacht, seine Berufstätigkeit gewissenhaft auszuüben und durch sein Verhalten in Ausübung des Berufs sowie außerhalb desselben sich der Achtung würdig zu erweisen, die sein Beruf erfordert. Pflichtverletzung zieht ehrengerichtliche Bestrafung nach sich.

Daraus ergibt sich, daß ein Rechtsanwalt jedenfalls eine Tätigkeit nicht übernehmen darf, die sich mit seiner Standesehre und mit der Würde seines Berufs oder mit dessen öffentlich-rechtlichen Zwecken nicht verträgt. Daß solches im vorl. Fall in Frage käme, ist nicht ersichtlich. Gewiß darf und soll der Rechtsanwalt nicht schlechthin kaufmännische Geschäfte übernehmen oder mit seiner beruflichen Tätigkeit verquicken. Insbes. aber verbieten ihm die Standesehre und das öffentliche Interesse an der Sauberkeit des Berufsstandes, sich mit Geschäften zu befassen, bei denen eine Entlohnung der Natur der Sache nach in der Weise mit dem Erfolg der Tätigkeit verknüpft ist, daß für den Fall eines bestimmten Erfolgs eine bestimmte Beteiligung an dem Geschäft zugesagt wird. Darunter fallen an sich die Provisionsgeschäfte. Aber auch um ein solches handelt es sich hier nicht. Denn hier ist — nachträglich — lediglich für eine bereits durchgeführte Tätigkeit des Kl. ein Honorar frei vereinbart worden, woran auch dadurch nichts geändert wird, daß der Anwaltskammer-vorstand sowohl wie das BG. Provisionsätze zum Vergleich und zur Nachprüfung der Angemessenheit des vereinbarten Honorars herangezogen haben. Vielsach, insbes. wenn — wie es hier offensichtlich zutrifft — der Rechtsanwalt die Vermögensinteressen einer — in geschäftlichen und rechtlichen Angelegenheiten unbewanderten — Partei wahrzunehmen hat, werden sich die mehr verwaltenden Geschäfte, wozu auch Um-satzgeschäfte gehören, nicht vermeiden und von der eigentlichen beruflichen Tätigkeit des Rechtsanwalts, der Rechtsberatung, nicht trennen lassen. Hiernach kann nicht schon aus grundsätzlichen Erwägungen angenommen werden, daß der Kl. sich um die Veräußerung des Geschäftsanteils der Bekl. überhaupt nicht hätte bemühen dürfen. Dafür spricht auch Art. 17 PrWGebD., wonach allgemeine Vorschriften über die Vergütung für eine Tätigkeit, welche die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft nicht voraussetzt, auch für die Rechtsanwälte maßgebend sind. Es handelt sich insoweit um Taxvorschriften, die eine nicht anwaltliche Tätigkeit eines Rechtsanwalts betreffen. Art. 17 geht also davon aus, daß die Übernahme solcher Geschäfte dem Rechtsanwalt nicht schlechthin verboten ist.

Die Frage ist daher, ob sich der Rechtsanwalt in solchen Fällen mit der gesetzlichen Gebühr oder der sonst etwa in Betracht kommenden Taxe begnügen muß oder ob er nicht auch eine Vereinbarung über die ihm zukommende Vergütung treffen darf. Umstände, die gegen die Zulässigkeit einer solchen Vereinbarung sprächen, sind indessen nicht erkennbar. Danach muß man aber, da hinsichtlich der Frage der Angemessenheit alle Umstände zu berücksichtigen sind, es auch für gerechtfertigt und mit der Würde und der Berufsehre des Anwaltsstandes für vereinbar ansehen, wenn bei der Bestimmung der Höhe des vereinbarten Honorars auch die besondere Art einer solchen Tätigkeit, hier ihr mehr kaufmännischer Einschlag, in Rechnung gestellt wird.

Wenn nun auch bei der Nachprüfung der Angemessenheit der vereinbarten Vergütung berücksichtigt werden darf, welche Vergütungen bei Geschäften mehr kaufmännischer Art, wenn sie nicht von einem Rechtsanwalt vorgenommen werden, gewährt zu werden pflegen, so ist doch das BG. bei der Beurteilung der Angemessenheit an die gewöhnlich gewährten Vergütungen weder nach oben noch nach unten gebunden. Das BG. war daher auch nicht gehalten, auf den Beweisanztritt der Bekl. darüber einzugehen, welche Sätze bei der Vermittlung des Verkaufs von GmbH-Anteilen, insbes. bei großen Objekten in B., angemessen seien. § 286 ZPO. ist hiernach insoweit nicht verletzt.

Allerdings wäre es erwünscht gewesen, wenn das BG.

den Umfang der Tätigkeit des Kl. bei dem Veräußerungs-
geschäft und im Zusammenhang damit näher festgestellt hätte.
Aus dem Urteil ist aber in ausreichendem Maße ersichtlich,
daß diese Tätigkeit eine bedeutungsvolle gewesen ist und daß,
um das Geschäft zustande zu bringen, eine große Anzahl von
Verhandlungen, taktischen Maßnahmen und dergleichen er-
forderlich war.

(RG., III. ZivSen., U. v. 17. Dez. 1937, III 3/37.) [Ba.]

Gebührenordnung für Zeugen und Sachverständige

56. RG. — § 3 ZeugGebD. Der Sachverständige kann höch-
stens den durch Vorschuß gedeckten Betrag von der Reichskasse er-
stattet verlangen, wenn das Gericht ihn bei Auftragserteilung
erlaubt hat, sich mit dem Gericht in Verbindung zu setzen, falls
die Gutachterkosten den Vorschuß übersteigen sollten, und er ohne
eine solche Anzeige ein Gutachten erstattet, für das er höhere Be-
träge berechnet.

Das UG. hat die Akten dem Sachverständigen mit einem
Anschreiben überandt, das u. a. folgenden Vermerk enthält:

„Vor Inangriffnahme des Gutachtens wollen Sie prüfen,
in welcher Höhe Gebühren und Auslagen voraussichtlich ent-
stehen werden. Sollten die Gutachterkosten sich nicht in einem
angemessenen Verhältnis zum Streitwert halten oder den durch
Vorschuß gedeckten Betrag von 30 RM übersteigen, wol-
len Sie sich vor Ausführung des Ersuchens mit dem Gericht
(nicht mit den Parteien) in Verbindung setzen. Andernfalls
können Sie mit einer Vergütung des Mehrbetrages nicht
rechnen. Für die Vorprüfung kann eine Entschädigung nicht
gewährt werden.“

Nachdem der Sachverständige darauf die Kosten des Gut-
achtens auf etwa 50 RM geschätzt, und das UG. weitere 20 RM
Vorschuß vom Bekl. eingezogen hatte, hat es die Akten dem
Sachverständigen mit einem gleichen Anschreiben überandt, in
dem jedoch statt 30 RM nunmehr 50 RM als der durch Vor-
schuß gedeckte Betrag bezeichnet sind.

Der Sachverständige hat für seine gutachtliche Leistung
86,70 RM berechnet. Das UG. hat nur 62,70 RM festgesetzt.

Hiergegen richtet sich die nach § 20 Abs. 2 ZeugGebD. zu-
lässige und nicht an eine Beschwerdesumme von mehr als 50 RM
gebundene Beschw. des Sachverständigen. Ihr kann nicht statt-
gegeben werden.

Nach § 413 ZPO. hat der Sachverständige nach Maßgabe
der ZeugGebD. Anspruch auf Zahlung einer Vergütung aus
der Reichskasse. Um die Reichskasse zu sichern, soll das Gericht
nach § 84 Abs. 1 S. 2 GKG. die Vornahme der Handlung von
der vorherigen Zahlung eines Vorschusses abhängig machen,
der zur Deckung der mit der Handlung verbundenen baren
Auslagen ausreicht. Nach § 86 GKG. bleibt die Verpflichtung
zur Zahlung der vorzuschüssigen Beträge bestehen, auch wenn
die Kosten des Verfahrens einem anderen auferlegt worden
sind; diese Haftung soll jedoch nur geltend gemacht werden,
wenn eine Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen
der anderen Partei erfolglos geblieben ist oder aussichtslos er-
scheint.

Mit Rücksicht auf alle diese Bestimmungen setzt das Gericht
im Beweisbeschluß einen Vorschuß fest, den es für erforderlich
hält. Dies geschieht nicht nur im Interesse der Reichskasse,
sondern auch der Parteien. Der zahlungspflichtige Beweisführer
kann dann prüfen, ob er den Vorschuß aufbringen kann. Ist
er dazu nicht in der Lage, dann kann er sich an das Gericht
wenden, gegebenenfalls anregen, von der Einholung des Gut-
achtens abzusehen, oder aber das Armenrecht nachsuchen. Auch
der Gegner wird die Vorschußaufgabe prüfen; denn er muß
damit rechnen, daß ihm die Kosten des Rechtsstreits und damit
auch die Kosten des Sachverständigen auferlegt werden.

Das UG. hat die Erstattung des Gutachtens nicht nur
von der Zahlung eines Vorschusses abhängig gemacht, sondern
außerdem den Sachverständigen ausdrücklich erlaubt, sich mit
dem Gericht in Verbindung zu setzen, falls er das Gutachten
für den Vorschußbetrag voraussichtlich nicht erstatten könne.
Schließlich hat das UG. noch betont, daß der Sachverständige
andernfalls auf Vergütung des Mehrbetrages nicht zu rechnen
habe. Hiernach mußte der Sachverständige zunächst eine Vor-
prüfung über die voraussichtliche Höhe seiner Vergütung vor-
nehmen, wie er es auch zunächst getan hat. Das BeschwG. hat
sich in seinem in DRZ. Nr. 532 abgedruckten Beschl.

mit dieser Vorprüfungspflicht befaßt und aus ihrem Wesen ge-
folgt, daß der Sachverständige für die Vorprüfung keine Ver-
gütung beanspruchen kann, ebensowenig für eine Tätigkeit, die
er bis zur Anzeige, daß der Vorschuß nicht ausreicht, auf-
wendet. In Weiterentwicklung dieser Gedanken hat die Be-
schwerdekammer in ständiger Nrpr. daran festgehalten, daß dem
Sachverständigen, welcher der Vorprüfungspflicht nicht oder
nicht ausreichend nachkommt, sondern ohne Anzeige an das
Gericht, daß sein Anspruch den Vorschuß übersteigen wird, das
Gutachten erstattet, ein Anspruch insoweit nicht erwächst, als
er den eingeforderten Vorschuß übersteigt. Hier hat das UG.
den Austrag noch ausdrücklich dahin beschränkt, daß der Sach-
verständige auf eine Vergütung des Mehrbetrages nicht zu
rechnen habe. Mit hin war der Sachverständige mit Leistungen,
für die eine höhere Vergütung beansprucht wurde, zunächst
nicht beauftragt. Der Beschw. hätte erst dann einen Anspruch
auf weitere Vergütung erwerben können, wenn er nach einer
(erneuten) unentgeltlichen Vorprüfung die voraussichtlichen
höheren Kosten dem UG. mitgeteilt und hierauf vom UG. einen
weitergehenden Auftrag erhalten hätte.

Die Gefahr, daß sich erst bei Ausarbeitung des Gutachtens
ein höherer Kostenaufwand herausstellt, kann nicht von der
Reichskasse, sowie den nicht sachverständigen Parteien, sondern
muß von den Sachverständigen getragen werden. Denn diese
können und müssen nach ihrer Erfahrung und ihrem Wissen
die voraussichtlichen Kosten schätzen. Eine andere Beurteilung
müßte hier dazu führen, daß der Sachverständige, der in erster
Linie an der Sachverständigenvergütung interessiert ist, trotz
dem ausdrücklichen Hinweise des Gerichts auf den Vorschuß-
betrag und trotz dem eingeschränkten Auftrag des Gerichts eine
Berechnung aufmachen darf, die den Vorschuß um mehr als
die Hälfte übersteigt. Ein solches Ergebnis würde die Belange
der rechtlich interessierten Parteien außer acht lassen.

Nach alledem läßt sich die Festsetzung einer höheren Ver-
gütung nicht rechtfertigen.

(UG. Berlin, 27. [Kosten-] ZR., Beschl. v. 3. Juni 1938,
227 T 5001/38.)

Verordnung vom 23. Mai 1933

57. RG. — § 19 d. VD. v. 23. Mai 1933. Beantragt ein
Gläubiger, den Schuldner, der die Versicherung nach § 19 d. VD.
v. 23. Mai 1933 abgegeben hat, zur Ableistung des Eides zu laden,
so ist Termin hierzu zu bestimmen; es geht nicht an, daß das
UG. ohne mündliche Verhandlung dahin entscheidet, daß der
Gläubiger keine Umstände glaubhaft gemacht habe, die die Eides-
leistung rechtfertigten. Gegen die Ablehnung der Terminbestim-
mung ist die Beschw. gegeben.

Die Gläubigerin hat, nachdem der Schuldner die Versiche-
rung nach § 19 d. VD. v. 23. Mai 1933 abgegeben hatte, den
Antrag gestellt, dem Schuldner den Eid abzunehmen und zur Begrün-
dung dieses Antrages angeführt, daß der Schuldner offenbar
Umstände verschwiegen habe. Das UG. hat den Antrag der
Gläubigerin auf Ladung des Schuldners mit der Begründung
zurückgewiesen, daß die Gläubigerin keine Umstände glaubhaft ge-
macht habe, die das Vermögensverzeichnis des Schuldners als un-
richtig erscheinen ließen. Gegen diesen Beschluß hat die Gläubi-
gerin Beschw. eingelegt. Das UG. hat darauf den Beschluß des
UG. aufgehoben und die Sache an das UG. zurückverwiesen, und
zwar mit der Begründung, daß zwar die Entscheidung des UG.
darauf, ob der Schuldner den Eid zu leisten habe oder nicht, un-
anfechtbar sei, daß aber diese Entscheidung in einem Ter-
min zu treffen sei und daß die Ablehnung der Anberaumung
eines Termins der Beschw. unterliege.

