

Juristische Wochenschrift

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

Liquidation der Gesellschaft oder des Unternehmens?

(Unter Berücksichtigung der Pachtgesellschaft)

Von Oberamtsrichter Groschuff, Berlin

Die in der Überschrift gestellte Frage wird häufig aufgeworfen bei Pachtverhältnissen. Sie ist vom RG.: RGZ. 123, 151 ff. (= JW. 1929, 1359) in ersterem Sinne entschieden. Der Verpächter einer Apotheke hatte dort wegen Auflösung der von den Pächtern gebildeten OHG. auf Rückgabe der verpachteten Apotheke geklagt und ein obsiegendes Urteil lediglich deshalb erzielt, weil nach dem festgestellten Parteiwillen die Pacht schon mit der Auflösung der Pachtgesellschaft enden sollte. Das RG. wendet sich aber gegen die Begründung des BG., daß „nach der Auflösung der OHG. die Liquidation eingetreten und damit die Abwicklung des Apothekenbetriebs das alleinige Ziel ... geworden sei“, insbesondere neue Waren nicht mehr eingekauft werden dürften, mit folgenden Ausführungen:

„Diese Erwägung ... enthält eine Verwechslung der Liquidation der Gesellschaft mit der Liquidation des Unternehmens, das Gegenstand der Gesellschaft ist... Gemeinhin, insbesondere wenn es sich um ein eigenes Geschäft der Gesellschaft handelt, wird die Liquidation der Gesellschaft den Weg über die Liquidation des Unternehmens gehen. Das trifft aber gerade dann nicht zu, wenn das Vertragsrecht eines Dritten der Liquidation des Unternehmens (Geschäfts) entgegensteht, da in der Rechtsprechung anerkannt ... ist, daß Vertragsrechte Dritter durch die Liquidation grundsätzlich nicht berührt werden. ... Die Liquidation der Gesellschaft, die ohne Vertragsverletzung vor sich gehen soll, muß in solchen Fällen entweder aufgeschoben werden oder andere Formen als die gesetzlich regelmäßigen suchen.“

Diese Unterscheidung zwischen Liquidation der „Gesellschaft“ und Liquidation des „Unternehmens“ ist dem Gesetze völlig fremd: mithin haben wir es hier mit einem Fall der Begriffsjurisprudenz zu tun, der geeignet ist, Verwirrung anzurichten. Demgemäß ist die Unterscheidung in mehr oder weniger klarer Form ohne Prüfung von Erläuterungsbüchern übernommen und die Liquidation der „Gesellschaft“ für gesetzsgewollt angesehen worden¹⁾.

Folgt aber die Unterscheidung nicht unmittelbar aus dem Gesetze, so bedarf es zunächst der Untersuchung, was zu liquidieren ist: die Gesellschaft oder das Vermögen oder der im Unternehmen bestehende Vermögensteil? Eine nähere Darlegung ist, soweit ersichtlich, bisher noch nicht erfolgt. Sie soll hier in einem knappen Umriß bei Kapital- und Personengesellschaften vorgenommen werden. Es werden sich dann einige Unterschiede ergeben, deren praktische Auswirkung aufzuzeigen ist. Diese Auswirkung ist m. E. vom RG.: JW. 1937, 1982¹⁴ nicht gewürdigt und vom RG.: JW. 1937, 2976²³ nicht erkannt.

1. Nirgendes sagt das Gesetz eindeutig,

¹⁾ So z. B.: Baumbach, „HGB.“, 3. Aufl., S. 194, Einl. zum 2. Buch, Nr. 4; Reichmann-Kochler in Pönnige, „HGB.“ S. II, 98, 100, § 145 Nr. 1 u. 2 a. E.; Würdinger, „Gesellschaften“ I., S. 141, § 29 zu I.

„was“ zu liquidieren ist. So sagt für Personengesellschaften § 145 HGB. zunächst lediglich: „Nach der Auflösung der Gesellschaft findet die Liquidation statt.“ Ebenso für Aktiengesellschaften: § 294 HGB. und jetzt § 205 AktG. unter Verdeutschung des Wortes „Liquidation“ in „Abwicklung“. Ähnlich — nur in anderer Wortfassung — lautet § 66 Abs. 1 GmbHG. Das Gesetz trifft vielmehr durchgängig Bestimmung zunächst nur, durch wen zu liquidieren ist (§§ 146—152 HGB.; §§ 206, 207, 210 AktG.; §§ 66—68 GmbHG.), wobei gleichzeitig die formale Anmeldepflicht geregelt wird. Das Gesetz sagt sodann, wie zu liquidieren ist. In dieser Hinsicht stellt es den Grundsatz auf, daß die laufenden Geschäfte zu beenden, Forderungen einzuziehen, das übrige Vermögen in Geld umzusetzen, Gläubiger damit zu befriedigen sind und zur „Beendigung schwebender Geschäfte“ auch neue Geschäfte eingegangen werden können (§ 149 HGB.; § 209 AktG.; § 70 GmbHG.).

Diese Beendigung schwebender Vermögensangelegenheiten ist es, die das AktG. mit dem deutschen Ausdruck „Abwicklung“ bezeichnet. Zu liquidieren ist also das Vermögen, wodurch sich die Notwendigkeit von Bilanzvorschriften erklärt²⁾. Schließlich ist Bestimmung getroffen über die Verteilung des nach Gläubigerbefriedigung verbleibenden Vermögensüberschusses, die für Kapital- und Personengesellschaften — entsprechend der beschränkten bzw. unbeschränkten Haftung ihrer Gesellschafter — verschieden geregelt ist³⁾. Sonst sind nur noch die für Erwerbsgesellschaften geltenden Vorschriften grundsätzlich auch für Liquidationsgesellschaften anzuwenden⁴⁾.

Hiernach kann es keinem Zweifel unterliegen, daß das Gesetz unter Liquidation (Abwicklung) nicht die Liquidation der „Gesellschaft“, sondern die Liquidation des Vermögens versteht. Diese Vermögensabwicklung umfaßt mit einem Worte die Verflüchtigung, Gläubigerbefriedigung und Überschussverteilung. Die Liquidation der „Gesellschaft“ ist lediglich — worauf noch weiter unten zurückzukommen sein wird — eine Folgeerscheinung der Vermögensliquidation, jedenfalls spricht das Gesetz nirgendwo davon, daß die „Gesellschaft“ zu liquidieren sei. Auch die den §§ 145, 294 HGB., § 205 AktG. beigelegte Ausnahmeklausel des Konkurses, der ja nicht über die „Gesellschaft“, sondern über das „Vermögen“ der Gesellschaft stattfindet⁵⁾, weist auf das Vermögen als Liquidationsgegenstand hin. Die Worte „das übrige Vermögen“ in §§ 149, 298 Abs. 1 HGB., § 209 Abs. 1 AktG. unterstreichen dies. Die vielfach hilfsweise herangezogenen Vorschriften des BGB. über „Verein“ und

²⁾ § 154 HGB.; § 211 AktG.; § 71 GmbHG.

³⁾ §§ 155, 152 HGB.; §§ 212, 213 AktG.; §§ 72, 73 GmbHG.

⁴⁾ § 156 HGB.; § 205 Abs. 2 AktG.; § 69 GmbHG.

⁵⁾ Vgl. auch § 131 Ziff. 3 HGB.; § 203 Ziff. 3 AktG.; §§ 1, 209 R.D.

„Gesellschaft“ entsprechen hinsichtlich des Gegenstandes der Liquidation und der Art der Durchführung den entsprechenden Bestimmungen für Kapitalgesellschaften⁶⁾ und handelsrechtliche Personengesellschaften⁷⁾.

Die Frage spitzt sich also im Einzelfalle dahin zu: was gehört zum „Vermögen“ der Gesellschaft?