Die weitere Beschw. des Schuldners ist zulässig, aber nicht
begründet. Der Ansicht des UG. ist beizutreten. Die Fassung des
§ 19 d. Abs. 4 VD. v. 23. Mai 1933 könnte zwar die Ansicht
rechtfertigen, daß schon die Bestimmung des Termins die Prü-
fung der Frage voraussetze, ob die nach § 19 d. Abs. 2 Satz 2 der
VD. vorgesehene Glaubhaftmachung erfolgt sei. Der Sinn und
Zweck des § 19 d. geht aber dahin, daß die Prüfung der Frage
nach der Eidesleistung nur in dem Termin selbst stattzufinden habe.
Es muß nicht nur dem Schuldner, sondern auch dem Gläubiger
Gelegenheit gegeben werden, mündlich die glaubhaft zu machenden
Umstände zu äußern. Es würde eine nicht zu rechtfertigende
Beeinträchtigung der Rechte des Gläubigers darstellen, wollte man
es für zulässig halten, daß sein Antrag von vornherein zurück-
gewiesen würde.

(RG., 8. ZivSen., Beschl. v. 18. Aug. 1938, 8 W 3523/38.)

Reichserbhofgericht

**** 58. § 7 REG.** Ein Neubau, der in unmittelbarer Nähe der Hofstelle gelegen ist und vom Eigentümer mit seiner Familie bewohnt wird, ist als Altenteilerhaus zu betrachten, wenn dem als Auerben in Aussicht genommenen Sohne die Hofbewirtschaftung übertragen worden ist und das eigentliche Bauernhaus keine für Altenteiler angemessene Wohnung aufweist:

Ernst Moritz W. ist Eigentümer der Grundstücke Blatt 165, 172, 449, 450 und 579 des Grundbuchs für H. sowie Blatt 849 und 1085 des Grundbuchs für G. Der Gesamtbesitz ist 35,108 ha groß. Der als Auerbe in Betracht kommende Sohn Gerhard W. wohnt mit seiner Familie in dem eigentlichen Bauernhaus, eingetragen auf Blatt 165 des Grundbuchs für H., und führt von dort aus die Wirtschaft, während der Eigentümer selbst in einem Zweifamilienhaus wohnt, das als Flurstück Nr. 74 c auf Band 10 Blatt 579 des Grundbuchs für H. verzeichnet steht. Das Flurstück Nr. 74 c ist i. J. 1932 von Blatt 165 abgeschrieben und auf das neu angelegte Grundbuchblatt Nr. 579 übertragen worden. In dem Zweifamilienhaus wohnt außer dem Eigentümer sein Sohn Erich, der Inhaber einer Zementwarenfabrik ist. Der Einheitswert für die Landwirtschaft — außer dem Zweifamilienhaus — nach dem Stande v. 1. Jan. 1935 beträgt 55 300 RM. Der Einheitswert für das auf der Parzelle Nr. 74 c errichtete Zweifamilienhaus 10 100 RM. Für ein i. J. 1932 von seinem Neffen, dem Facharzt Dr. med. R., erhaltenes Darlehen hat der Eigentümer diesem eine Hypothek von 14 000 RM auf dem Grundbuchblatt Nr. 579 bestellt.

Der Facharzt Dr. med. R. hat Feststellung dahingehend beantragt, daß das Grundstück Blatt Nr. 579 nicht zum Erbhofe gehöre, da es sich um ein städtisches Mietshaus handele und im Bauernhaus eine Altenteilerwohnung vorhanden sei.

Nach Anhörung des Eigentümers sowie des Bauern Paul R. und des Zementwarenfabrikanten Erich W. als Zeugen hat das REG die Nichterbhofzugehörigkeit des Grundstücks Blatt 579 des Grundbuchs für H. festgestellt. Es hat in der Begründung im wesentlichen ausgeführt: Nach dem Ergebnis der Augenscheineinnahme könne kein Zweifel daran bestehen, daß das Grundstück nicht landwirtschaftlich genutzt werde. Entscheidend sei daher, ob der Neubau als Altenteilerhaus zu betrachten sei. Das sei zu verneinen, weil das Bauernhaus hinreichend Räume für eine Bauernfamilie, für das Altbauernehepaar und für die erforderliche Zahl von landwirtschaftlichen Hilfskräften biete. Dazu sei allerdings eine von der bisherigen Art abweichende Verteilung der Räume erforderlich, die jedoch ohne bauliche Veränderungen vorgenommen werden könne. Demgemäß sei das Grundstück, auf dem das Zweifamilienhaus stehe, für die Zwecke des Erbhofes entbehrlich.

Das REG hat durch den Beschluß v. 18. Sept. 1936 unter Aufhebung der anerbengerichtlichen Entsch. die Erbhofzugehörigkeit des Grundstücks Blatt 579 des Grundbuchs für H. festgestellt. Es ist der Auffassung, daß dem Eigentümer und seiner Familie nicht zugemutet werden könne, ihren Lebensabend in den im alten Bauernhause verfügbaren Räumen zuzubringen. Bei einem Hofe dieser Größe könnten zwei kleine Kammern der vom REG geschilderten Art nicht als angemessene Auszugswohnung erachtet werden. Daher werde mindestens eine der Wohnungen des von dem Eigentümer erbauten Zweifamilienhauses für den Hof benötigt. Demgemäß sei die Erbhofzugehörigkeit des Neubaus zu bejahen.

Die sofortige weitere Beschwerde ist zulässig; ein neuer selbständiger Beschwerdegund (§ 49 Abs. 4 REG) liegt angesichts der voneinander abweichenden Vorentsche. vor. Die weitere Beschwerde ist jedoch unbegründet. Nach § 7 REG gehören die Grundstücke zum Erbhof, die regelmäßig von der Hofstelle aus bewirtschaftet werden. Für die Frage, ob ein bebautes oder unbebautes Grundstück zum Erbhof gehört, ist maßgebend, ob es — auf die Dauer betrachtet — in die Wirtschaftseinheit des Erbhofes eingefügt worden ist. Das gilt auch für ein Hausgrundstück der vorliegenden Art, von dem aus nicht unmittelbar die Bewirtschaftung von Hofesgrundstücken erfolgt. Handelt es sich insoweit um ein nur Mietzwecken dienendes Haus, so kann angesichts der erbhofrechtlichen Bestimmung ein Zweifel an der fehlenden Erbhofzugehörigkeit nicht aufkommen. So liegt der Sachverhalt hier aber nicht. Das Haus dient keineswegs bloß Mietzwecken, sondern dem Eigentümer mit seiner Familie als Wohnung. Trotzdem ist es nicht als das den Mittelpunkt einer bäuerlichen Hofstelle bildende Wohnhaus anzusehen; denn die eigentliche Bewirtschaftung des Hofes erfolgt durch den als Auerben in Betracht kommenden Sohn Gerhard, dem der Eigentümer die Führung der Wirtschaft überlassen hat, von dem nur etwa 20 m von

dem Neubau entfernt liegenden Bauernhaus aus. Es kann sich also nur darum handeln, ob der auf der Parzelle Nr. 74 c errichtete Neubau aus einem anderen Grunde erbhofzugehörig ist. Das wird regelmäßig dann der Fall sein, wenn zwischen dem Hausgrundstück und dem Erbhof ein wirtschaftlicher Zusammenhang besteht. Im allgemeinen wird es in dieser Hinsicht genügen, wenn das Hausgrundstück den wirtschaftlichen Zwecken des Erbhofes zu dienen bestimmt ist. Das ist hier der Fall; denn das auf der Parzelle Nr. 74 c errichtete Haus ist als Altenteilerwohnung anzusehen. Dazu genügt es zwar nicht in jedem Fall, daß der Eigentümer — wie hier — ohne Abschluß eines Übergabevertrages die tatsächliche Bewirtschaftung dem als Auerben in Betracht kommenden Sohn überlassen hat und selbst mit seiner Familie in dem Neubau wohnt (REG 3, 303 = JW. 1937, 1002¹⁸). Hier läßt aber die Sachlage den Willen des Eigentümers erkennen, das i. J. 1924 erbaute Haus in die Wirtschaftseinheit des Hofes einzugliedern, und auch die räumlichen Verhältnisse stellen diese Zweckbestimmung des Hauses außer Zweifel. Der Eigentümer hat erklärt, daß er zwar früher als Jungbauer mit seinen Schwiegereltern im Bauernhause gewohnt und daß das zwischen der Wohnküche und der großen Wohnstube gelegene kleinere Zimmer dem Altbauernehepaar als Wohnung gebietet habe, daß sich jedoch die eigentliche Auszugswohnung in einem später an den Sohn Erich veräußerten Hausgrundstück befunden habe. Er hat seinen Entschluß, sich auf dem im Grundbuch für H. Blatt 579 eingetragenen Grundstück ein Haus zu erbauen, um darin im Alter wohnen zu können, mit den durch das Zusammenwohnen von alt und jung unerträglichen Wohnungsverhältnissen begründet. Es ist somit davon auszugehen, daß der Eigentümer das Zweifamilienhaus errichtet hat, um nach der Überlassung der Wirtschaft an seinen Sohn Gerhard dort mit seiner Familie wohnen zu können. Diese Angaben des Bauern erscheinen so glaubwürdiger, als in der Tat die für das Altbauernehepaar in Betracht kommende Wohnung im Bauernhause unangemessen ist. Die für eine Altenteilerwohnung in Frage kommenden zwei kleinen Kammern im alten Bauernhaus können angesichts des Ergebnisses der Besichtigung durch den Erbhofrichter R. nicht als angemessen bezeichnet werden, zumal sie auch für die Unterbringung der auf dem Hofe beschäftigten Hilfskräfte benötigt werden. Daraus ergibt sich, daß zumindest eine Wohnung in dem Neubau als Auszugswohnung erforderlich ist. Diese Willensrichtung und diese räumlichen Verhältnisse genügen, um den Charakter des Neubaus als Altenteilerhaus zu begründen. Auch die nur 20 m betragende Entfernung des Neubaus von dem alten Bauernhaus spricht deutlich für die Erbhofzwecke dienende Bestimmung als Altenteilerhaus. Diese nahen räumlichen Beziehungen erleichtern es insbes. Altentelern die ihnen zustehenden Naturalbezüge zu gewähren und die regelmäßig für den Erbhof wertvolle Zusammenarbeit zwischen alt und jung aufrechtzuerhalten. Die Erbhofzugehörigkeit des auf Blatt 579 errichteten Wohnhauses ist daher zu bejahen (§ 7 REG).

An diesem Ergebnis vermag auch der Umstand nichts zu ändern, daß der Neubau auf einem vom sonstigen Erbhof abgetrennten Grundbuchblatt steht; denn maßgebend für die Erbhofzugehörigkeit eines Grundstücks ist nicht seine Eintragung auf einem mit den anderen Erbhofgrundstücken gemeinsamen Grundbuchblatt, sondern entscheidend sind außer dem Willen des Eigentümers die tatsächlichen Verhältnisse. Es kann daher auch auf sich beruhen, mit welchen Mitteln der Bau bezahlt worden ist.

(REG., 2. Sen., Beschl. v. 18. Febr. 1938, 2 RB 1561/36.)
(= REG 5, 216.)

*

**** 59. § 15 Abs. 1 REG; § 1 Abs. 13, 2; § 17 Abs. 1, 2 und 4 ESNB.** Bewirtschaftet ein bauernfähiger Ehegatte einen über 70 % des Einheitswertes verschuldeten Ehegattenerbhof aus der Zeit vor Erlaß der ESNB trotz erheblicher Mängel der Bauernfähigkeit des andern Ehegatten ordnungsmäßig, so soll eine derartige Besetzung, sofern sie nach der vor der ESNB geltenden Abspr. als Erbhof anzusehen war, auch jetzt nach Möglichkeit dem Erbhofrecht zugeführt werden. Dieser Grundsatz ist — falls die Möglichkeit verlag, aus den Mängeln der Bauernfähigkeit des einen Ehegatten nur eine Minderung seiner Bauernfähigkeit zu folgern — auch zu beachten, wenn es sich um die Rechtsfrage handelt, ob § 17 Abs. 4 ESNB überhaupt für die Fälle zu gelten hat, in denen schon vor Erlaß der ESNB ein Ehegattenerbhof tatbestandsmäßig vorhanden war und nur das Verfahren zur Klärung der Erbhofeigenschaft beim Erlaß der ESNB noch keinen Abschluß gefunden hatte.

Bei einer anerkannten Erbkrankheit i. S. des Erbtr.