Steht ein „Geschäft“ im Eigentum der Gesellschaft, so ist es — ebenso wie ein zum Gesellschaftsvermögen gehörendes Grundstück — „in Geld umzusetzen“⁸⁾. Ist das Geschäft bzw. das Grundstück aber an die Gesellschaft nur „verpachtet“, so gehört lediglich der „Pachtvertrag“ zum „Vermögen“ der Gesellschaft: es ist also dieses „laufende Geschäft zu beenden“⁹⁾. Es gehört folglich zu den Aufgaben der Liquidatoren, den Pachtvertrag nach der aktiven und passiven Seite hin abzuwickeln: darunter fällt die Kündigung, die Einhaltung der vertraglichen Kündigungsfrist oder vereinbarten Vertragsdauer, die Zahlung der Pachtsumme bis zum Ablauf des Pachtvertrages und die Rückgabe des Pachtgegenstandes in dem Zustande, wie er sich nach ordnungsmäßiger Bewirtschaftung ergibt⁹⁾; es gehört ferner hierzu die Befriedigung der Gläubiger, die als Lieferanten mit den Pächtern in Verbindung getreten sind.

Ist — wie in R. G. Z. 123, 151 ff. = J. W. 1929, 1359¹⁾ — eine Apotheke verpachtet, so wird niemand auf den Gedanken verfallen, daß lediglich die Räumlichkeiten mit Inventar verpachtet sind; es werden grundsätzlich auch die Warenvorräte (Drogen u. dgl.) mitverpachtet, weil sonst von einer Verpachtung eines Handelsgeschäfts keine Rede sein kann. Folglich ist bei Beendigung der Pacht die Apotheke grundsätzlich in dem Zustande zurückzugeben, wie er sich durch Ersatzbeschaffungen nach den Regeln ordnungsmäßiger Wirtschaft ergibt. Hierzu können die Liquidatoren auch „neue Geschäfte eingehen“, insbesondere „neue Waren einkaufen“¹⁰⁾. Die gegenteilige Ansicht des B. G., die vom R. G. a. a. D. nicht ausdrücklich zurückgewiesen ist, war also rechtsirrig.

Der Pachtvertrag ist hiernach nicht anders zu behandeln als langfristige Versicherungsverträge und Anstellungsverträge, auf die das R. G. a. a. D. zutreffend hinweist.

Es ist aber m. E. zumindest juristisch ungenau, wenn das R. G. a. a. D. sagt: „Die Liquidation der Gesellschaft (1), die ohne Vertragsverletzung vor sich gehen soll, muß in solchen Fällen entweder aufgeschoben (?) werden oder andere Formen als die gewöhnlich regelmäßigen suchen.“ Denn die „Gesellschaft“ wird überhaupt nicht „liquidiert“, sondern „aufgelöst“¹¹⁾, die Liquidation des „Vermögens“ aber wird nicht „aufgeschoben“, sondern nimmt infolge der Aushaltung langfristiger Verträge nur längere Zeit in Anspruch. Die zweite Alternative („andere Formen“) wird uns noch unten (zu 4) beschäftigen.

Zuvor gilt es, festzustellen, welche Folgerungen sich aus den bisherigen Ausführungen für Kapital- und Personengesellschaften ergeben.

2. Das hervorstechende Charakteristikum der Kapitalgesellschaft (Aktiengesellschaft, KommGes. a. N., GmbH.) ist das zu bestimmtem Zwecke selbständige Vermögen, das bilanzmäßig zu erhalten ist¹²⁾. Rechtssträger dieses Vermögens ist daher eine fingierte Person, die „Gesellschaft“ als solche, der vom Gesetz eigene Rechtspersönlichkeit verliehen ist¹³⁾. Die Gesellschaft lebt mithin solange, als Vermögen vorhanden ist. Von dem Falle gänzlicher Vermögenslosigkeit abgesehen, der die liquidationslose Ab-

schung der Gesellschaft nach § 2 Ges. v. 9. Okt. 1934 (RGBl. I, 914) rechtfertigt, muß die Gesellschaft also durch das Stadium der Liquidation des Vermögens in dem zu 1 dargelegten Sinne hindurch, bevor sie als Rechtsträger des Vermögens erlöschen kann. Das gebietet der Gläubigerschutz¹⁴⁾, gleichviel, ob die „Auflösung der Gesellschaft“ freiwillig beschlossen oder durch Nichtigkeitsurteil oder durch Beschluß des Registergerichts erzwungen wird oder sonst kraft Gesetzes eintritt¹⁵⁾. Das Erlöschen des Rechtsträgers ist also nur die Folge des Eintritts der Vermögenslosigkeit, mit dem Erlöschen der Gesellschaft erlischt gleichzeitig auch ihr Name, die Firma¹⁶⁾: es haftet also die Firma am „Vermögen“.

Soweit also eine Liquidation des Vermögens stattgefunden hat, fällt das Ende der Liquidation mit dem Ende der Gesellschaft zusammen. Bei Kapitalgesellschaften kann man mithin statt „Liquidation des Vermögens“ auch „Liquidation der Gesellschaft“ sagen, gewonnen für die Erkenntnis des Wesens der Liquidation wird aber durch diesen gefehesfremden akademischen Begriff hier nichts. Bei der handelsrechtlichen Personengesellschaft aber wirkt die Verwendung dieses Begriffs (so auch in R. G. Z. 123, 151 ff. = J. W. 1929, 1359¹⁾) verwirrend: nicht etwa deshalb, weil der Begriff der „Liquidation“ hier einige Besonderheiten aufweist, sondern deshalb, weil der Begriff der „Gesellschaft“ ein völlig anderer ist und die Gesellschaft mit „Vermögen“ nur in losem Zusammenhange steht.

3. Die O. G. und KommGes. sind nämlich keine Vereine mit eigener Rechtspersönlichkeit, sondern lediglich Vereinigungen von Personen zur gesamten Hand und unterscheiden sich von der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, deren Unterfälle sie nach §§ 105 Abs. 2, 161 Abs. 2 HGB. bilden, nur durch die auf den „Betrieb eines Handelsgewerbes“ gerichtete Zweckbestimmung. Die „Firma“ ist hier nicht der Name einer fingierten Person, die ein selbständiges Sondervermögen verwaltet, sondern der „Name der Gesamthänder“, unter dem diese den gemeinsamen Zweck, den Betrieb des Handelsgewerbes, verfolgen.

Infolgedessen ist ihr hervorstechendes Charakteristikum nicht das Vorhandensein von „Vermögen“, sondern das Vorhandensein eines „Handelsgewerbes“, das über ein Kleingewerbe hinausgehen muß (§§ 4 Abs. 2, 1 bis 3, 105 Abs. 1, 161 Abs. 1 HGB.).

Während also die Kapitalgesellschaft so lange lebt und einen Namen, die Firma, hat, als sie noch irgendeinen Rest vom selbständigen Vermögen besitzt, lebt die handelsrechtliche Personengesellschaft unter dem gemeinsamen Handelsnamen der Kaufleute nur so lange, als sie ein Handelsgewerbe betreibt: es haftet hier also die Firma am „Handelsgewerbe“.

¹⁴⁾ §§ 213, 219 Abs. 3 AktG.; § 73 GmbHG. Die Liquidation der Kapitalgesellschaft bezweckt also in erster Linie die Befriedigung der Gläubiger (Gläubigerbefriedigungsliquidation). Vgl. Groschuff: J. W. 1934, 945.

¹⁵⁾ §§ 203, 216 AktG.; §§ 60, 75 GmbHG.; § 144 Abs. 1 JGG.

¹⁶⁾ Das ältere Recht legt das Schwergewicht auf das Erlöschen der „Firma“, weil „Firmen“ eingetragen werden: demgemäß ist das Erlöschen der „Firma“ anzumelden und einzutragen (§§ 302 Abs. 1, 320 Abs. 3 HGB. für AktG.; für GmbH. noch heute: § 31 Abs. 2, § 6 Abs. 1 HGB., § 13 Abs. 3 GmbHG.). Die neueren Gesetze legen das Schwergewicht auf das Erlöschen der „Gesellschaft“: § 2 Abs. 1 Lösungsges. v. 9. Okt. 1934 (RGBl. I, 914); §§ 214 Abs. 1, 219 Abs. 3 AktG.; bei Aktiengesellschaften ist demgemäß jetzt der „Schluß der Abwicklung“ (d. i. die Beendigung der Liquidation) anzumelden und dies sowie das „Erlöschen der Gesellschaft“ einzutragen. Das ist nur eine redaktionelle Änderung, die am sachlichen Ergebnis im Sinne des obigen Textes nichts ändert. Die Bewertung der vermögenslosen Gesellschaftsform mit oder ohne Firma ist wichtige Bewertung eines Gesellschaftsmantels (vgl. Groschuff, „GmbHG.“ S. 23 und die dort zit. Rechtsprechung).