Nach Ges. v. 14. Juli 1933, die in aller Regel zur Unfruchtbarkeit des Kranken führt, ist die Bauernfähigkeit des Erbkranken im allgemeinen zu verneinen (RGS 4, 128 = JW. 1937, 2150⁶⁴; vgl. auch Vogel's IV. Aufl. zu § 15 Erlaut. 32 mit Rpr.). Darüber hinaus können Personen, die sonstwie erblich belastet sind, auch wenn die Gefahr einer Übertragung ihres Lebens besteht, grundsätzlich nicht für bauernunfähig angesehen werden. Der 3. Senat des RGS hat dies bereits in einer Entsch. v. 24. März 1937 (RGS 4, 128 = JW. 1937, 2150⁶⁴; RdM. 1937, 591), der der erf. Sen. beitrifft, für bloße Anlageträger einer Erbkrankheit ausgesprochen, mit der Begründung, daß sie bei der ihnen gegenüber allgemein geübten Zurückhaltung des Gesetzgebers auch nach dem RGS keine Sonderbehandlung erleiden dürften und als bauernfähig angesehen werden müßten. Dasselbe hat in verstärktem Maße für solche leidenden Personen zu gelten, deren Krankheit oder Minderwertigkeit auf jeden Fall geringer ist als die des Erbkranken oder Anlageträgers einer ausgesprochenen Erbkrankheit. Wegen der bloßen Gefahr der Vererbung irgendeiner — nicht auf einer anerkannten Erbkrankheit beruhenden — Untüchtigkeit kann danach eine Bauernunfähigkeit in der Regel nicht ausgesprochen werden. Im übrigen scheint auch im vorl. Falle die Besorgnis des RGS wegen einer gesunden Nachkommenschaft der Eigentümer tatsächlich unberechtigt zu sein, da drei Kinder der Bauernleute leben und ihre Gesundheit von keiner Seite angezweifelt ist.

Auch die weitere Begründung des RGS, daß der Hauptteil der Besizung von dem Manne stamme und es deshalb allein auf seine Bauernfähigkeit entscheidend ankomme, kann nicht als richtig anerkannt werden. Nach dem Inhalt der Akten sind die Eheleute gleichberechtigte Eigentümer der gemeinschaftlichen Besizung, es kann danach für die Erbhofeigenschaft keine Rolle spielen, woher die einzelnen Grundstücke ursprünglich stammen. Das würde auch dann gelten, wenn der Hauptteil der Besizung im Alleineigentum des Mannes und nur der kleinere Teil der gemeinschaftlichen Besizung im Eigentum der Ehefrau stände. Entscheidend ist allein der Umstand, daß ein gemeinschaftlich bewirtschafteter Ehegattenbesitz vorliegt.

Schwieriger wird die Frage zu beantworten sein, auf die der Vorderrichter bisher nicht eingegangen ist, ob angesichts der neuen Vorschriften in der EGN über Ehegattenerbhöfe (§§ 17 ff.) im Falle der wirklichen Unfähigkeit des Ehemannes auf der Grundlage der alleinigen Bauernfähigkeit der Ehefrau die Erbhofeigenschaft der Besizung bejaht werden kann. Da es zweifelhaft ist, ob mit Rücksicht auf die noch zu prüfenden Vorfragen überhaupt in diesem Falle zu dieser Frage Stellung genommen werden muß, hat der Senat zur Zeit keine Veranlassung gesehen, zu der in der Rpr. und im Schrifttum unstrittigen Frage schon jetzt endgültig Stellung zu nehmen (vgl. die Entsch. des RGS Celle v. 15. Jan. 1937: RdM. 1937, 287 m. Anm. von Johae; JW. 1937, 1018 m. Bem. von Schied und Schlie; JW. 1937, 1583 und Rpr. in Erbhofjochen Nr. 1 zu § 17 EGN mit einer Stellungnahme von Erhard; vgl. Vogel's in der „Deutschen freiwilligen Gerichtsbarkeit“ 1937, 2 und Hopp in seinem Erläuterungsbuch zu § 17 EGN). Nur so viel mag zu dieser Frage gesagt werden: Grundsätzlich ist, wie auch das RGS ausgesprochen hat, für einen Ehegattenerbhof die Bauernfähigkeit beider Eheleute zu fordern. Das hat bereits früher die Rpr. ohne besondere gesetzliche Bestimmung angenommen, und das ist jetzt ausdrücklich in der EGN (§§ 17 und 18) gesetzlich festgelegt. Von diesem Grundsatz hat aber schon die frühere Rpr. — unter Führung des RGS — Ausnahmen zugelassen, insbes. in den praktisch häufigsten Fällen der mangelnden Wirtschaftsfähigkeit eines Ehegatten, wenn die Mängel dieses einen Teils durch die Vorzüge des anderen ausgeglichen werden (RGS 2, 9 = JW. 1936, 110¹⁶; RGS 2, 99 = JW. 1936, 1057¹³; RGS 3, 13 = JW. 1936, 2732³³; RGS 3, 84 = JW. 1936, 3239⁸; RGS 4, 186 = JW. 1937, 2583¹⁰; ferner 1 RB 441/36, 1 RB 1610/35, 1 RB 1513/35, 1 RB 1357/35 u. a.). Auch die EGN läßt — in Anlehnung an die frühere Rpr. (vgl. Vogel's Bem. 7 und 8 zu § 17 EGN) — in Ausnahmefällen eine Befreiung von dem Erfordernis der Bauernfähigkeit beider Eheleute zu (§ 17 Abs. 4 EGN). Es ist danach anzunehmen, daß sowohl nach der früheren Rpr. wie auch nach der jetzigen gesetzlichen Regelung in der EGN in dem hier zu entscheidenden Fall über eine etwaige Wirtschaftsunfähigkeit des Ehemannes hinweggesehen werden kann und daß ein solches Hinwegsehen über die Wirtschaftsunfähigkeit des einen Ehegatten auch dem Willen des Gesetzgebers entspricht, wenn der Hof durch die Tüchtigkeit der Ehefrau in Ordnung gehalten wird und diese ordentliche Bewirtschaftung auch in Zukunft gesichert erscheint. Ein Bedenken ist aber nun mit der neuen gesetzlichen

Regelung entstanden, auf das auch schon der Senat in einer Entsch. v. 4. Mai 1937 (1 RB 1357/35) hingewiesen hat. Im Gegensatz zu der früheren Rpr., die von Amts wegen alle Voraussetzungen der Erbhofeigenschaft, also auch die Bauernfähigkeit bei Ehegattenerbhöfen und die Möglichkeit des Ausgleichs bei Unfähigkeit des einen Teils prüfte, hat die EGN einen ausdrücklichen Befreiungsantrag und ein besonderes Verfahren darüber als Voraussetzung für ein Absehen von dem Erfordernis der Bauernfähigkeit beider Eheleute vorgeschrieben (§ 17 Abs. 4 EGN). Aus den Vorschriften über die zeitliche Zulässigkeit dieses Befreiungsantrages und seine beschränkte Rückwirkung hat man — bei Vergleich mit dem früheren Rechtsstandpunkt der Rpr. — eine gewisse Schlechterstellung der Ehegattenbesitzungen durch die jetzige gesetzliche Regelung hergeleitet. Die in dem besonderen Antragsverfahren auszusprechende Befreiung wirkt nämlich erst vom Tage der Antragstellung ab. Da nun der Befreiungsantrag frühestens seit Erlass der neuen Verordnung gestellt und demgemäß der Ehegattenerbhof erst nach dem Inkrafttreten der neuen Verordnung entstehen kann, hat man unter Heranziehung der in § 1 EGN für alle neuen Erbhöfe gesetzten Schuldengrenze einen Befreiungsantrag nach § 17 Abs. 4 für nutzlos erklärt, wenn der Besitz zu mehr als 70% des Einheitswertes verschuldet ist (vgl. Beschluß des RGS Celle v. 15. Jan. 1937: RdM. 1937, 287 m. Anm. von Johae; JW. S. 1018 mit zustimmender Bem. von Schied in JW. 1937, 1583). Wenn diese Auffassung richtig wäre, würde damit für viele Ehegattenbesitzungen, die vor Erlass der EGN Erbhöfe waren und als solche in einem früheren Feststellungsverfahren nach dem damaligen Stand der Rpr. auch hätten anerkannt werden müssen, die Erbhofeigenschaft nach der EGN zu verneinen sein, obwohl sie beim Vorhandensein aller Erbhofvoraussetzungen, insbes. einer ordentlichen Wirtschaftsführung, durchaus erbhoffähig und schufwüdig sind. (Tatsächlich sind auf diese Weise zwei EGN bei fast völlig gleichliegendem Tatbestand zu entgegengesetzten Entsch. gelangt; vgl. den oben angegebene Fall des RGS und den in RdM. 1935, 904 veröffentlichten Beschluß des RGS Stuttgart.) Ein solches Ergebnis stände nicht im Einklang mit der in allen sonstigen Bestimmungen der neuen EGN festzustellenden Neigung des Gesetzgebers, den Rahmen der zu erfassenden Ehegattenerbhöfe noch weiter als früher zu spannen (vgl. §§ 17 und 18 Abs. 1—3 EGN). — Die Ursache für eine gewisse Schlechterstellung der Ehegattenerbhöfe seit Erlass der EGN liegt, wie oben schon gesagt ist, in der Vorschrift des § 17 Abs. 4, wonach ein besonderer Antrag wegen Befreiung von dem Erfordernis der Bauernfähigkeit beider Eheleute gestellt werden muß, während früher von Amts wegen geprüft wurde, ob die Bauernfähigkeit eines Teils ausnahmsweise genügte; die eigentlichen materiellen Vorschriften über die Bauernfähigkeit der beiden Eheleute und über mögliche Ausnahmen von diesem Grundsatz sind die gleichen geblieben (Vogel's, 4. Aufl., zu § 17 EGN Erl. 8). Es erhebt sich nun die Frage, ob den erschwerenden Vorschriften der EGN rückwirkende Kraft zukommt, ob also alte, schon vor Erlass der EGN entstandene Besitzungen, deren Erbhofeigenschaft nach der früheren Rpr. festgestellt ist oder bei Streit gegebenenfalls zu bejahen gewesen wäre, nach Erlass der EGN einer anderen Beurteilung unterworfen werden müssen oder ob diese Rückwirkung der Vorschriften auf frühere alte Tatbestände vom Gesetzgeber nicht gewollt ist und die neuen Vorschriften in § 17, soweit sie gegenüber dem früheren Rechtszustand eine Einschränkung bringen, nur für neu entstandene und zukünftig entstehende Ehegattenbesitzungen gedacht und nach dem Zweck des Gesetzes gerechtfertigt sind. Gegen eine Rückwirkung der einschneidenden Neuerung des § 17 Abs. 4 spricht allgemein die Rechtsnatur der Erbhofentziehung, die nicht durch eine rechtsgestaltende richterliche Entsch. begründet wird, sondern auf der Grundlage der gesetzlichen Voraussetzungen bei Erlass des RGS oder der Durchf. für die zutreffenden Tatbestände ohne weiteres eingetreten ist. Es erscheint danach ausgeschlossen, daß die EGN noch Einfluß ausüben könnte auf Tatbestände, in denen auf Grund der früheren Rpr. von den Anerkennungsbehörden ein Ehegattenerbhof trotz fehlender Bauernfähigkeit eines Teils rechtskräftig festgestellt worden ist (so Johae: RdM. 1937, 288).

Es erhebt sich nun die Frage, ob das, was zweifellos für rechtskräftig abgeschlossene Verfahren gilt, mit Rücksicht darauf, daß die Entsch. über die Erbhofeigenschaft nur rechtsklärende Wirkung hat, für alle Fälle gelten muß, in denen tatbestandsmäßig vor Erlass der EGN ein Ehegattenerbhof gegeben war. Die Entsch. läuft damit auf die eingangs gestellte Frage hinaus, ob der Neuregelung der EGN, die gegenüber dem vorher geltenden Rechtszustand unlegbar einen „Rechts-

eingriff" (Erhard a. a. O.), also eine Rechtsänderung darstellt, rückwirkende Kraft zukommt oder nicht. Endgültig zu dieser Streitfrage Stellung zu nehmen, hält der Senat, wie schon gesagt, aus Anlaß dieses Falles nicht für nötig, da angeht die vom OGH zu prüfenden Vorfragen eine Notwendigkeit der Entsch. der Streitfrage dahinstellt. Allgemeine Richtschnur für die Entsch. eines Falles der vorl. Art wird aber die sein müssen: Unter Beachtung der Ziele und Grundgedanken des RGH — gegebenenfalls unter Anwendung von § 56 RGH — dahin zu streben, daß diejenigen Ehegattenbesitzungen, die nach der früheren Npr. als Erbhof angesehen wurden, auch jetzt noch für den Schutz des RGH gewonnen werden. Es kann danach gerechtfertigt sein, in dem schon oben behandelten Falle einer bloßen Minderung der Fähigkeiten des Ehemannes die weitgehendste Möglichkeit eines Ausgleichs durch den anderen Teil anzunehmen. Auch die hier offengelassene Rechtsfrage wird unter Beachtung vorstehender Grundätze zu entscheiden sein. Sollte dabei die Vorschrift des § 17 Abs. 4 EHN auch auf Tatbestände aus der Zeit vor Erlaß der EHN für anwendbar erklärt werden, so wird in dem vorl. besonders gelagerten Fall noch zu prüfen sein, ob nicht das aus § 1 Abs. 1 Ziff. 2 EHN zu entnehmende Hindernis für die Erbhofentstehung — bei Beachtung des unstrittigen Zwecks dieser Vorschrift — dadurch ausgeschaltet ist, daß rechtzeitig Antrag auf Entschuldung gestellt ist (vgl. Johae: RdR. 1937, 288 Nr. 3 und Rauber: das. S. 730—733).