⁶⁾ Vgl. §§ 47 ff., 45, 49 HGB.

⁷⁾ Vgl. § 730 Abs. 1 u. 2 HGB.

⁸⁾ § 149 HGB.; § 209 Abs. 1 AktG.; § 70 GmbHG.

⁹⁾ §§ 556, 548, 581 Abs. 2 HGB.

¹⁰⁾ Vgl. Ann. 8.

¹¹⁾ § 131 HGB.; § 203 AktG.; § 60 GmbHG.

¹²⁾ §§ 82, 83, 104, 125, 126, 131, 133, 134, 219 Abs. 3 AktG.; §§ 30 ff., 41 ff. GmbHG.

¹³⁾ §§ 1, 34 Abs. 1, 48 Abs. 1, 219 Abs. 1 AktG.; §§ 11, 13 GmbHG.

Nun kann aber jede Personengesellschaft — gleichviel, ob sie den Zweck eines Handelsgewerbes verfolgt oder nicht — Vermögen haben, obwohl dieses nicht Voraussetzung ihrer Entstehung ist: sei es, daß die Gesamthänder Bargeld oder Sachwerte zu dem gemeinsamen Zweck einbringen, sei es, daß sie im Laufe der Betriebszeit Bargeld durch den Umsatz oder Sachwerte (Warenlager, Maschinen, Fahrzeuge u. dgl.) erwerben. Dieses gesamte Vermögen steht nicht der „Gesellschaft“ als solcher, sondern den Gesellschaftern selbst als Rechtsträgern ungeteilt zur gesamten Hand zu, wie in der Rechtsprechung des RG. anerkannt ist¹⁷⁾.

Wird die Personengesellschaft aufgelöst, so werden die Gesamthänder sich in Ansehung des gemeinsamen Vermögens „auseinandersehen“ müssen (§ 730 Abs. 1 BGB. i. Verb. m. §§ 105 Abs. 2, 161 Abs. 2 HGB.).

Diese „Auseinandersehung“ ist also interne Anlegenheit, die aus dem schuldrechtlichen Gesellschaftsverhältnis entspringt und nicht öffentlichen Charakter hat.

Die handelsrechtliche Personengesellschaft kennt zwei Formen der internen Auseinandersehung: 1. die Liquidation des Vermögens (§§ 146—157 HGB.); 2. die andere Art der Auseinandersehung, d. h. die Nichtliquidation (§§ 158, 145 HGB.).

Die „Nichtliquidation“ wird uns weiter unten (zu 4) beschäftigen. Die „Liquidation“ ist der Liquidation der Kapitalgesellschaft angenähert, wie oben zu 1 dargelegt, doch sind die auf Gläubigerbefriedigung hindrängenden Liquidationsvorschriften hier abgeschwächt: es kann entbehrliches Geld vorläufig verteilt (§ 155 Abs. 2 HGB.) und die Gläubigerbefriedigung im Einzelfall oder überhaupt durch einstimmige Anordnung der Gesamthänder ganz ausgeschlossen werden (§ 152 HGB.)¹⁸⁾.

So wird es verständlich, daß das Gesetz für Personengesellschaften eine Liquidation überhaupt nicht zwingend vorschreibt: es schreibt sie nur mangels anderer Vereinbarung als Folge der Auflösung nach § 131 HGB. vor. Eines Liquidationszwanges bedurfte es hier auch nicht, weil — im Gegensatz zur Kapitalgesellschaft — die einzelnen Gesellschafter den Gläubigern auch nach Erlöschen der Firma unmittelbar und unbeschränkt (Kontrollauditionen beschränkt bis zur Höhe ihrer sog. Einlage) haften.

Aus dem Gesagten ergibt sich:

Erlischt die Handelsgewerbeeigenschaft der Personengesellschaft, so erlischt — soweit nicht nach §§ 131, 145 HGB. Liquidation eintritt — die kaufmännische „Firma“. Bleibt aber trotz Erlöschens der Firma noch ungeteiltes Vermögen in der Gesamthand der Gesellschafter zurück, so bilden diese ipso jure und auch gegen ihren Willen eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, weil in Ansehung des ungeteilten Vermögens das Gesamthandsband bestehen geblieben ist. Dies ist — nachdem das RG. in letzter Zeit mehrfach dieser vom Verfasser verteidigten Auffassung zugeneigt hat¹⁹⁾ — jetzt auf Vorlage des RG. vom RG. (ZW. 1937, 1982¹⁴⁾) bestätigt und daher als herrschende Ansicht anzusehen. Es macht hierbei keinen Unterschied, aus welchem Grunde die Handelsgewerbeeigenschaft verlorengegangen ist: ob das Geschäft im einzelnen versilbert, als Ganzes veräußert (oder: verpachtet) oder sonst eingestellt ist, zu

einem Kleingewerbe endgültig zusammengeschrumpft ist oder seine Struktur (als Fabrik) zu einem Handwerk verändert hat.

Die „Gesellschaft“, d. h. hier: das Gesamthandsband, kann also die „Firma“ überdauern. Ob sie auch eine „Liquidation“ überdauern kann, wird noch unter Nr. 5 erörtert.

4. Die interne „Auseinandersehung“ der Gesamthänder einer handelsrechtlichen Personengesellschaft kann sich — wie zu 3 dargelegt — statt in der Art einer Liquidation in „anderer Art“ vollziehen, insbesondere durch Veräußerung des Unternehmens als Ganzes an einen Gesellschafter oder an Dritte oder durch Umwandlung der OHG. (KommGes.) in eine Kapitalgesellschaft²⁰⁾ oder durch Naturalteilung. Für diesen Fall der „Nichtliquidation“ bestimmt nun § 158 HGB.: „Vereinbaren die Gesellschafter statt der Liquidation eine andere Art der Auseinandersehung, so haften, solange noch ungeteiltes Gesellschaftsvermögen vorhanden ist, im Verhältnis zu Dritten die für die Liquidation geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung.“ Was bedeutet dies?

Es bedeutet zunächst etwas ganz Selbstverständliches: daß nämlich durch interne Abmachungen die Belange Dritter nicht berührt werden. Die Bestimmung korrespondiert folglich mit § 149 HGB., wonach die Gläubiger zu befriedigen sind, und bildet mit § 149 HGB. die gesetzliche Grundlage für die Feststellung des RG. in der eingangs zitierten Entscheidung RGZ. 123, 151 ff. = JW. 1929, 1359¹⁾, „in der Rechtsprechung sei anerkannt, daß Vertragsrechte Dritter durch die Liquidation (sc.: und Nichtliquidation) grundsätzlich nicht berührt“ würden. Vielfach wird aber aus § 158 HGB. die Folgerung gezogen, daß die „Firma“ nicht gelöscht werden dürfe bzw. nach erfolgter Löschung wieder einzutragen sei oder daß die Personengesellschaft als Liquidationsgesellschaft einzutragen sei. RG.: JW. 1937, 1982¹⁴⁾ erörtert diese Frage nicht ganz klar, scheint indes § 158 HGB. als einen Fall der „Liquidation“ ansehen zu wollen²¹⁾, obwohl ein Fall der „Nichtliquidation“ vom Gesetz ins Auge gefaßt ist. Ebenso liegt der Entscheidung des RG.: JW. 1937, 2976²²⁾, die eine vom Konkursverwalter getätigte Veräußerung des ganzen Geschäfts mit Firma behandelt, die Vorstellung zugrunde, daß die „Liquidation der Handelsgesellschaft“ fortdauere. Das ist m. E. irrig. Um diese Frage endlich einmal einer Klärung entgegenzuführen, müssen wir zunächst untersuchen, welche Liquidationsvorschriften Anwendung finden.

§ 146 Abs. 2 HGB. (amtliche Bestellung eines Liquidators) scheidet aus²²⁾; denn der Gläubiger, dessen Belange durch § 158 HGB. gewahrt werden sollen, hat kein Antragsrecht, von dem hier nicht in Betracht kommenden Pfändungspfandgläubiger abgesehen; die Gesellschafter stellen den Antrag nicht, weil sie „Nichtliquidation“ vereinbart haben. Für den Konkursfall kommt § 146 Abs. 2 HGB. nicht in Frage, weil der Konkursverwalter an Stelle der Gesellschafter oder bestellter Liquidatoren liquidiert. Ist aber infolge Kündigung des Pfändungspfandgläubigers eines Gesellschafters oder infolge Konkurses eines Gesellschafters die OHG. (KommGes.) aufgelöst, so kann ohnehin die „Nichtliquidation“ i. S. des § 158 HGB. nur unter Zustimmung des Gläubigers bzw. des Konkursverwalters vereinbart werden.

Ebenso scheiden aus die §§ 147, 148 HGB. (Liquidatoren): denn bei „Nichtliquidation“ werden Liquidatoren nicht ins Handelsregister eingetragen²³⁾. Da keine „Liquidation“

¹⁷⁾ JW. 1937, 1982¹⁴⁾, 1984; RGZ. 65, 230 f., 227 = JW. 1907, 303; RGZ. 68, 410, 412 = JW. 1908, 450. Die hier und im folgenden erörterten Unterschiede bei „Verein“ und „Gesamthand“ erkennt Baumhach, „HGB.“, 3. Aufl., S. 195, Note 1 der Einführung zur OHG., nicht in ihrer praktischen Auswirkung.

¹⁸⁾ „Auseinandersehungsliquidation“ (Groschuff: JW. 1934, 945). Vgl. Anm. 14.

¹⁹⁾ JFG. 12, 279 (= JW. 1935, 1792²⁰⁾); JW. 1936; 1686²²⁾, 3129¹⁴⁾; Groschuff: JurAbh. 1933, 90 ff.; JW. 1934, 943—946 (zu I b u. c); 1934, 950 (zu 4); 1935, 1738 ff. (zu I u. II); 1935, 3265 (zu V); 1936, 3130¹⁴⁾ Anm.

²⁰⁾ Nach § 22 HGB. oder durch Einbringung des Geschäfts (mit oder ohne Firma) als Sacheinlage in eine neu gegründete Kapitalgesellschaft.

²¹⁾ Auf S. 1984, links, letzter Absatz. In den Anm. zu beiden im Text genannten Entsch. hat Verf. allerdings im Hinblick auf den technischen Ausdruck „Liquidation“ das Gegenteil herausgelesen.

²²⁾ Ebenso: Reichmann-Roehler in Roenige, „HGB.“ § 158 a. E.

²³⁾ Vgl. Anm. 22.

stattfindet, sind unanwendbar auch die §§ 150 (Einzelvertretung), 152—155 (Anordnungen, Zeichnung, Bilanz, Verteilung), 157 (Firmenlöschung nach Liquidationsende).

Die Liquidationsvorschriften sind nach § 158 HGB. vielmehr nur „entsprechend“ anzuwenden, d. h. nur insoweit, als sie eben für eine „Nichtliquidation“ passen. Dies sind neben den auf Grund des § 156 bestehenden Haftungs- und Verteilungsvorschriften der §§ 123, 124 Abs. 1, 128—130:

- a) die §§ 146 Abs. 1 und 3, 151 (Gesamtvertretung der Gesellschafter), die an die Stelle der §§ 125—127 treten,
- b) § 149 (Gläubigerbefriedigung)²⁴).

Daraus ergibt sich nunmehr: zur Vollstreckung in das ungeteilte Gesamthandsvermögen ist im Fall der Nichtliquidation abweichend von § 124 Abs. 2 HGB. ein Titel gegen sämtliche Gesellschafter „erforderlich“ und ausreichend. Es ist also § 158 HGB. m. E. lediglich ein Anwendungsfall der Gläubigerbefriedigungsvorschrift des § 149 HGB. auf die firmenlos gewordene Gesamthandsvereinigung in Ansehung noch ungeteilten Vermögens.

Man könnte hier einwenden: wenn eine Liquidationsgesellschaft ihre Firma behält und auch im Falle der Nichtliquidation die Liquidationsvorschriften entsprechend anzuwenden sind, so bleibt die Firma im Rahmen des § 158 HGB. bestehen. Darauf wäre zu erwidern: die „Firma“ ist der Name der Gesamthänder, unter dem sie im Handel ihre Geschäfte gemeinsam betreiben und ihre Unterschrift abgeben²⁵); wenn die Gesellschafter weder Erwerbsgeschäfte treiben noch abwickeln, verlieren sie das Firmenrecht; eine Firmenpflicht besteht außerhalb des Erwerbs- und Liquidationsstadiums nicht, weil die Gesamthänder keine juristische Rechtspersönlichkeit hat, sondern lediglich eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts ohne Firma ist mit den handelsrechtlichen Unterfällen der OHG. und KommGes., wie jetzt in der Rechtsprechung des RG. und KG. unstreitig ist²⁶). § 124 Abs. 1 HGB. hat im Rahmen der §§ 158, 156 HGB. nur noch die Bedeutung, daß die Gesamthänder für die früher „unter ihrer Firma“ getätigten Rechtsgeschäfte persönlich und gesamtschuldnerisch „haften“ (§§ 128—130 HGB.).

Die Gegenmeinung beachtet m. E. dreierlei nicht genügend: 1. daß durch das Gesetzeswort „statt“ redaktionell in nicht mißzuverstehender Weise der Auseinandersetzung übergestellt ist; 2. daß die „Auseinandersetzung“ interne Angelegenheit der Gesamthänder nach §§ 730 ff. BGB., §§ 105 Abs. 2, 161 Abs. 2 HGB. ist und die Vereinbarung der Nichtliquidation rechtsgültig bleibt, unbeschadet der Belange Dritter; 3. daß demgemäß die Liquidationsvorschriften nicht als solche, sondern laut ausdrücklicher Vorschrift nur „entsprechend“ anzuwenden sind. Die ausdrückliche Haftung ungeteilten Vermögens nach § 158 HGB. basiert auf der Anschauung, daß die Vorschrift erforderlich ist, weil mangels Handelsgewerbes keine handelsrechtliche Personengesellschaft mehr vorliegt. Es ist unmöglich, bei einer Erwerbsgesellschaft den handelsrechtlichen Charakter zu verneinen, ohne den zweiten Schritt zur Feststellung zu tun, daß er auch im Stadium der Auseinandersetzung nach § 158 HGB. durch Verlust der Handelsgewerbeeigenschaft verlorengegangen ist. In der eingangs zitierten RGZ. 123, 151 (= JW. 1929, 1359) hat das RG. diesen Schritt offenbar tun wollen durch den Hinweis auf „die andern Formen, als die gesetzlich regelmäßigen“, in der oben zit. JW. 1937, 1982¹⁴ hat es ihn anscheinend unbeabsichtigt wieder zurückgenommen.

Beispiele mögen die Rechtslage zu den Abschnitten 3 und 4 kurz erläutern:

²⁴) Die übrigen Akte des § 149 HGB. sind bei Nichtliquidation unanwendbar. — Vgl. Anm. 22.

²⁵) §§ 17 Abs. 1, 105 Abs. 1, 161 HGB.

²⁶) Vgl. Text bei Anm. 19 und diese Anm. 19.

Stellen A. und B., die ein Apparatebaugeschäft in der Rechtsform der OHG. unter der Firma „Paul Müller“ betreiben, den Gewerbebetrieb — gleichviel, aus welchem Grunde — ein, so erlischt die Firma „Paul Müller“. Dasselbe gilt, wenn das Apparatebaugeschäft dauernd zu einem Kleingewerbe zusammengekrumpft oder zu einem Handwerk (Schlosserei) verändert ist.

Haben A. und B. aber gemäß § 131 Ziff. 2 HGB. die Auflösung der Gesellschaft beschlossen (oder ist ein sonstiger Auflösungsgrund nach § 131 HGB. eingetreten), so findet mangels anderweiter Vereinbarung die gesetzliche Regel der „Liquidation“ statt (§ 145 HGB.). Die Firma besteht als „Paul Müller i. Liquid.“ weiter. War das Unternehmen bereits kleingewerblich oder handwerklich geworden, so verwendet es beim Erlöschen der Firma, und die „Auseinandersetzung“ findet gegebenenfalls nach §§ 730 ff. BGB. statt.