(RGH., 1. Sen., Beschl. v. 16. Dez. 1937, 1 RB 587/36.)

(= RGH 5, 200.)

60. § 15 Abs. 1 RGH. Die Tatsache, daß der sein Auerbenrecht geltend machende Sohn eines i. F. 1934 verstorbenen Bauern von Beruf Bankbeamter ist, kann die Bejahung seiner Bauernfähigkeit nicht hindern, wenn er alle landwirtschaftlichen Arbeiten versteht, sich in der Freizeit stets auf dem Hof beschäftigt hat und sonstige männliche Abkömmlinge des Bauern, die Landwirte sind, nicht vorhanden sind.

Eigentümer des landwirtschaftlichen Anwesens Hans Nr. 2 in S. in einer Größe von 23,042 ha waren die in allgemeiner Gütergemeinschaft lebenden Eheleute Adam und Anna F. Das Anwesen soll sich seit etwa 100 Jahren im Besitz der Familie befinden. Mit Rücksicht auf die Krankheit des Adam F. ist das Anwesen zunächst 1924 oder 1925 teilweise und sodann 1929 in vollem Umfange verpachtet worden. Aus der Ehe der Eheleute F. sind drei verheiratete Töchter und zwei Söhne, Georg, jetzt etwa 56 Jahre alt, und Hans, jetzt etwa 45 Jahre alt, vorhanden. Ersterer lebt seit 1899 in Berlin. Er hat das Metzgerhandwerk erlernt und ist bereits mit 13 Jahren in die Lehre gekommen, ohne sich in der Folgezeit in der Landwirtschaft noch praktisch betätigt zu haben; Georg F. ist verheiratet und besitzt einen Sohn im Alter von 27 Jahren, der Gerichtsassessor ist. Hans F. hat zunächst die Realschule besucht und sodann das Bankfach erlernt. Er ist Staatsbankinspektor, seit 1936 verheiratet und besitzt eine Tochter. Hans F. hat während seiner Schulzeit und auch später — bis zur Verpachtung des Hofes — stets auf dem Anwesen Sonnabends und Sonntags sowie während seines Urlaubs und in den Ferien bei allen landwirtschaftlichen Arbeiten geholfen. Infolge einer Kriegsverletzung ist er zu 50 % erwerbsunfähig und bezieht eine entsprechende Kriegszentrale.

Am 13. Jan. 1934 ist der Ehemann Adam F. gestorben. Am 25. April 1934 hat das Nachlassgericht dem jüngeren Sohne Hans F. als Auerben einen Sondererbschein hinsichtlich des Erbhofes erteilt, nachdem Hans F. die Auerbschaft angenommen hatte.

Mit der Behauptung, daß der Hof ständig durch Verpachtung genutzt werde, hat Hans F. sodann im Nov. 1934 beim OGH eine Feststellung beantragt, daß das Anwesen, dessen Erbhofeigenschaft im Einspruchsverfahren nicht in Zweifel gezogen war, kein Erbhof sei. Hans F. hatte u. a. in seiner Antragsbegründung geltend gemacht, daß jede bäuerliche Verbundenheit der Sippe mit dem Anwesen gelöst und seine Arbeit, die sich lediglich auf die Ferien- und Urlaubszeit beschränkt habe, nur „dilettantisch“ gewesen sei. Das OGH hat festgestellt, daß der eingangs bezeichnete Besitz Erbhof sei, indem es eine ständige Verpachtung i. S. des § 1 Abs. 2 RGH verneint und im übrigen alle sachlichen und persönlichen Voraussetzungen der Erbhofeigenschaft beachtet hat. Die von Hans F. hiergegen eingelegte sofortige Beschwerde ist durch den rechtskräftig gewordenen Beschluß des OGH unter Ablehnung eines Wiedereinsetzungsersuchens wegen Fristversäumnis als unzulässig verworfen worden.

Nunmehr hat der RGH beim OGH beantragt, festzu-

stellen, daß Hans F. nicht bauernfähig sei; er hat sich in der Hauptsache auf das eigene Vorbringen des Hans F. in dem Feststellungsverfahren über die Erbhofeigenschaft des elterlichen Grundbesitzes bezogen. Das OGH hat festgestellt, daß Hans F. bauernfähig sei. Es hat auf Grund der Beweisaufnahme für einwandfrei erwiesen erachtet, daß Hans F. imstande sei, einen Pächter ordnungsgemäß zu überwachen, daß er alle landwirtschaftlichen Arbeiten verstehe und bei ihm die bäuerliche Einstellung und die Liebe zur Scholle in einem Maße vorhanden sei, wie man es bei einem in ganz anderem Berufszweige Tätigen selten finde. Darin, daß er früher die Feststellung der Richterhofeigenschaft des Besitzes betrieben habe, hat das OGH — entgegen dem vom RGH vertretenen Standpunkt — nicht einen Beweis einer „bankmäßig kapitalistischen Einstellung“ und eines Mangels an bäuerlichem Denken erblickt, zumal nicht behauptet worden sei, daß Hans F. irgendeinem dem Hofe abträgliche Maßnahme getroffen habe und daß die Bewirtschaftung des Anwesens durch ihn zu wünschen übrig ließe.

Das OGH hat die angef. Entsch. des OGH aufgehoben und festgestellt, daß Hans F. nicht bauernfähig sei. Es hat ebenso wie das OGH angenommen, daß der Hof, der seit dem 4. Dez. 1935 in die Erbhoferolle eingetragen ist, Erbhof geworden sei. Das OGH hat sodann zusammenfassend erwohnen, daß der in dem früheren Feststellungsverfahren zutage getretene Mangel der bäuerlichen Einstellung und der Bodenverbundenheit des Hans F. immer noch vorliege und er deshalb beim Erbfall nicht bauernfähig gewesen sei und es auch heute noch nicht sei.

Der sofortigen weiteren Beschwerde war der Erfolg nicht zu versagen.

Der Hinweis des Beschwerft. auf die von ihm angeführten Entsch. des RGH berücksichtigt allerdings nicht, daß es sich in diesen Entsch. um die erstmalige Feststellung der Erbhofeigenschaft eines Anwesens und die hierfür eine Voraussetzung bildende Bauernfähigkeit des Eigentümers handelt, bei der nach ständiger Npr. nicht zu hohe Anforderungen gestellt werden dürfen, also in der Regel ein milderer Maßstab an die persönlichen Eigenschaften des Hofeigentümers gelegt werden muß. Handelt es sich jedoch — wie hier — nicht um die Frage der Entstehung eines Erbhofes, sondern um die Bauernfähigkeit einer ihr Auerbenrecht geltend machenden Person, so ist in der Regel die Anlegung eines milderen Maßstabes nicht gerechtfertigt, vielmehr muß in solchen Fällen grundsätzlich verlangt werden, daß derjenige, der das Auerbenrecht in Anspruch nimmt, nicht nur ehrbar ist, sondern i. S. des § 15 Abs. 1 Satz 2 RGH auch jede Gewähr dafür bietet, daß der Erbhof den heutigen Anforderungen entsprechend bewirtschaftet wird (so u. a. RGH 4, 281 = JW. 1937, 3258⁶⁷; RGH 4, 288 = JW. 1937, 3259⁶⁸; ebenso neuerdings Beschluß v. 26. April 1938, 1 RB 155/37). Dieser Grundsatz hindert freilich nicht, im Einzelfall mit Rücksicht auf die besonderen Umstände hinsichtlich der die Bauernfähigkeit ausmachenden persönlichen Eigenschaften des Hofnachfolgers in einem Auerbenstreit auch einen milderen Maßstab anzulegen. Die Beurteilung muß stets auf den einzelnen Fall abgestellt sein und eine den Grundgedanken und Zielen des RGH entsprechende Entsch. herbeiführen.

Aber selbst wenn man in dem hier zur Entsch. stehenden Fall einen schärferen Maßstab anlegt, genügt der Beschwerft. ohne Zweifel den Anforderungen, die an die Wirtschaftsfähigkeit i. S. des § 15 Abs. 1 Satz 2 RGH zu stellen sind. Dies hat die Beweisaufnahme eindeutig ergeben. Daß der Beschwerft. seine frühere Betätigung auf dem Hofe und seine landwirtschaftlichen Kenntnisse in dem Feststellungsverfahren, mit dem er die Feststellung der Richterhofeigenschaft des Anwesens erstrebte, anders und geringer gewertet hat, ist im Hinblick auf das Ergebnis der Ermittlungen für die Frage, ob Hans F. tatsächlich imstande ist, den Erbhof ordnungsgemäß zu bewirtschaften, unerheblich. Daß er Beamter geworden ist und für die Übernahme des Hofes früher nicht in Aussicht genommen war, steht der Bejahung seiner Bauernfähigkeit nicht entgegen. Offenbar ist die Auffassung des RGH und ihm folgend des OGH auch weniger durch das Ergebnis der Beweiserhebungen und die daraufhin zu treffenden tatsächlichen Feststellungen, als durch die frühere eigene Stellungnahme des Beschwerft. in dem Feststellungsverfahren beeinflusst, die indessen, wie schon gesagt, in diesem Zusammenhange nicht als ausschlaggebend herangezogen werden kann.

Es fehlt auch an genügenden Anhaltspunkten dafür, daß Hans F. bäuerliches Denken und die innere Verbundenheit mit der Landwirtschaft völlig verlorengegangen sei. Wenngleich der Beschwerft. in dem früheren Feststellungsverfahren auch eine völlige Lösung der inneren Verbundenheit der Sippe mit dem Hofe geltend gemacht hatte, lassen sich hieraus keine ins Gewicht

fallenden Schlüsse ziehen. Das OLG hat bereits in dem rechtskräftigen Beschluß v. 2. Juli 1935, in dem es unter Verneinung einer ständigen Verpachtung (§ 1 Abs. 2 RFG) die Erbhofeigenschaft bejaht hat, mit zutreffenden Erwägungen dargelegt, daß von einer Lösung der inneren Verbundenheit keine Rede sein könne. Durch seine eigene langjährige Betätigung auf dem Hofe in seiner Freizeit hat der Beschw. selbst hinreichend bewiesen, daß er das Interesse für die Landwirtschaft und die Liebe zur Scholle behalten hat und keineswegs seine Verbundenheit mit dem väterlichen Grund und Boden verloren hat, wobei es dahingestellt bleiben kann, inwieweit überhaupt von dem sein Anerbenrecht geltendmachenden eine innere Verbundenheit gerade mit dem von ihm beanspruchten Erbhofe zu verlangen ist. Daraus, daß Hans F. das Bankfach erlernt hat und Staatsbankinspektor geworden ist, kann nicht auf einen Mangel an Neigung für die Landwirtschaft geschlossen werden, da zunächst ein anderer Bruder für die Übernahme des Hofes vorgezogen war, der jedoch im Kriege gefallen ist. Wenn der Beschw. nach dem Kriege nicht alsbald selbst den Hof übernommen und es später auch zur Verpachtung hat kommen lassen, nachdem der Vater, auch mit seiner Hilfe, den Hof nicht mehr selbst bewirtschaften konnte, so kann auch hieraus bei den damals herrschenden Anschauungen und bei der damaligen schwierigeren Lage der Landwirtschaft kein für Hans F. nachteiliger Schluß gezogen werden, zumal er durch seine vielfache aufopfernde Betätigung auf dem Hofe das bei ihm wirklich vorhandene Interesse bewiesen und damit gezeigt hat, daß ihm häuerliches Denken nicht fremd geworden ist. Dem Beschw. dieses nunmehr abzuerkennen und ihm auch die Wirtschaftsfähigkeit abzuspochen, würde zudem einen gewissen Widerspruch zu den für die Bejahung der Erbhofeigenschaft des Anwesens leinerzeit maßgeblichen Gründen darstellen.

Die frühere Haltung des Beschw. in dem Erbhofestellungsverfahren könnte nur insofern von Erheblichkeit sein, als daraus auf eine nicht erhörbare Gestinnung des Beschw. geschlossen werden könnte. Auch das ist indessen nicht der Fall. Daß Hans F. bewußt unwahre Behauptungen in dem früheren Verfahren aufgestellt hätte, um das Gericht irrezuführen, läßt sich nicht feststellen. Vielmehr hat er im wesentlichen den Sachverhalt nur von sich aus derart beleuchtet und gewürdigt, daß damit das Bestehen einer ständigen Verpachtung i. S. des § 1 Abs. 2 RFG begründet werden konnte. Der Beschw. hat jetzt glaubhaft dargelegt, daß dies auf einer ihm damals gegebenen Rechtsbelehrung beruht habe. Wegen seines Verhaltens in dem Feststellungsverfahren über die Erbhofeigenschaft des Anwesens und wegen des dort von ihm verfolgten Zieles kann Hans F. mithin nicht die Ehrbarkeit abgesprochen werden, mag sein Verhalten auch zu mißbilligen sein. In der damaligen Zeit sind vielfach die Bedeutung des RFG und die von ihm verfolgten Ziele noch nicht allgemein genügend erkannt und gewürdigt worden, so daß aus dem Bestreben, die Verneinung der Erbhofeigenschaft eines Besitzes zu erreichen, nicht zu weitgehende Folgerungen gezogen werden dürfen. Bei Beurteilung der Gestinnung des Beschw. muß auch berücksichtigt werden, daß er das damalige Ziel kaum aus derart eigenüchtigen Beweggründen, wie das OLG annimmt, verfolgt haben dürfte, da er bei Bejahung der Erbhofeigenschaft der nächstberechtigten Erbe des ganzen Hofes ist, während er bei Verneinung der Erbhofeigenschaft mit seinen Geschwistern hätte teilen müssen.