Beräußern A. und B. im Erwerb stadium ihr Apparatebaugeschäft im Ganzen ohne Firma an C. und D., so erlischt durch diese freiwillige Aufgabe des Handelsgewerbes die Firma nach jetzt unstrittiger Rechtsprechung: neben §§ 1, 2, 4, 105, 161 HGB. bilden auch §§ 23, 31 Abs. 2 HGB. die gesetzliche Rechtfertigung. C. und D. bilden eine neue OHG. (KommGes.) unter ursprünglicher Firma, deren Beginn nach §§ 106 Ziff. 3, 123, 161 Abs. 2 HGB. anzumelden ist²⁷). Ob aber auch das Gesamthandsband („die Gesellschaft“) zwischen A. und B. erlischt, hängt ab von der Unterfrage, ob A. und B. ungeteiltes „Vermögen“ verbleibt (Valuta; Grundstück u. dgl.); verneinendfalls endet auch das Gesamthandsband, das die Gesellschafter bisher in Ansehung des gemeinsamen Vermögens aneinanderfesselte; beziehendfalls bleibt es nach jetzt unstrittiger Rechtsprechung als „Gesellschaft bürgerlichen Rechts“ bestehen, so daß die „Auseinandersetzung“ sich gegebenenfalls nach §§ 730 ff. BGB., §§ 105 Abs. 2, 161 Abs. 2 HGB. vollzieht. Es liegt dann der Fall des § 158 HGB. vor (Nichtliquidation durch Veräußerung des Geschäfts); Anmeldung der „Liquidation“ zum Handelsregister kann daher nicht mehr in Frage kommen, die Firma ist erloschen und bleibt es²⁸).

Wird das Apparatebaugeschäft mit Firma veräußert, so ergibt sich hiernach, daß A. und B. für die „Verwaltung des Restvermögens“ keine neue Firma annehmen können²⁹). Ihr Gesamthandsband besteht nur noch als „Gesellschaft bürgerlichen Rechts“ fort, die keine Firma hat; sie können mithin nicht mehr die „Liquidation“ zum Handelsregister anmelden. Die Gegenmeinung übersieht, daß die handelsrechtliche Liquidation nicht das Bestehen der Gesamthänder, sondern das Bestehen der Firma und diese das Bestehen des Handelsgewerbes zur Voraussetzung hat.

Der Fall der Pachtgesellschaft ist hier sehr aufschlußreich. Wenn nämlich A. und B. ihr Apparatebaugeschäft, statt es zu veräußern, an C. und D. verpachten, so wird die Verpachtung registerrechtlich gleichwohl wie eine „Veräußerung“ behandelt auf Grund ausdrücklicher Vorschrift des Abs. 2 des § 22 HGB. A. und B. sind also zu löschen, C. und D. als Inhaber, die Rechtsform ihrer Vereinbarung und deren Beginn einzutragen; die Firma „Paul Müller“ wird entweder von C. und D. fortgeführt oder sie erlischt, da A. und B. kein Handelsgewerbe mehr betreiben

²⁷) Bei Wechsel sämtlicher Gesellschafter kommt nicht § 24 HGB., sondern § 22 HGB. in Betracht.

²⁸) Es ist unerfindlich, wie das RG. (JW. 1937, 1982¹⁴ auf S. 1984, links) die Firmenlöschung im Fall des § 158 HGB. ausschließen will, wenn es sie zuläßt bei „freiwilliger oder unfreiwilliger Aufgabe des Handelsgewerbes“.

²⁹) Vnd. M.: RG.: JW. 1937, 2976²³; 1935, 1793 und in früheren Entsch., stets ohne nähere Begründung. M. E. liegt darin ein Mißfall in die Vorstellung der OHG. (KommGes.) als einer Kapitalgesellschaft, die eine fingierte Rechtsperson ist und zur Verwaltung oder Liquidation des Restvermögens darum einer „Firma“ benötigt. Wie im Text: Schulte-Görlich: DNotZ. 1909, 650. C. o. (der dort offensichtliche Druckfehler „Form“ ist in „Firma“ zu berichtigen).

(§§ 23, 31 Abs. 2 HGB.). Insbesondere ist weder die Verwaltung eines Grundstücks, das vom Übergang des Handelsgeschäfts ausgeschlossen wird, noch die Einnahme der Pachtzinsen ein Handelsgewerbe, vielmehr bilden A. und B. zwecks Verwaltung des ungeteilten Gesamthandsvermögens (Grundstück, Pachtzinsen u. dgl.) ipso jure eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts³⁰⁾. Sie können auch nicht als Liquidationsgesellschaft im Handelsregister verbleiben; denn sie wollen nicht ihr Vermögen „liquidieren“ und sich in Ansehung desselben auseinandersetzen, sondern das Gesamthandstück aufrechterhalten. Auch die „Verpachtung“ ist — wie die „Veräußerung“ — eine „andere Art der Auseinandersetzung“ i. S. des § 158 HGB., d. h. ein Fall der Nichtliquidation. Es ist auch nicht richtig, zu sagen, die „Gesellschaft“ ruhe, so daß die Lösung der Firma von A. und B. unterbleiben könne bzw. Firmenänderung statthaft sei. Denn es „ruht“ nicht eine „Gesellschaft“, sondern nur der „Betrieb“ eines Handelsgewerbes: dieser aber ist nicht stillgelegt, sondern wird von C. und D. fortgeführt als Pächtern, d. h. als Rechtsnachfolgern von A. und B. gemäß ausdrücklicher Gesetzesvorschrift des § 22 Abs. 2 HGB. Endet das Pachtverhältnis und ist der Pachtgegenstand zurückgegeben, so lebt die OHG. (KommGes.) von A. und B. nicht ohne weiteres auf, es bedarf hierzu vielmehr zunächst des Willensaktes der Betriebsaufnahme: denn A. und B. können das Geschäft nunmehr an E. und F. verpachten oder verkaufen oder sich in Ansehung desselben nach §§ 730 ff. BGB. auseinandersetzen unter Auflösung ihres Gesamthandsbandes oder Inventar und Warenlager auf Lager legen. Demgemäß bedarf es auch registrierrechtlich nach § 22 Abs. 2 HGB. der Anmeldung von Pächter und Verpächter, daß A. und B. das Apparatebaugeschäft unter der Firma „Paul Müller“ oder unter neuer Firma fortführen, der Anmeldung der Rechtsform der Vereinigung von A. und B. und des Beginns dieser neuen Gesellschaft³¹⁾. Andererseits werden C. und D. i. d. R. — wie oben zu 1 ausgeführt — den „Pachtvertrag“ als Vermögenstück „liquidieren“ müssen.

Nicht erörtert bisher ist die Frage, welchen Einfluß der Fall des § 158 HGB. auf eine Liquidationsgesellschaft hat.

5. Auch während des Liquidationsstadiums der OHG. und KommGes. können die Gesellschafter von der Fortsetzung der Liquidation, die sich bisher auf Befriedigung einzelner Gläubiger oder Einziehung von Forderungen beschränkt haben mag, Abstand nehmen und „statt“ der Liquidation „eine andere Art der Auseinandersetzung“ — insbesondere Veräußerung des Geschäfts im Ganzen oder seine Verpachtung — beschließen. Es ist nicht einzusehen, weshalb in diesem Falle die Personengesellschaft, die als handelsrechtliche zu bestehen aufhört, gezwungen sein soll, die Liquidation des Restvermögens zu beenden, obwohl sie nicht mehr liquidiert, und berechtigt sein soll, ihre „Firma“ beizubehalten, obwohl die Gesamthänder unter diesem Namen „im Handel“ keine Geschäfte mehr betreiben (§ 17 Abs. 1 HGB.). § 158 HGB., der lediglich extern „im Verhältnis zu Dritten“ — wie wir oben (zu 4) sahen — die Liquidationsvorschriften „entsprechend“ anwendet, bildet jedenfalls keinen Hinderungsgrund.