Hiernach rechtfertigt sich selbst bei Anlegung eines schärferen Maßstabes die Bejahung der Bauernfähigkeit des Hans F. Abrißens wäre bei den gegebenen Umständen des Falles, die eine Vererbung des Erbhofes im Mannesstamm nur bei Bejahung der Bauernfähigkeit des Hans F. zulassen, auch die Anlegung eines mildereren Maßstabes an die persönlichen Eigenschaften gerechtfertigt. Denn wenn man die Bauernfähigkeit des Beschw. verneinen wollte, müßte um so mehr die Bauernfähigkeit seines Bruders Georg und dessen Sohnes verneint werden, so daß der Erbhof sich nicht mehr im Mannesstamme vererben könnte.

(RGSt, 1. Sen., Beschl. v. 14. Juni 1938, 1 RB 659/37.)
 < = RGSt 5, 282.)

*

61. § 37 RFG. Wird die Inanspruchnahme von Erbhofland aus Gründen des Allgemeinwohls notwendig, kann jedoch kein geeignetes Ersatzland gewährt werden und bleibt dadurch der Resthof nicht mehr lebensfähig, so ist grundsätzlich eine Teilveräußerung nicht zu genehmigen; statt dessen muß der Erwerb des ganzen Besitzes und die Ansiedlung des bisherigen Eigentümers anderwärts erstrebt werden.

Der Bauer Adolf G. in St. ist Eigentümer eines Erbhofes. Der Grundbesitz ist 28,1321 ha groß und hat einen Ein-

heitswert von 31 000 RM. Der 39 Jahre alte Eigentümer ist seit 1928 verheiratet und hat drei Kinder, zwei Söhne und eine Tochter, im Alter von 6—10 Jahren. Der Grundbesitz befindet sich im Schuldenregelungsverfahren.

In der vom dem UrW. der Stadt St. am 20. Nov. 1934 aufgenommenen Verhandlung erklärte sich Adolf G. zusammen mit 43 anderen Bauern oder Landwirten bereit, der Stadt St., auch für das Reichsluftfahrtministerium in Berlin, mehrere Parzellen zur Errichtung einer Verkehrsfliegerschule zu verkaufen, und zwar auf der Grundlage eines Preises von 2000 bis 2500 RM je Hektar. Bei Festsetzung des Preises innerhalb dieser Spanne sollten die Güte des Landes, die Einjaat und die sich etwa ergebenden Wirtschaftsschwierigkeiten berücksichtigt werden. Soweit möglich, sollte die Stadt durch Gewährung eigenen Geländes oder durch Erwerb fremden Geländes besondere Härten auszugleichen versuchen, die sich für die einzelnen Wirtschaften durch Abgabe der Flächen ergeben würden. G. erklärte sich ferner damit einverstanden, daß das zur Errichtung des Flugplatzes und der Bauten erforderliche Land sofort in Anspruch genommen werden könne. Die Stadt St. hat durch Erklärung v. 29. Jan. 1935 die Angebote der 44 Bauern oder Landwirte, darunter des Adolf G., angenommen. Der Flugplatz ist inzwischen fertiggestellt.

In der Verhandlung v. 20. Nov. 1934 hatte sich Adolf G. bereit erklärt, 9,8146 ha seines Hofes zu verkaufen, und zwar 5,0881 ha an das Deutsche Reich und 4,7265 ha an die Stadt St.

Adolf G. hat beantragt, die Genehmigung zur Veräußerung der 9,8146 ha zu versagen. Er führt aus: Durch die Abtrennung der von dem Reich und der Stadt St. in Anspruch genommenen Flächen (über 6 ha gutes Ackerland und etwa 3½ ha gute Kuhweide) werde sein Grundbesitz so zerstückelt, daß er nicht mehr wirtschaftlich ausgenutzt werden könne. Der Bestand des Hofes sei gefährdet, wenn die Stadt nicht gleichwertige Ländereien zur Verfügung stelle.

Der Bürgermeister der Stadt St. bittet, die Veräußerung zu genehmigen. Die Stadt habe G. als Ersatzland Marschland angeboten. Der Eigentümer habe die Annahme jedoch abgelehnt. Geesland sei nicht vorhanden.

Das OLG hat die Veräußerung mit der Maßgabe genehmigt, daß mindestens 6 ha Ackerland in geeigneter Lage und gleicher Güte als Ersatz beschafft werden. Das OLG führt aus: Der Bauer werde durch die Landabgabe in empfindlicher Weise betroffen. Es sei daher billig, daß die Stadt St. für einen angemessenen Ausgleich Sorge. Sie sei dazu auch in der Lage.

Der Bürgermeister der Stadt St. hat gegen diese Entsch. insoweit sofortige Beschwerde eingelegt, als die Genehmigung zur Veräußerung von der Beschaffung von Ersatzland abhängig gemacht worden ist.

Das OLG hat die Beschwerde mit der Maßgabe zurückgewiesen, daß die vom OLG vorgeordnete Bedingung folgende Fassung erhält:

1. Die Stadt St. hat dem Bauern G. die näher bezeichneten Parzellen in Größe von 1,9972 ha als Ersatzland zu gewähren.
2. Die Stadt St. hat dem Bauern G. weiterhin 4 ha Ackerland in geeigneter Lage und in gleicher Güte als Ersatz zu beschaffen.

Das OLG führt aus: Schon jetzt sei der Grundbesitz des G. in 14 verschiedenen Flächen verteilt und dadurch schwer zu bewirtschaften. Das abgegebene Land stelle das Herz seines Erbhofes dar. Wenn die in Rede stehenden Ländereien dem Bauern ohne Gewährung von Ersatzland genommen würden, sei der Restbesitz derartig zerstückelt, daß sich die Bewirtschaftung des Hofes kaum noch lohne. Der Hof verliere außerdem so viel Ackerland, daß die bisherige Wirtschaftsweise nicht beibehalten werden könne. G. sei unbedingt auf Ersatzland in Größe von 6 ha angewiesen. Die Gewährung von Ersatzland sei keine unbillige Zumutung für die Stadt. Die Ersatzbeschaffung stoße auch nicht auf unüberwindliche Schwierigkeiten.

Die sofortige weitere Beschwerde des Bauern G. führte zur Aufhebung und Zurückverweisung an das OLG.

Gegenstand des Verfahrens ist die Veräußerung von Teilen eines Erbhofes, die nach § 37 Abs. 2 RFG nur beim Vorliegen eines wichtigen Grundes genehmigt werden darf. Die Grundstücke sollen zum Teil auf das Deutsche Reich, zum Teil auf die Stadt St. übergehen. Sie sind zur Anlage eines Flugplatzes benutzt worden, und zwar, wie die überreichten Karten zeigen, sämtlich aus dem Besitze des G. erworbenen Grundstücke. Da die Verwendungs der Grundstücke dem öffentlichen Wohle dient, liegt ein wichtiger Grund zur Veräußerung i. S. des § 37 Abs. 2 RFG vor.

Bei Erteilung der anerbengerichtlichen Genehmigung nach § 37 Abs. 2 RFG ist aber weiter zu prüfen, ob die Veräuße-

Das OLG stellte fest, daß das Grundstück Nr. 38 nicht zum Erbhofe gehöre.

Das OLG wies die Beschw. der Eheleute S. zurück. Es führte aus, daß nach der Beweisaufnahme die Hofzugehörigkeit des ganzen ehemännlichen Grundstücks bejaht werden müßte. Ungachtet dieser tatsächlichen Lage habe jedoch ein Ehegattenerbhof nicht entstehen können, weil es einen Erbhof, der teilweise zu einer Vorerbschaft gehöre und teilweise im Alleineigentum stehe, aus Rechtsgründen nicht geben könne. Diese Ansicht hat das OLG unter Berufung auf ein Urteil des RG. sowie unter Ablehnung und Würdigung der entgegengesetzten Ansicht des RGStB (RGStB 2, 197 = JW. 1936, 1843²⁰; RGStB 3, 156 = JW. 1936, 3552¹⁹) näher begründet.

Die weitere Beschw. ist nach § 49 Abs. 4 RGStB zulässig. Die bisherige Entsch. beruhen auf verschiedenen Grundlagen, da die Erbhofteneigenschaft des Grundstücks Nr. 38 vom OLG aus tatsächlichen Gründen, vom OLG aber unter entgegengesetzter Beurteilung der tatsächlichen Verhältnisse lediglich aus Rechtsgründen verneint worden ist. Die Beschw. mußte auch Erfolg haben.

Die Anträge der Eheleute S. machen eine sachliche Entsch. darüber erforderlich, ob das Grundstück des Ehemannes, Haus Nr. 38, mit dem Grundbesitz der Frau zusammen einen Ehegattenerbhof bildet oder nicht.

Rechtliche Bedenken bestehen gegen den Feststellungsantrag der Eheleute S. entgegen der Ansicht des OLG nicht. Die vom OLG als unrichtig bekämpfte, aber vom RGStB in ständiger Mpr. vertretene Ansicht, daß ein Erbhof teilweise zu einer Vorerbschaft gehören und teilweise Volleigentum sein könne, ist inzwischen durch § 52 EHRB zum Gesetz erhoben worden. Allerdings spricht § 52 Abs. 1 EHRB von einer Bestizung, die „am 1. Okt. 1933 dem Eigentümer“ teils als Volleigentümer, teils als Vorerben gehört habe. Sein Wortlaut allein würde nicht zu der Auslegung zwingen, daß die gesetzliche Regelung auch für den hier vorl. Fall gilt, daß ein Ehegatte Volleigentümer, der andere aber Vorerbe ist. Die Nennung des 1. Okt. 1933 als Stichtag könnte sogar für die gegenteilige Auslegung ins Feld geführt werden, da für Ehegattenerbhöfe, die sich aus verschiedenen Eigentumsarten zusammensetzen, erst der 21. Dez. 1933 als Stichtag in Frage kommt (§ 18 EHRB). Es kann dahingestellt bleiben, ob § 52 Abs. 1 EHRB das Eigentum des Vorerben nur für den Zeitpunkt des Inkrafttretens des RGStB dem Volleigentum gleichstellen wollte, also auf Fälle eines späteren Zusammentreffens von Volleigentum und Vorerbschaftseigentum grundsätzlich nicht anzuwenden ist. Jedenfalls findet er eine entsprechende Anwendung für den Stichtag des 21. Dez. 1933, das heißt er gilt auch für den Fall, daß an diesem Tage eine von einer Hofstelle aus bewirtschaftete Bestizung zum Teil Volleigentum eines Ehegatten und zum Teil Vorerbschaftseigentum des anderen Ehegatten war (vgl. Vogel's, Ven. 2 Abs. 3 zu § 52 EHRB). Es läge nicht i. S. des RGStB, hier etwa einen Unterschied zu machen, je nachdem, ob der Besitz des einen Ehegatten schon vor dem 21. Dez. 1933 Erbhof war oder nicht; denn der Gesetzgeber legte offenbar mehr Wert darauf, einen schon bestehenden Erbhof durch Hinzunahme der mitbewirtschafteten Grundstücke des anderen Ehegatten zu stärken, als den durch eine Nacherbsfolge vor dem Inkrafttreten des Gesetzes geschaffenen besonderen erbrechtlichen Verhältnissen Rechnung zu tragen. Allerdings tritt bei der entsprechenden Anwendung des § 52 Abs. 1 EHRB auf die Fälle des § 18 EHRB eine Kollision ein zwischen den erbrechtlichen Vorschriften des § 51 Abs. 2—4 i. Verb. m. § 52 einerseits und den §§ 20 ff. EHRB andererseits. Eine Schwierigkeit bei der Beantwortung der Frage, wer als Anebe berufen ist, kann aber der vom Gesetzgeber als möglichst umfassend gedachten erbhofrechtlichen Bindung des hierfür geeigneten Grundbesitzes nicht im Wege stehen. Im vorl. Fall braucht diese Frage nicht entschieden zu werden. Sie wird sogar ganz ohne praktische Bedeutung sein, wenn die in dem Erbvertrage von 1912 vorgesehene Nacherbsfolge überhaupt nicht eintritt. Dies ist jetzt, nachdem der Vorerbin ein Kind geboren wurde, das Wahrscheinlichere.

Die Entsch. hängt also von den tatsächlichen Verhältnissen ab, d. h. von der Beantwortung der Frage, ob das Grundstück des Ehemannes zusammen mit dem Grundbesitz der Ehefrau, der zweifellos Erbhofeigenschaft besaß, am 21. Dez. 1933 eine von einer Hofstelle aus bewirtschaftete Bestizung darstellte (§ 18 Abs. 1 EHRB, früher § 5 der 2. Durchf. zum RGStB). Diese Frage bejaht der Senat in Übereinstimmung mit dem OLG.