Das Recht der OHG. und KommGes. wird vielmehr von dem handelsgewerblichen Betriebscharakter in einem so ausschlaggebenden Maße beherrscht, daß man sich ernstlich fragen muß, ob nicht für handelsrechtliche Personengesellschaften der Begriff der „Liquidation des Vermögens“ verengt werden muß zu einem Begriff der „Liquidation des Unternehmens“, um zu einem praktisch annehmbaren Ergebnis zu

gelangen. „Unternehmen“ hat ja — wie wir oben zu 1 sahen — nichts mit „Eigentum“ am Geschäft, sondern lediglich mit „Betrieb“ eines Handelsgewerbes zu tun³²⁾ und würde im Zusammenhange mit der „Liquidation des Vermögens“ die Liquidation desjenigen Vermögens der Personengesellschaft bedeuten, das sich als Bestandteil des Handelsgewerbes ergibt. Gehört der Apparatebaugesellschaft A. & B. ein Fabrikgrundstück, auf dem sie ihr Unternehmen des Apparatebaus betreibt, so kann es keinem Zweifel unterliegen, daß die Verwertung des Grundstücks zur „Liquidation des Vermögens“ einer Handelsgesellschaft gehört. Ebenso gehört bei einem Bankgeschäft A. & B. die Verwertung der der OHG. (KommGes.) gehörigen Wertpapiere zur Liquidation. Es ist aber in weiteren Kreisen nicht genügend bekannt oder zumindest nicht genügend gewürdigt, daß die Personengesellschaften „unter ihrer Firma“ Rechte und Eigentum erwerben, obwohl dieser Erwerb mit dem Betriebe des Handelsgewerbes an sich nichts zu tun hat. Dies ist zwar nach §§ 124, 161 Abs. 2 HGB. gesetzlich zulässig, in seiner Tragweite vom damaligen Gesetzgeber aber sicherlich nicht vorausgesehen. So haben in der Inflationszeit zahllose Personengesellschaften, um ihre gewerblichen Einkünfte vorm Zerrinnen zu bewahren, diese im Ankauf insbesondere von Grundstücken (und ausländischen Wertpapieren) angelegt und den Surrogatgewinn unter die Gesamthänder verteilt. Zu einem großen Teil haben auch steuerliche Gründe hierbei mitgewirkt. Die Folgen treten jetzt, wo auf Grund der Durchführungsvorschrift v. 23. Sept. 1937 (DZ. 1519) zur Handelsregisterverordnung die Vereinheitlichung des Handelsregisters durch Umschreibung der „wachen“ Firmen zu erfolgen hat, klar zutage: denn die Zahl der Personengesellschaften, die sich seit zehn und mehr Jahren in „Liquidation“ befinden und sie lediglich deshalb nicht beenden, weil sie zur Verwertung eines Grundstücks als einzigem Restvermögensstück eine bessere Konjunktur abwarten, geht in Großstädtebezirken nach allgemeiner Schätzung in die Hunderte. Es ist m. E. ein Mißbrauch der Rechtsform der OHG. (KommGes.), wenn eine „Apparatebaugesellschaft A. & B.“, die lediglich noch ein Wohngrundstück (nicht: Fabrikgrundstück) ihr eigen nennt, im Grundbuch „unter ihrer Firma“ als Träger des Rechts verbleibt, obwohl nach allgemeinen Grundsätzen infolge Aufgabe des Handelsgewerbes eine handelsrechtliche Personengesellschaft seit Jahren nicht mehr vorliegt und die Firma gelöscht sein sollte.

Es kann daher nicht anerkannt werden, daß § 157 Abs. 1 HGB. zu der Auslegung zwingt, daß die Lösung der Firma erst nach Beendigung der Liquidation des letzten Restes irgendeines Vermögensstücks zulässig sei; mit den Jahren, die neue Bedürfnisse zeitigen, ändert sich die Rechtsbetrachtung, indem sie den mutmaßlichen Willen des Gesetzgebers schärfer erfäßt. Dieser ist aus §§ 105 Abs. 2, 161 Abs. 2 HGB. erkennbar, der hilfsweise auf die Vorschriften des BGB. über die „Gesellschaft bürgerlichen Rechts“ verweist, der die handelsrechtlichen Unterfälle der OHG. und KommGes. grundsätzlich unterstellt sind. Erfolgt aber danach die interne „Auseinandersetzung“ der Gesamthänder, um die es allein sich hier noch zu handeln pflegt, nach §§ 730 ff. BGB., so ergibt sich theoretisch zwanglos, daß die handelsrechtliche Liquidationsform der Auseinandersetzung, die die Belange der Geschäftsgläubiger nach § 149 BGB. berücksichtigen will, sich grundsätzlich auf die Liquidation des Unternehmens (Geschäfts) beschränkt. Zum gleichen Ergebnis gelangt man, wenn man praktisch die Gründe ins Auge faßt, die die Gesamthänder bewegen, den Entschluß, ein Wohngrundstück „in Geld umzusetzen“, auf unbestimmte Zeit zu vertagen: Konjunktur,

³⁰⁾ Vgl. RG.: ZB. 1936, 312914; dagegen verbleibt die Kapitalgesellschaft, weil die Pachtzinsen usw. Vermögen sind, im Handelsregister unter bisheriger oder neuer Firma. Über das registerrechtliche Verfahren vgl. Großhuff: ZB. 1935, 3266, zu V.

³¹⁾ Vgl. Großhuff: ZB. 1935, 3266, zu V.

³²⁾ Vgl. §§ 1 Abs. 1, 105, 161 HGB. Gleichbedeutend mit „Handelsgewerbe“ sind die Ausdrücke: „Unternehmen“ (§§ 20, 182 Abs. 2 Ziff. 2 HGB.; § 3 Ziff. 2 GmbHG.); „gewerbliches Unternehmen“ (§ 2 HGB.); „Geschäft“ bzw. „Handelsgeschäft“ (§§ 18, 22—28 HGB.; § 4 Abs. 1 Satz 3 GmbHG.).

Scheu vor Kosten u. dgl. Darin offenbart sich mindestens stillschweigend der Wille, sowohl die Liquidation nicht fortzusetzen, als auch eine Aufteilung des Grundstücks nach Bruchteilen auszuschließen, mithin die Vereinbarung der Aufrechterhaltung der Gesamthand, die infolge Fehlens eines Handelsgewerbes nur eine „Gesellschaft bürgerlichen Rechts“ sein kann. Es liegt also wiederum der Fall des § 158 HGB vor: weil statt der Liquidation nunmehr die Nichtliquidation und „Gesellschaft bürgerlichen Rechts“ vereinbart ist: im Verhältnis der Gesamthänder zueinander ist die Liquidationsfirma erloschen, im Verhältnis zu Dritten bleibt die Haftung des Gesamthandsgrundstücks trotz der Firmenlöschung bestehen (vgl. oben zu 4). § 158 HGB. ist also die Rehrseite des § 145 HGB. (i. Verb. m. §§ 105, 161 a. a. D.) und bestätigt, daß der Begriff „Vermögen“ in § 158 a. a. D. jedes Vermögensstück umfaßt, während der Begriff „Liquidation“ in § 145 a. a. D. sinngemäß nur die Liquidation des handelsgewerblichen Unternehmens in sich schließt.

Hiernach ergibt sich: Der Begriff der „Liquidation der Gesellschaft“, den die eingangs zit. RGZ. 123, 151 ff. für eine OHG. verwendet, ist sachlich unzutreffend, weil die „Gesellschaft“, d. h. die Gesamthand, das Liquidationsstadium überdauern kann als „Gesellschaft bürgerlichen Rechts“. Dagegen trifft für handelsrechtliche Personengesellschaften der Begriff der „Liquidation des Unternehmens“ zu: mit ihrer Beendigung erlischt aber nur die „Firma“, gleichviel ob das Geschäftsvermögen als Ganzes veräußert (verpachtet) oder im einzelnen allmählich versilbert ist und ob dies im Erwerbs- oder im Liquidationsstadium geschieht. Mit dieser Frage des Erlöschens der „Firma“, die allein den Registerrichter interessiert, hat die Unterfrage, wann die Gesellschaft (Gesamthand) endet, überhaupt nichts zu tun. Dies ist der Punkt, der immer wieder verkannt wird. Die Begriffe „Beendigung der Liquidation“ und „Beendigung der Gesellschaft“ gleichzusetzen, wohin die Entscheidung des RG. a. a. D. führt, bedeutet einen ungewollten Rückfall in die Vorstellung der OHG. und KommGes. als einer „juristischen Person“³³⁾.

Die jüngere Rechtsprechung hat dem hier vertretenen Standpunkt den Weg bereits geebnet: nicht nur durch die oben angeführten Entscheidungen³⁴⁾, die sich allerdings auf Erwerbsgesellschaften beschränken, sondern vor allem meingestränkt durch die auf eine Grundbuchsache bezügliche Entscheidung: JFG. 12, 279 ff. (= JW. 1935, 1792³⁵⁾). Danach hat das RG. entschieden: im Falle der Umwandlung einer OHG. — gleichviel ob diese noch als solche oder ob sie als Liquidationsgesellschaft besteht — in eine aus densel-

ben Personen bestehende Gesellschaft bürgerlichen Rechts können Grundstücke der bisherigen OHG. ohne Auflassung im Berichtigungsweg auf den Namen der Gesellschafter als Miteigentümer in Gesamthandsgemeinschaft einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts umgeschrieben werden³⁶⁾. Auch das RG. betont in JW. 1937, 1982³⁷⁾: „Ein Wechsel in der Person des Eigentümers (an Grundstücken) tritt durch die Umwandlung nicht ein.“ In Laienkreisen ist dies offenbar noch zu wenig bekannt. Ganz ohne Kosten erfolgt die Grundbuchberichtigung allerdings nicht. Es bedarf aber, da kein Eigentümerwechsel vorliegt, zunächst nicht der Auflassung, deren Kosten also erspart werden. Die Eintragungsgebühr richtet sich nicht nach § 54 RKostD., sondern nach § 61 RKostD., beträgt also unter Zugrundelegung des nach § 24 a. a. D. auf 3000 RM zu schätzenden Durchschnittswerts von 3000 RM gemäß § 26 a. a. D. ein Viertel der vollen Gebühr, also nur 4 RM³⁸⁾. Hinzu treten nur noch die niedrigen Gebühren für die gerichtliche oder notarielle Beglaubigung des Berichtigungsantrags. Rechtsbelehrung kann also hier im Einzelfall der Handelsregistervereinigung dienlich sein, indem nach Grundbuchberichtigung (die Liquidationsbeendigung und) das Erlöschen der Firma freiwillig angemeldet wird. Wo aber die Scheu vor den geringsten Kosten dem freiwilligen Entschluß hinderlich ist, weil der Eigennuß dem Allgemeininteresse an der Handelsregistervereinigung vorangestellt wird, muß m. E. aus öffentlichem Interesse der Zwang einsetzen. Denn es kann nicht Aufgabe des Registergerichts sein, lediglich zu dem Zwecke der grundbuchlichen Legitimation jahrzehntelang handelslose Firmen im Register durchzuschleppen. Die Möglichkeit der Rückverwandlung der Liquidationsgesellschaft in eine Erwerbsgesellschaft kann nicht ins Auge gefaßt werden, weil nach Zerstörung der handelsgewerblichen Grundlage ein neues Handelsgewerbe vorliegen würde³⁹⁾, für das eine eventuell abgeleitete Firma nicht würde verwendet werden können, weil sie eben erloschen ist.

³⁵⁾ Vgl. hierzu Grojchuff: JW. 1935, 3265, rechte Spalte, über die Entbehrlichkeit ausdrücklicher „Gründung einer BGB.-Gesellschaft“. Diese Einschränkung ist denn auch vom RG. und RG.: JW. 1937, 1982¹⁴⁾ aufgegeben worden auf S. 1984, rechts oben.

³⁶⁾ Vgl. im Rahmen der früheren PrGefD. die entsprechenden Ausführungen des RG.: JFG. Erg. 11, 213; ebenso: Jonas-Melsheimer-Sornig-Stemmler, „RKostD.“, 2. Aufl., S. 202, Note II 1b, aa, a. E. zu § 54. — Der Fall des § 55 Abs. 3 RKostD., der Eigentumsübertragung des Grundstücks durch die bestehen bleibende OHG. (KommGes.) auf eine neu gegründete BGB.-Gesellschaft derselben Gesamthänder oder Aufteilung des Grundstücks unter die Gesellschafter im Sinne hat, liegt hier nicht vor, weil die OHG. (KommGes.) umgewandelt ist in eine BGB.-Gesellschaft, mithin untergegangen ist.

³⁷⁾ Wenn ältere Entscheidungen das Erlöschen der Firma auf die völlige Zerstörung der Vermögensgrundlage abstellen, so liegt hier ein irriger Rückfall in die Vorstellung einer Kapitalgesellschaft vor.

³³⁾ Das BG.: RGZ. 123, 151 ff. (= JW. 1929, 1359) scheint lediglich den Begriff des „Apothekenbetriebes“ in eigen-tumsrechtlichem Sinne mißverstanden zu haben. Vgl. Text bei Anm. 8 und 10.

³⁴⁾ Vgl. Anm. 19 und Text ebenda.

Urkundensteuer und Personengesellschaften

(insbesondere offene Handelsgesellschaften und Kommanditgesellschaften)

A.

Von Dr. Heinz George, Berlin

Das KapVerfStG. von 1922 — und noch früher das RStempG. — unterwarf die offenen Handelsgesellschaften, Kommanditgesellschaften, stillen Gesellschaften sowie die inländischen Niederlassungen ausländischer offener Handelsgesellschaften und Kommanditgesellschaften der Kapitalverkehrssteuer. Die Neufassung des KapVerfStG. übernahm diese Bestim-

mungen nicht, weil man die Personengesellschaften gegenüber den Kapitalgesellschaften besser stellen wollte. Durch das UrkStG. wurde eine Lücke, die eineinhalb Jahre (vom 1. Jan. 1935 bis 30. Juni 1936) bestand, wieder geschlossen. Es wurden gewisse Rechtsvorgänge bei den Personengesellschaften für urkundensteuerpflichtig erklärt. Hierbei lehnte sich das UrkStG. sehr eng an das KapVerfStG. an. § 36 UrkStG. enthält die einschlägigen Bestimmungen.

Personengesellschaften sind danach: offene Handelsgesell-

schaften, Kommanditgesellschaften, Gesellschaften des bürgerlichen Rechts, rechtsfähige und nichtrechtsfähige Vereine, Versicherungsvereinigungen auf Gegenseitigkeit und sonstige Personenvereinigungen. Die nachstehenden Bestimmungen sind in erster Linie für die offenen Handelsgesellschaften und Kommanditgesellschaften von Wichtigkeit. Die stillen Gesellschaften werden durch § 38 UrkStG. einer Sonderregelung unterworfen, die jedoch im wesentlichen mit der Besteuerung der Personengesellschaften gemäß § 36 UrkStG. übereinstimmt.

Gegenstand der Besteuerung

Der Urkundensteuerpflicht unterliegen nur folgende fünf Tatbestände:

1. Der Vertrag über die Errichtung einer inländischen Personengesellschaft;
2. die Erklärung des Beitritts eines neuen Gesellschafters;
3. die Erklärung eines Gesellschafters über die Erhöhung seiner Einlage;
4. die Erklärung eines Gesellschafters über die Überlassung seines Gesellschaftersrechts an einen anderen Gesellschafter oder an einen Dritten;
5. die Errichtung einer inländischen Niederlassung durch eine ausländische Gesellschaft.

Das frühere KapVerkStG. unterwarf im § 17 a—e die gleichen Rechtsgeschäfte der Steuer, jedoch wurde als Gegenstand der Besteuerung regelmäßig der Kapitalumsatz gewählt. Man kann aber die Rechtsprechung des RFG. zu diesen Bestimmungen auch zur Erläuterung des UrkStG. heranziehen.

Zu 1. Es genügt, daß ein Vertrag über die Errichtung einer offenen Handelsgesellschaft abgeschlossen ist. Auf die Eintragung in das Handelsregister kommt es also nicht an. Es besteht somit kein Unterschied zwischen den Fällen des § 1 HGB. (Gesellschaften, die ein Grundgeschäft betreiben und dadurch unabhängig von der Eintragung offene Handelsgesellschaften sind) und § 2 HGB. (Gesellschaften, die erst durch die Eintragung in das Handelsregister offene Handelsgesellschaften werden). Die Errichtung der Gesellschaft erfolgt durch Abschluß des Gesellschaftsvertrages bzw. durch Errichtung der Satzungen. Als Urkunde über die Errichtung der Gesellschaft (wie auch über die übrigen unter 2. bis 5. genannten Tatbestände) ist auch die Anmeldung zum Handels- oder Vereinsregister anzusehen. Dies gilt dann, wenn eine Urkunde über die Errichtung der Gesellschaft nicht angefertigt worden ist. Die Anmeldung ist nur dann steuerpflichtig, wenn sie öffentlich beurkundet oder beglaubigt ist (vgl. Reßler, „Kommentar zum UrkStG.“ S. 261).