Bereits ein Blick auf den bei den Akten befindlichen Lageplan zeigt, daß das hinzugekaufte Grundstück zur Erweiterung der in ihren Raumbhältnissen etwas beengten Hofstelle Nr. 36 herborragend geeignet ist. Die Absicht, das hinzugekaufte Grundstück zu einer solchen Erweiterung zu benutzen, muß nach Lage der Sache der Grund dafür gewesen sein, daß der Ehemann der Hof-

eigentümerin für das Grundstück einen Preis anlegte, den auch die Nacherben als ungewöhnlich hoch bezeichnen. Insofern spricht gerade die Höhe des Preises gegen die von den Nacherben vermutete Spekulationsabsicht. Die Absicht, das hinzuerworbene Grundstück für die Zwecke des Hofes der Frau mitzubewirtschaften, war am 21. Dez. 1933 auch bereits zum Teil verwirklicht. Etwa $\frac{4}{5}$ seiner Fläche dienten der Wirtschaft als Hausgarten. Allerdings war auch vorher ein Garten schon vorhanden. Er lag aber nicht in unmittelbarem Zusammenhang mit der Hofstelle, sondern in einiger Entfernung von ihr. Jedenfalls bedeutete die Hinzunahme der neuen Gartenfläche eine erhebliche Verbesserung für die Wirtschaft. Die glaubhafte Aussage des Lehrers B. bestätigt auch die Absicht des Ehemannes S., das Grundstück noch darüber hinaus den Zwecken des Hofes der Frau dienstbar zu machen. B. hat bekundet, daß sein im November 1932 mit S. abgeschlossener Mietvertrag die Bestimmung enthält, daß S. über den vermieteten Teil des Grundstücks Nr. 38 eine Einfahrt nach dem Hofe herstellen könne. B. bekundet ferner, daß S. ihm den Verkauf des unbebauten Teiles des Grundstücks Nr. 38 mit dem Vermerken abgeschlossen habe, er brauche die Parzelle für Zwecke des Hofes. Alle diese Umstände rechtfertigen bereits die Feststellung, daß das Grundstück Nr. 38 bald nach dem Kauf in eine regelmäßige Bewirtschaftung von der Hofstelle Nr. 36 aus genommen worden ist. Die Vermietung an B. spricht nicht gegen die Annahme der Hofzugehörigkeit. Diese Art der Nutzung ist als nur vorübergehend anzusehen. Nach der Bekundung des Zeugen B. hat S. schon bei den Mietverhandlungen die Absicht geäußert, später in das Haus ein paar auf dem Hofe beschäftigte Arbeiterfamilien hineinzusetzen. Daß diese Absicht bestanden hat und noch besteht, ist durchaus glaubhaft. Auch als Wohnung für einen Altenteiler könnte das Haus Nr. 38 in Frage kommen.

(RGStB, 2. Sen., Beschl. v. 31. März 1938, 2 RB 1496/36.)
(= RGStB, 5, 210.)

Preussisches Oberverwaltungsgericht

63. § 25 GaststättG.; § 41 PolVerbG. Die Verpachtung einer im Zusammenhang mit einer Schankwirtschaft betriebenen Speisewirtschaft ist grundsätzlich zulässig.

Die Brauereibesitzerin B. in Breslau betreibt dort die Schankwirtschaft X. in einer sog. Kretschmerei, in der selbstgebrautes Bier zum Ausschank kommt. Die zu der Wirtschaft gehörige Speisewirtschaft hat sie durch Vertrag v. 2. März 1933 an die Eheleute L. verpachtet. Letztere sind nach § 3 des Vertrages verpflichtet, die Speisewirtschaft zum Nutzen des gesamten Betriebes zu führen, Speisen und Getränke stets in bester Form zu verabfolgen, auch in allen übrigen geschäftlichen Angelegenheiten das Interesse des gesamten Betriebes wahrzunehmen und sich den Anordnungen der Frau B., soweit nicht die Bestimmungen des Vertrages entgegenstehen, zu fügen. Für die Anstellung des erforderlichen Küchenpersonals haben die Pächter selbst zu sorgen, während sie an der Entlohnung und den sozialen Beiträgen für die Kellner nur anteilig beteiligt sind. Die Pachtsumme richtet sich gemäß § 1 des Vertrages nach der Höhe des Umsatzes der Speisewirtschaft.

Der PolPräs. in Breslau, der eine derartige Verpachtung für grundsätzlich unzulässig ansah, weil der Betrieb einer Schankwirtschaft einschließlich der dazu gehörenden Speisewirtschaft gewerbepolizeilich eine Einheit darstelle und die Speisewirtschaft daher nicht an Dritte zur Bewirtschaftung für deren Rechnung übertragen werden dürfe, ließ der Frau B. zunächst am 1. Okt. 1936 mündlich aufgeben, binnen drei Monaten die Speisewirtschaft auf eigene Rechnung zu übernehmen, widrigenfalls er mit polizeilichen Zwangsmaßnahmen gegen sie vorgehen würde. Frau B. hat um eine schriftliche Verfügung und machte geltend, daß der Speisewirtschaftsbetrieb in ihrer Kretschmerei ebenso wie in fast sämtlichen anderen Breslauer Kretschmereien, seit jeher verpachtet worden sei und das Verlangen, diesen Betrieb in Selbstbewirtschaftung zu nehmen, nicht nur jeglicher Rechtsgrundlage entbehre, sondern auch für die Pächter die Vernichtung ihrer wirtschaftlichen Selbstständigkeit bedeute. Der PolPräs. hielt nach erneuter Prüfung der Sachlage und nach Anhörung der Gauverwaltung der Deutschen Arbeitsfront und der Wirtschaftskammer für den Wirtschaftsbezirk Schlesien an seinem Standpunkt fest und forderte Frau B. durch schriftliche Verfügung v. 23. Nov. 1936 auf, der ihr mündlich gegebenen Anordnung nachzukommen und innerhalb der ihr dort gestellten Frist die Speisewirtschaft nicht mehr an Dritte zur Bewirtschaftung für deren Rechnung zu überlassen, da er anderenfalls gegen sie ein Strafverfahren nach § 147 Ziff. 1 RWGd.

und nötigenfalls die Klage auf Zurücknahme der Schankerlaubnis einleiten werde.

Nach fruchtloser Beschw. beim RegPräs. in Breslau erhob Frau B. Klage im Verwaltungsstreitverfahren. Das BezVerwGer. in Breslau, das mehrere gleichliegende Sachen dieser Art bis zur rechtskräftigen Entsch. des vorl. Rechtsstreits aussetzte, gab der Klage durch Art. v. 8. Juli 1937 mit folgender Begründung statt:

Bei der unter dem 7. Mai 1925 erfolgten Erteilung der Erlaubnis für die genannte Schankwirtschaft sei auf Antrag der Polizeibehörde zur Auflage gemacht worden, daß „ausreichende Speisewirtschaft betrieben“ werde. Eine derartige Auflage würde sich aber nur rechtfertigen lassen, wenn zwar für eine Schankwirtschaft kein Bedürfnis bestehe, wohl aber für eine Schankwirtschaft mit Speisewirtschaft. Die fragliche Wirtschaft gehöre jedoch zu den privilegierten Breslauer Kretschmereien, es werde dort nur selbst gebrautes Bier ausgeschenkt, und der Betrieb halte sich daher im Rahmen des Privilegs von Kaiser Leopold I. aus dem Jahre 1703. Infolgedessen sei auch die Erlaubniserteilung im Jahre 1925 ohne Prüfung der Bedürfnisfrage vorgenommen und die Rechtmäßigkeit der dabei gemachten Auflage zweifelhaft. Jedenfalls gehe diese Auflage aber nicht so weit, von dem Erlaubnisinhaber zu fordern, daß er die Speisewirtschaft selbst betriebe. Vielmehr werde der Auflage schon genügt, wenn er eine Speisewirtschaft einrichte, den Betrieb derselben aber einem Pächter überlasse.

Es sei daher zu prüfen, ob die PolVfg. v. 23. Nov. 1936 sich auf andere Gründe stützen lasse. Dies sei zu verneinen.

Die vom Bekl. angeführte Entsch. des RG. v. 25. Jan. 1935 (RV. 1935, 3398/99) könne auf den vorl. Fall nicht angewendet werden. Es handele sich in dieser Entsch. um den Verkauf von Tabakwaren. Der Verkauf dieser Waren dürfe nur während der allgemeinen Geschäftsstunden erfolgen. Eine Ausnahme gelte nur für den Gastwirt. Der Verkauf nach Ladenschluß in der Gaststätte sei somit ein Ausfluß der Konzession. Anders sei es aber bei Speisewirtschaften. Sie hätten die gleiche Polizeistunde wie Gaststätten (§§ 25, 14 GaststättG.). Es beständen daher auch keine Bedenken dagegen, daß ein Dritter, nämlich der Pächter der Speisewirtschaft, für eigene Rechnung Speisen in konzessionierten Räumen innerhalb der zugelassenen Polizeistunde zum Verzehr innerhalb der Gaststätte an die Gäste verabfolge.

Die verpachtete Küche sei im vorl. Fall in dem Erlaubnisschein nicht mitaufgeführt. Aber auch wenn die Küche, wie der Bekl. behauptet, als mitkonzessioniert anzusehen wäre, würde dies die angefochtene PolVfsg. nicht rechtfertigen, zumal es zulässig sei, daß für den gleichen Raum mehrere Konzessionen nebeneinander bestünden (vgl. Mich e l, „GaststättG.“, 2. Aufl., Anm. I 3 b zu § 3, S. 84).

Die Ansicht des Bekl., daß bei polizeiwidrigem Verhalten des Pächters der Gesamtbetrieb geschlossen werden könnte oder müßte, möge grundsätzlich richtig sein. Aber auch in einem Falle, wo der Speisekoch Angestellter des Wirtes sei und sich in seinem Dienste eine Polizeiwidrigkeit zuschulden kommen lasse, könne in der Regel der ganze Wirtschaftsbetrieb des Arbeitgebers und Konzessionisinhabers geschlossen und das Konzessionsentziehungsverfahren eingeleitet werden. Wenn Schankwirtschaft und Speisewirtschaft von verschiedenen Inhabern in demselben Lokal betrieben würden, wie im vorl. Falle, und wenn der Schankwirt die Verlängerung der Polizeistunde beantragen sollte, so bleibe es der Polizeibehörde unbenommen, die Erteilung der Erlaubnis der Polizeistundenverlängerung davon abhängig zu machen, daß auch der Pächter der Speisewirtschaft die gleiche Erlaubnis nachsuche.

Eine PolVfsg., die dem Gastwirt und Konzessionarinhaber den Betrieb der Speisewirtschaft in eigener Regie aufgabe, könne mit Rücksicht auf die Vorschriften der §§ 41 Abs. 3 und 31 Abs. 1 PolVerwG. nicht lediglich auf die Erwägung gestützt werden, daß durch die Trennung der beiden Betriebe in der Hand zweier verschiedener Unternehmer polizeiliche Mißstände entstehen könnten. Jedenfalls hätten der RegPräs. und der Bekl. nicht dargetan, daß durch die Verpachtung der Speisewirtschaft seitens der Kl. Gefahren für das Publikum entstanden, zu deren Abwendung die PolVfsg. erforderlich gewesen sei. Wenn der Bekl. einwende, daß die Pächter der Speisewirtschaft in dem Lokal der Kl. gemäß § 15 a RGewD. verpflichtet seien, ihren Familiennamen über der Eingangstür der Gaststätte anzubringen und daß sie dies unterlassen hätten, so treffe das zwar zu; dies berechtige die Polizeibehörde aber nicht, dem Schankwirt die Verpachtung der Speisewirtschaft an einen selbständigen Unternehmer zu verbieten, sondern nur dazu, die Pächter der Speisewirtschaft zur Erfüllung ihrer Pflichten aus § 15 a RGewD. anzuhalten. Voraussetzlich hätte es genügt, die Pächter zur Nachholung dieser Maßnahme aufzufordern und der Verpächterin nahezu legen, daß sie dieses dürfe. Die Kl. habe sich auch nicht geweigert, den Pächtern der Speise-

wirtschaft das Anbringen ihres Namens über der Eingangstür der Gaststätte zu gestatten.

Zweifellos sei es unstatthaft, daß die Pächter, wie sie es anscheinend bis jetzt getan hätten, neben dem Verkauf von Speisen auch Getränke, insbes. Kaffee und Tee, selbständig ausgeschenkt, wozu sie sogar nach § 3 des Vertrages verpflichtet gewesen seien. Der Vertreter der Kl. habe aber ausdrücklich erklärt, daß dieser Mangel künftig abgestellt werden würde, die Pächter also von der betr. Bestimmung des § 3 entbunden würden.

Wenn die zuständigen Stellen der Deutschen Arbeitsfront und der Wirtschaftskammer sich grundsätzlich gegen eine Verpachtung des Speisewirtschaftsbetriebes in den Breslauer Kretschmereien ausgesprochen hätten, so seien diese Stellen im vorl. Streitverfahren weder Partei noch Beigeladene. Ihre Stellungnahme sei also rechtlich unerheblich und der PolPräs. sei an die Stellungnahme dieser Organisationen nicht gebunden gewesen. Überdies sei die Beschäftigung von Arbeitskräften, sei es im Betriebe der Kl., sei es im Betriebe der Pächter, von dem hier vorliegenden Sachverhalt im wesentlichen unabhängig. Ob der Schankwirt als Konzessionarinhaber den Küchen- und Speisebetrieb selbst bewirtschafte oder verpachte, spiele für die Beschäftigung von Arbeitskräften keine oder nur eine untergeordnete Rolle. Sollten sich Mißstände wegen einer Doppelbeschäftigung der Arbeitnehmer ergeben, so hätte auf Grund der RGewD. die Gewerbeaufsichtsbehörde gegebenenfalls nach Anhörung der Deutschen Arbeitsfront einzuschreiten. Selbst wenn Gefahr bestünde, daß das Kellner- oder Küchenpersonal durch ein doppeltes Abhängigkeitsverhältnis von der verpachtenden Kretschmerin und den Pächtern der Speisewirtschaft über die zulässige Arbeitsdauer hinaus im Betriebe festgehalten werde, so könne dies nicht die PolVfsg. stützen, da der Polizei andere und geeignete Mittel zur Verfügung ständen, um derartige Mißstände abzustellen. Jedenfalls sei das Verbot der Verpachtung der Speisewirtschaft und das Gebot, die Speisewirtschaft auf eigene Rechnung zu übernehmen, nicht das notwendige und gegebene Mittel gewesen, um etwa bestehende Mißstände im Schankwirtschaftsbetrieb der Kl. abzustellen.

Die PolVfsg. sei somit zu Unrecht erlassen und müsse daher aufgehoben werden. Die angedrohten Zwangsmaßnahmen entsprächen überdies nicht den Vorschriften des § 55 PolVerwG.; es hätte nur die Festsetzung von Zwangsgeld und vielleicht auch unmittelbarer Zwang angedroht werden dürfen.

Die Zweckmäßigkeit der PolVfsg. sei zwar im Verwaltungsstreitverfahren nicht nachzuprüfen, die gefällte Entsch. erscheine aber wirtschaftlich nicht gerechtfertigt. Denn die Kretschmer seien im Hauptberuf Brauer, die in der Regel vom Küchenbetrieb nichts verständen. Es sei aber wünschenswert und werde überall angestrebt, daß ein Fachmann für jeden Betrieb verantwortlich sei. Außerdem sei es das Bestreben des nationalsozialistischen Staates, möglichst viele, wenn auch kleine selbständige Existenzen zu schaffen, weil hierdurch die Verantwortungsfreudigkeit der Volksgenossen erhöht und ihr wirtschaftlicher Aufstieg erleichtert werde, was für die Pächter derartiger Küchenbetriebe ohne weiteres anzunehmen sei.

Gegen diese Entsch. hat der Bekl. Rev. eingelegt und zu ihrer Rechtfertigung folgendes geltend gemacht:

Wenn das BezVerwGer. bemängelt, daß die angefochtene Verfügung keine polizeilichen Zwangsmittel androhe, sondern der Kl. für den Fall der Nichtbefolgung der Verfügung lediglich die Einleitung eines Strafverfahrens und die Erhebung der Klage auf Zurücknahme der Schankerlaubnis in Aussicht stelle, so werde durch diesen angeblichen Mangel weder die Rechtmäßigkeit noch die Anfechtbarkeit der Verfügung berührt. Denn eine PolVfsg. bedürfe ihrem Wesen nach überhaupt keiner Zwangsmittelandrohung, um rechtmäßig und anfechtbar zu sein.

Ihre Rechtsgrundlage finde die Verfügung in erster Linie in der bei der Erlaubniserteilung im Jahre 1925 gemachten Auflage; die Rechtsgültigkeit der letzteren sei nicht zu bestreiten. Ähnliche Auflagen seien seit geraumer Zeit von der Polizeibehörde beantragt und vom Stadtverwaltungsgericht unbeanstandet zugelassen worden, weil nach neuzeitlichen Auffassungen zu einer Schankwirtschaft auch eine angemessene Speisewirtschaft gehöre. Im übrigen könne die Kl. nach Abschluß des Konzessionsverfahrens keine Einwendungen mehr gegen die Auflage erheben.

Die Auflage verpflichte die Kl. auch, die Speisewirtschaft persönlich zu betreiben. Eine andere Auslegung tue dem Wortlaut der Konzessionsurkunde und dem Sinn der Konzession Zwang an. Die vom BezVerwGer. vertretene Auffassung, daß die Konzession zum Betriebe der Schankwirtschaft vom Betriebe der Speisewirtschaft getrennt werden könne, entspreche nicht den Bedürfnissen des täglichen Lebens und sei in der Praxis kaum durchführbar. Dies zeige sich besonders deutlich darin, daß der In-

haber der Speisewirtschaft z. B. eine Konzession zur Abgabe von warmen Getränken besitzen müßte. Der Einwand des BezVerm. Ger., daß das Gesetz es zulasse, daß mehrere Konzessionen nebeneinander für dieselben Räume beständen, sei nicht stichhaltig. Das Gesetz lasse dies nur vorübergehend, nicht als Dauerzustand zu (§ 4 GaststättG.). Die Konzession könne vielmehr nur als einheitliches Ganzes angesehen werden. Schankwirtschaft und Speisewirtschaft bildeten eine Einheit. Die angeführte Entsch. des R.G. gelte daher sinngemäß auch für diesen Fall. Die selbständige Ausübung einzelner, aus der Konzession erwachsender Rechte, wie der Betrieb der Speisewirtschaft, sei daher unzulässig.

Im übrigen sei die Ansicht, daß die Prüfung der Bedürfnisfrage bei Erteilung der Erlaubnis habe entfallen müssen, unrichtig. Denn die Kl. sei auf Grund der beschränkten Realberechtigung lediglich berechtigt, in ihrer Kretschmerei selbstgebrautes Bier auszuschenken, für den darüber hinausgehenden Ausschank anderer Getränke habe sie eine ordnungsmäßige Konzession gebraucht, für die alle Voraussetzungen hätten vorliegen und geprüft werden müssen. Das Privileg habe daher nur noch eine untergeordnete Bedeutung und könne nicht für andere, nicht mit ihm unmittelbar im Zusammenhang stehende Ausnahmen in Anspruch genommen werden.

Es könne nicht nachgeprüft werden, und es sei auch nicht von Bedeutung, ob die Speisewirtschaft bereits seit Jahrhunderten verpachtet, also getrennt vom Schankbetrieb geführt werde. Fest stehe jedenfalls, daß in dieser Speisewirtschaft seit vielen Jahren unerlaubter Ausschank betrieben werde, was ja auch im Urteil des BezVerm. Ger. angeführt sei. Der Speisewirt mache sich daher, da er ohne Konzession warme Getränke (Kaffee, Tee, Kakao, Wrog, Glühwein) in der Speisewirtschaft herstelle, in Trinkgefäße fülle und an die Gäste verausgabe, des Gewerbevergehens und der Konzessionsinhaber der Anstiftung und der Beihilfe hierzu schuldig. Dieser Zustand könne, solange die Speisewirtschaft nicht für Rechnung des Schankwirts selbst, sondern von einem Dritten für eigene Rechnung betrieben werde, nicht beseitigt werden. Eine andere Regelung des Betriebes vielleicht in der Weise, daß die Getränke des Speisewirts vom Schankwirt angekauft und dann an die Gäste verabreicht würden, könne an dem Tatbestand, daß tatsächlich Schankbetrieb durch den nichtkonzessionierten Speisewirt stattfindet, nichts ändern. Schon die Herstellung und Ausgabe der Getränke in der Küche der Speisewirtschaft gehöre zum Schankbetrieb.

Welche Unzuträglichkeiten eintreten könnten, wenn innerhalb eines Schankbetriebs die dazu gehörige Speisewirtschaft getrennt betrieben würde, ergebe sich aus folgenden Beispielen:

1. Der Speisewirt könne zur Stellung eines Antrags auf Polizeistundenverlängerung polizeilich nicht gezwungen werden, zumal die Genehmigung gebührenpflichtig sei. Es sei aber auch unbillig, dem Schankwirt eine sonst regelmäßig gewährte Verlängerung nur deswegen zu versagen, weil seitens des Speisewirts kein entsprechender Antrag vorliege. Gegebenenfalls würden also für die gleichen Schankräume zwei verschiedene Polizeistunden bestehen. Infolgedessen müßte z. B. die Ehefrau, die nur Speisen verzehrt habe, die Schankstätte um 2 Uhr verlassen, während der mitanwesende Chemann, der Bier trinke, bis zum Schluß der verlängerten Polizeistunde bleiben könne. Dem Polizeibeamten bleibe also nichts anderes übrig, als zu prüfen, ob es sich um Gäste des Speisewirts oder Schankwirts handele, was die Gäste selbst natürlich lächerlich finden würden.

2. Wenn durch Ungeschicklichkeit eines Kellners Glühwein und Fleischbrühe verschüttet und hierdurch bei Gästen desselben Tisches Sachbeschädigungen und Verbrühungen herbeigeführt würden, sei schwer feststellbar, ob der Schankwirt oder der Speisewirt schadensersatzpflichtig sei, so daß die widrigsten Prozesse sich hieraus entwickeln könnten.

3. Bei etwaigem unsittlichem Verhalten von Gästen, die nur Speisen verzehrt hätten, könnte gegen den Schankwirt nicht vorgegangen werden.

4. Wenn in einer nach außen hin als rein arisch bekannten Schankwirtschaft der Speisebetrieb an einen Juden verpachtet sei, werde ein Amtswalter der Partei, der hiervon nichts ahne und das Lokal besuche, um etwas zu essen, Speiseqaast eines Juden und könnte sich hierdurch ein parteigerichtliches Verfahren zuziehen.

5. Umgekehrt könne auch in einer nur von Juden besuchten Schankwirtschaft der Speisewirtschaftsbetrieb an einen Arier verpachtet werden, wodurch der Erlaß v. 11. Juli 1936 (RMBl. 1936 Buchst. c), wonach in solchen Lokalen deutschblütiges weibliches Personal nicht beschäftigt werden dürfe, leicht zu umgehen sei.

Aus alledem ergebe sich, daß die Verpachtung von Speisewirtschaften innerhalb konzessionierter Schankbetriebe zu strafbaren

Handlungen und auch sonstigen durchaus unerwünschten Vorkommnissen Anlaß geben könne.

Durch die Verpachtung werde zwar einem Volksgenossen Gelegenheit gegeben, sich selbständig zu machen. Diese Selbständigkeit sei aber nur beschränkt, weil der Pachtvertrag, der mit dem Schankwirt abgeschlossen werde, nur eine geringe wirtschaftliche Selbständigkeit gewähre. Demgegenüber müsse aber i. S. des Gesetzes zum Schutze der nationalen Arbeit daran festgehalten werden, daß in einem Betrieb nur ein Betriebsführer und eine Gesellschafter bestände.

Die Trennung von Schankwirtschaft und Speisewirtschaft bringe somit erhebliche Unzuträglichkeiten, verleihe zu Gesetzesverletzungen und führe zu Rechtsunsicherheit und Verwirrung.

Die Kl. hat erwidert, sie habe die Auflage, für eine ausreichende Speisewirtschaft zu sorgen, in vollem Umfange erfüllt. Auch bestehe der jetzige Zustand, wie sie wiederholt dargelegt habe, schon seit Jahrhunderten, ohne daß sich irgendwelche Mißstände daraus ergeben hätten. Die von dem Bekl. geltend gemachten Bedenken könnten die PolVsg. nicht rechtfertigen. Insbesondere sei zu den angeführten Beispielen zu bemerken, daß selbstverständlich alle Gäste des Lokals, auch wenn sie Speisen verzehrten, Gäste des Schankwirts seien — es nicht zur Aufgabe der Polizei gehöre, etwaige Schadenersatzansprüche der Gäste zu regeln —, die Namen der in der Kretschmerei tätigen Speisewirte auf den Speisekarten und inzwischen auch an der Eingangstür angebracht seien, die Kretschmereien seit jeher rein arische Betriebe seien und Jugendliche in ihnen nicht verkehrten. Sämtliche Beispiele seien also gekürzt und widersprächen der praktischen Übung und Erfahrung. Wenn der Bekl. behaupte, daß die Speisewirtschaftspächter keine Selbständigkeit besäßen, so widerspreche er damit seiner eigenen Begründung. Tatsächlich unterständen zwar die Pächter des Speisewirtschaftsbetriebs hinsichtlich der Verabreichung der Speisen und der Ausübung dieses Betriebes einer strengen Kontrolle des betr. Schankwirts, besäßen aber im übrigen vollständige wirtschaftliche Freiheit. Sie fänden auch in dem Speisewirtschaftsbetrieb ihr völlig ausreichendes Einkommen, zumal die Bestimmungen über die Zahlung der Pacht abschichtlich so geregelt seien, daß die Pächter regelmäßig gar keine Pacht an die Kretschmereibesitzer zu zahlen hätten. Was die vom BezVerm. Ger. mit Recht als unzulässig bezeichnete Verabreichung von erlaubnispflichtigen Getränken durch die Speisewirtschaftspächter angehe, so sei bereits Abhilfe geschaffen, indem die Pächter derartige Getränke nicht mehr von sich aus verabfolgen dürften.

Die Rev. erwies sich als unbegründet. Gegenstand des vorl. Verwaltungsstreitverfahrens ist die schriftliche Vfg. v. 23. Nov. 1936, die der PolPräs. nach erneuter Prüfung der Sachlage und unter Bezugnahme auf die am 1. Okt. 1936 gegen die Kl. mündlich ergangene Verfügung erlassen hat. Die Vfg. v. 23. Nov. 1936 enthält keine Androhung polizeilicher Zwangsmittel, sondern weist die Kl. nur darauf hin, daß sie im Falle der Nichtbefolgung mit der Einleitung eines Strafverfahrens bzw. der Erhebung einer Klage auf Zurücknahme der Schankerlaubnis zu rechnen habe. Dem Bekl. ist zwar zuzugeben, daß eine ansehbare PolVfg. auch dann vorliegt, wenn die Verfügung nicht mit einer polizeilichen Zwangsmittelandrohung versehen ist. Andererseits kann aber u. U. aus dem Mangel einer solchen Androhung, insbes. aus dem Umstande, daß die Polizei für den Fall der Nichtbefolgung ihrer Anordnung lediglich strafgerichtliche Verfolgung oder Maßnahmen ähnlicher Art in Aussicht stellt, geschlossen werden, daß sie von vornherein auf den Gebrauch polizeilicher Zwangsmittel verzichten wolle, womit die Verfügung ihren eigentlichen polizeilichen Charakter verlieren würde (vgl. OBG. 99, 80 ff.). Das trifft aber im vorl. Fall nicht zu. Denn bei Erlaß der vorangegangenen mündlichen Vfg. v. 1. Okt. 1936, auf die sich die schriftliche bezieht, hat der PolPräs. klar um Ausdruck gebracht, daß er gewillt ist, seine Anordnung gegebenenfalls auch mit polizeilichen Zwangsmitteln durchzusetzen. Infolgedessen handelt es sich um eine PolVfg. im eigentlichen Sinne, die mit den in §§ 45 ff. PolVerwG. vorgesehenen Rechtsmitteln ansehbar ist.

Ihrem Inhalt nach enthält die PolVfg. zweierlei, nämlich das Verbot, die Speisewirtschaft weiterhin an Dritte zu verpachten, und ferner das Gebot, ihren Betrieb in Selbstbewirtschaftung zu übernehmen. Es kann dahingestellt bleiben, ob das Gebot, ein gewerbliches Unternehmen oder einen Teil eines solchen auf eigene Rechnung zu betreiben, überhaupt gesetzlich zulässig ist; denn die Verfügung unterliegt schon um deswillen der Aufhebung, weil das polizeiliche Verlangen, die Speisewirtschaft nicht mehr zu verpachten, sich als unbegründet erweist.

Die Wirtschaft der Kl. gehört unbestritten zu den sog. privilegierten Breslauer Kretschmereien, denen auf Grund eines Privilegs Kaiser Leopold I. aus dem Jahre 1703 das Recht zum Ausschank selbstgebrauten Bieres zusteht. Dem Chemann der Kl.

ist am 26. Mai 1919 die Erlaubnis zum uneingeschränkten Schankwirtschaftsbetrieb erteilt und diese Erlaubnis am 7. Mai 1925 bei einer räumlichen Erweiterung der Wirtschaft an die Bedingung geknüpft, daß auch ausreichende Speisewirtschaft betrieben werde. Die Kl. hat nach dem am 3. Juli 1928 erfolgten Tode ihres Ehemannes den Betrieb der Wirtschaft fortgeführt. In dieser werden neben selbstgebrautem Bier noch andere Getränke (Kaffee, Tee, Kakao u. dgl.) ausgedient. Es erscheint daher zweifelhaft, ob der Betrieb sich noch im Rahmen des Privilegs hält, die Prüfung der Bedürfnisfrage bei der Erteilung der Schankwirtschaftserlaubnis daher entfiel und hieraus Bedenken gegen die Rechtsgültigkeit der erwähnten Bedingung herzuleiten sind, wie das BezVermGer. angenommen hat. Auf diese Fragen braucht jedoch nicht näher eingegangen zu werden, weil das BezVermGer. keine Folgerungen aus seiner Ansicht gezogen, vielmehr den Standpunkt eingenommen hat, daß die erwähnte Bedingung auch dann erfüllt sei, wenn die Kl. die Speisewirtschaft in ihrer Schankstätte nicht selbst betreibt, sondern einem Pächter überläßt.

Das BezVermGer. ist hierbei davon ausgegangen, daß es sich überhaupt nicht um eine Bedingung im eigentlichen Sinne, sondern um eine Auflage handle. Dieser Auffassung ist beizutreten, da keine Anhaltspunkte dafür vorhanden sind, daß die Erlaubnis nicht mit sofortiger Wirkung gelten sollte (vgl. Michl, „GaststättG.“, 2. Aufl., Anm. I, Abs. 1 zu § 11 S. 133). Auch der PolPräf. und der beklagte RegPräf. haben diesen Einwand niemals erhoben, sondern immer nur das Vorhandensein einer Auflage behauptet. Diese fordert, „daß ausreichende Speisewirtschaft betrieben wird“ und ist von dem BezVermGer. dahin ausgelegt worden, daß hierdurch nicht etwa von dem Erlaubnisinhaber verlangt werde, den Speisewirtschaftsbetrieb selbst auszuüben. Dem Wortlaut der Auflage werde vielmehr auch genügt, wenn der Erlaubnisinhaber den Speisewirtschaftsbetrieb in seiner Gaststätte durch einen Pächter führen lasse. Diese Auslegung ist nicht zu beanstanden. Wenn der PolPräf. durch die von ihm beantragte Auflage nicht nur die Verabreichung von Speisen in der genannten Schankstätte sicherstellen, sondern darüber hinaus von dem Erlaubnisinhaber auch die eigene Ausübung dieses Speisewirtschaftsbetriebs verlangen wollte, wäre dies auch zweifellos in dem Antrage und in der Auflage zum Ausdruck gekommen, zumal der Polizei nach dem Inhalt der Akten bereits damals bekannt war, daß die Speisewirtschaft nicht von dem Erlaubnisinhaber selbst betrieben wurde und nach der unbestrittenen Angabe der Kl. eine Verpachtung des Speisewirtschaftsbetriebs in den sog. Kretschmereien überhaupt seit jeher üblich war. Die bei der Erteilung der Nachtragserlaubnis im Jahre 1925 gemachte Auflage stellt also keine ausreichende Grundlage für die angefochtene PolWfg. dar.

Ebenso wenig läßt sich diese damit rechtfertigen, daß eine Speisewirtschaft, die in Verbindung mit einer Schankwirtschaft betrieben wird, mit dieser zusammen eine gewerbliche Einheit der Art bilde, daß eine Verpachtung der Speisewirtschaft schon aus diesem Grunde unzulässig sei. Allerdings werden in einer Schankwirtschaft neben Getränken auch in der Regel Speisen verabfolgt und ein Schankwirt, auf dessen Rechnung der Gesamtbetrieb geführt wird, betreibt in solchem Falle nicht zwei verschiedene, sondern ein einheitliches Gewerbe. Die Verabfolgung von Speisen an Gäste in einer Schankwirtschaft bildet aber nicht etwa in dem Sinne einen Ausfluß der Schankerlaubnis, daß sie nur dem Erlaubnisinhaber gestattet ist. Denn der Verkauf zubereiteter Speisen zum alsbaldigen Genuße auf der Stelle ist weder für den Begriff einer Schankwirtschaft wesentlich (vgl. DVG. 100, 242) noch an die Erteilung einer Erlaubnis gebunden und insbes. auch keinen weitergehenden zeitlichen Beschränkungen unterworfen als der Betrieb einer Schankwirtschaft, da nach § 25 i. Verb. m. § 14 GaststättG. die Vorschriften über die Polizeistunde auch auf Speisewirtschaften entsprechende Anwendung finden. In dieser Hinsicht ist die Rechtslage also wesentlich anders als z. B. bei dem Verkauf von Tabakwaren, für welche sonst die Vorschriften über Ladenschluß und Sonntagsruhe gelten, der aber, wie allgemein anerkannt ist (vgl. Michl a. a. D., Anm. V 1 zu § 1, S. 39 ff., und Landmann-Rohmer, „GaststättG.“, Anm. 3 h zu § 1 S. 14), von einem Schankwirt auf Grund seiner Schankerlaubnis auch außerhalb der wertaktigen Ladenschlußzeiten sowie an Sonn- und Feiertagen betrieben werden darf, wenn der Verkauf in kleinen Mengen zum Genuße auf der Stelle an die Gäste erfolgt. Mit Recht hat sich daher das BezVermGer. auf den Standpunkt gestellt, daß die von dem Vell. angeführte Entsch. des RG. vom 25. Jan. 1935 (JW. 1935, 3398/99), welche eine Verpachtung

des Betriebes von Tabakwaren in einer Schankwirtschaft für unzulässig ansieht, wenn dem Pächter das uneingeschränkte Recht übertragen wird, zu jeder Zeit, in der die Wirtschaft geöffnet ist, an Gäste Tabakwaren zu verkaufen, auf den vorl. Fall nicht anwendbar ist, eine Verpachtung des Speisewirtschaftsbetriebs in einer Schankwirtschaft vielmehr mit dem Inhalt der Schankerlaubnis nicht in Widerspruch steht.

Die angeblichen Unzuträglichkeiten aber, die nach Ansicht des Vell. entstehen können, wenn die in den Räumen einer Schankwirtschaft betriebene Speisewirtschaft nicht auf Rechnung des Schankwirts geführt wird, sind zweifellos nicht so schwerwiegend der Natur, daß aus ihnen die Unzulässigkeit einer Verpachtung des Speisewirtschaftsbetriebs zu folgern ist. Es genügt hierzu auf folgendes hinzuweisen: Im Falle einer Verpachtung ist allerdings für den ordnungsmäßigen Betrieb der eigentlichen Speisewirtschaft in erster Linie der Polizeiwirt verantwortlich; bei groben Mißständen wird die Polizei aber auch gegen den Schankwirt wegen Unzuverlässigkeit einschreiten können, falls dieser einen Wechsel des Pächters vorzunehmen sich weigert oder einen von vornherein ungeeigneten Speisewirt angenommen hat. Die Aufsichtspflicht über die Gäste verbleibt dagegen dem Schankwirt in vollem Umfange, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob die Gäste Getränke oder nur Speisen zu sich nehmen; denn die Aufsichtspflicht erstreckt sich auf alle Personen, die sich mit ausdrücklicher oder stillschweigender Billigung des Schankwirts in den zu seinem Betriebe gehörigen Räumen aufhalten. Sollten sich aus der Doppelbeschäftigung des Personals Mißstände ergeben, die ein polizeiliches Einschreiten erfordern, so würde dieses gegen beide Betriebsinhaber zu richten sein. Eine Verlängerung der Polizeistunde kann für dasselbe Lokal nur einheitlich erfolgen, setzt also nicht nur einen Antrag des Schankwirts, sondern auch des Speisewirts voraus, des letzteren aber nur dann, wenn keine ausreichende Gewähr dafür besteht, daß der Speisewirtschaftsbetrieb während der Verlängerung eingestellt wird. Selbst wenn sich aber bei der polizeilichen Beaufsichtigung der fraglichen Betriebe irgendwelche Schwierigkeiten ergeben sollten, würden diese ein polizeiliches Einschreiten in der erfolgten Art nicht rechtfertigen können, weil gemäß § 41 Abs. 3 i. Verb. m. § 31 Abs. 1 PolVerwG. polizeiliche Verfügungen nicht lediglich den Zweck haben dürfen, den Polizeibehörden die ihnen obliegende Aufsicht zu erleichtern.

Da somit grundsätzliche Bedenken gegen eine Verpachtung des in den Räumen einer Schankwirtschaft bestehenden Speisewirtschaftsbetriebs nicht bestehen, bleibt zu prüfen, ob im vorl. Fall besondere Umstände vorliegen, welche die PolWfg. v. 23. Nov. 1936 begründen. Der Vell. hat in dieser Hinsicht geltend gemacht, daß in der Wirtschaft der Kl. seit vielen Jahren unerlaubter Ausschank betrieben worden ist, weil der Pächter der Speisewirtschaft nicht nur zubereitete Speisen, sondern gemäß § 3 des Pachtvertrages auch Getränke (Kaffee, Tee, Kakao u. dgl.) an die Gäste verabfolgt habe. Die Kl. hat diese Tatsache zugegeben, aber von vornherein auch glaubhaft versichert, daß die Verabfolgung aller Getränke in Zukunft auf ihre eigene Rechnung erfolge und der Pachtvertrag insoweit abgeändert werde. Dem BezVermGer. ist darin beizutreten, daß eine derartige Regelung in der Tat geeignet ist, den erwähnten polizeiwidrigen Zustand zu beseitigen. Die Kl. hat also gemäß § 41 Abs. 2 Satz 3 und 4 PolVerwG. ein anderes geeignetes Mittel zur Beseitigung der Gefahr des fortgesetzten und unerlaubten Ausschanks von Getränken angeboten und konnte daher beanspruchen, daß diesem Angebote Rechnung getragen wurde. Ebenjowenig läßt sich die PolWfg. damit rechtfertigen, daß die Pächter es unterlassen haben, ihre Namen gemäß § 15 a RWGD. an der Außenseite oder am Eingang der Wirtschaft anzubringen und daher die selbständige Führung des Speisewirtschaftsbetriebs nach außen nicht erkennbar war. Allerdings findet ohne Zweifel die erwähnte Vorschrift über ihren Wortlaut hinaus auch auf Inhaber einer Speisewirtschaft, also auf die Pächter der Kl., Anwendung; wie das BezVermGer. aber zutreffend dargelegt hat, war die Polizei nicht berechtigt, wegen Nichterfüllung dieser Vorschrift die Aufgabe des Pachtverhältnisses von der Kl. zu verlangen, sondern hätte nur gegen die Pächter selbst einschreiten dürfen, zumal die Kl. sich gar nicht geweigert hat, diesen die Anbringung ihrer Namen an der Eingangstür der Wirtschaft zu gestatten.

Die PolWfg. v. 25. Nov. 1936 entbehrt also der Rechtmäßigkeit und ist daher durch die angefochtene Entscheidung des BezVermGer. mit Recht außer Kraft gesetzt worden.

(BrDVG., Urt. v. 9. Juni 1938, III C 249/37.)