Zu 2. Es muß sich um den Beitritt eines neuen Gesellschafters handeln. Werden dem Eintretenden lediglich die Gesellschaftsrechte eines anderen — ausscheidenden — Gesellschafters überlassen und macht er keine neue zusätzliche Einlage, so liegt nicht der Beitritt eines neuen Gesellschafters, sondern die Überlassung von Gesellschaftsrechten des ausscheidenden an den eintretenden Gesellschafter vor. Die Besteuerung hat dann auf Grund der Bestimmung zu erfolgen, daß die Erklärung eines Gesellschafters über die Überlassung seines Gesellschaftersrechtes an einen anderen Gesellschafter oder an einen Dritten steuerpflichtig ist (siehe Nr. 4). Es erfolgt nicht etwa eine Besteuerung aus beiden Gründen: Beitritt eines neuen Gesellschafters und Überlassung des Gesellschaftersrechtes. Überhaupt schießt sich die Besteuerung nach 1, 2, 3 und 4 gegenseitig aus, falls nicht mehrere steuerpflichtige Tatbestände gegeben sind.

Unter Umständen kann der Beitritt eines Gesellschafters auch die Errichtung einer neuen Gesellschaft bedeuten. Das ist eine Frage der Auslegung.

Zu 3. Eine Erhöhung der Einlage liegt vor, wenn der Gesellschaft neues Kapital aus dem Privatvermögen eines Gesellschafters zugeführt wird. Keine Einlagenerhöhung ist es, wenn nach dem Gesellschaftsvertrag der Gewinn des Gesellschafters auf dem Kapitalkonto ganz oder teilweise stehenbleibt (Urteil des RFG. v. 17. April 1923: RFG. 12, 68). Bei der offenen Handelsgesellschaft sind Träger und Eigen-

tümer des Vermögens die Gesellschafter zur gesamten Hand. Ihnen gehört auch die Vermögensvermehrung, die in der Bilanz am Schlusse des Geschäftsjahres ausgewiesen wird. Was ihnen aber bereits zur gesamten Hand gehört, können sie nicht dadurch zum Gegenstand einer Einlage machen, daß sie keine Abhebung vom Vermögen vornehmen. Es handelt sich demnach nur um eine innere Umbuchung. Folgerichtig hat der RFG. den Fall anders beurteilt, in dem bei einer Kommanditgesellschaft ein Kommanditist mit den anderen Gesellschaftern vereinbart, daß der ihm zustehende Gewinnanteil des Vorjahres zur Erhöhung der bereits voll geleisteten Kommanditeinlage verwendet wird (Urteil des RFG. v. 12. Nov. 1929: RFG. 26, 108). Die rechtliche Stellung des Kommanditisten gegenüber dem in der Gesellschaft erzielten Geschäftsgewinn ist nämlich eine ganz andere als die der persönlich haftenden Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft. Laßt der Kommanditist Teile seines Gewinnes stehen, so ist hierin die Überführung von Privatvermögen in das Gesellschaftsvermögen zu erblicken. Es liegt also eine Erhöhung der Einlage vor.

Die Darlehensgewährung ist keine Einlage. Jedoch darf die Darlehensform nicht gewählt werden, wenn es sich sachlich um eine Einlage handelt (Urteil des RFG. v. 22. Dez. 1927: RFG. 22, 288). Ob Darlehn oder Einlage vorliegt, kann nur nach den Gesamtumständen des Einzelfalles entschieden werden. Der Gebrauch des Wortes „Darlehn“ ist allein nicht entscheidend.

Zu 4. Voraussetzung ist, daß eine Kapitalverlagerung, d. h. eine Veränderung der Höhe des Gesellschaftskapitals, eintritt. Steuerpflichtig ist die Überlassung des Gesellschaftersanteils von A. an B., wenn B. dem A. den Gegenwert aus seinem Privatvermögen zahlt. Dem steht es gleich, wenn A. ausscheidet und seinen Anteil den verbleibenden Gesellschaftern B. und C. überläßt, vorausgesetzt, daß sie den A. aus ihrem Privatvermögen abfinden. Kein steuerpflichtiger Vorgang ist dagegen anzunehmen, wenn A. aus dem Gesellschaftsvermögen abgefunden wird. Eine Abfindung aus dem Vermögen der Gesellschaft und keine Urkundensteuerpflicht ist anzunehmen, wenn ein Gesellschafter das gesamte Gesellschaftsvermögen gegen Abfindung des oder der übrigen Gesellschafter übernimmt (Urteil des RFG. v. 7. April 1925: Steuerfartei § 17 KapVerkStG. Rechtspr. 9).

Steuerpflichtig ist jede freiwillige Übertragung von Gesellschaftsrechten. Darum ist die Pfändung von Anteilen durch einen Gläubiger der Überlassung von Gesellschaftsrechten nicht gleichzustellen, ebenso nicht die Übertragung der Gesellschaftsrechte durch Urteil usw., wohl aber die Übertragung durch Vergleich. Die Überlassung der Gesellschaftsrechte ist die Übertragung, also der dingliche Rechtsakt, nicht das schuldrechtliche Geschäft, das ihm zugrunde liegt.

Überlassung von Gesellschaftsrechten ist jeder Wechsel im Recht des Eigentümers oder Eigenbesizers. Zum Beispiel: Teilungsverträge zwischen Miteigentümern eines Gesellschaftersanteils, Einräumung des Nießbrauchs an dem Gesellschaftersrecht u. dgl.

Zu 5. Steuerpflichtig ist nur die Errichtung einer Zweigniederlassung, die dann vorliegt, wenn von ihr selbständige Geschäfte abgeschlossen werden (Unterschied zur Betriebsstätte; Urteil des RFG. v. 10. Juli 1936, II A 245/35: RStBl. 1936, 817 = JW. 1936, 3409²⁷).

Bei stillen Gesellschaften (§ 38 UrkStG.) ist steuerpflichtig:

1. der Vertrag, durch den sich jemand als stiller Gesellschafter mit einer Vermögensseinlage am Handelsgewerbe eines anderen beteiligt;
2. die Erklärung des stillen Gesellschafters über die Erhöhung seiner Einlage;
3. die Erklärung des stillen Gesellschafters über die Überlassung seiner Einlage an einen Dritten.

Die steuerpflichtigen Tatbestände entsprechen also denen bei den Personengesellschaften.

Steuermaßstab

Die Steuer wird bei der Errichtung einer inländischen Gesellschaft, dem Beitritt eines neuen Gesellschafters und der Erhöhung der Einlage eines Gesellschafters vom Wert der Einlage oder deren Erhöhung berechnet. Bei der Überlassung eines Rechtes am Gesellschaftsvermögen richtet sich die Steuer nach dem Wert des Rechtes zur Zeit des Eintritts der Steuerpflicht, mindestens aber nach dem Wert des Entgelts. Bei der Errichtung einer inländischen Niederlassung durch eine ausländische Gesellschaft ist der Wert des Anlage- und Betriebskapitals zugrunde zu legen, mit dem die Niederlassung ausgestattet wird. Die Bewertung richtet sich nach den Vorschriften des ABewG.

Gründen zwei oder mehrere Personen z. B. eine offene Handelsgesellschaft, so ist der Wert der Einlage jedes Gesellschafters der Besteuerung zugrunde zu legen. Nimmt ein Vater seine beiden Söhne in sein Geschäft auf, indem er seine Einzel-firma in eine offene Handelsgesellschaft verwandelt, und leisten seine Söhne eine kleine oder überhaupt keine Einlage, während der Vater das Geschäft einbringt, so ist die Urkundensteuer auch von dem Wert des Geschäftes zu entrichten, nicht etwa nur von dem Wert der Einlagen der Söhne.

Höhe der Steuer

Die Steuer beträgt nach § 36 UrkStG. 5 v. L. Es wird bei der Errichtung einer offenen Handelsgesellschaft, einer Kommanditgesellschaft oder bei der Errichtung einer inländischen Niederlassung durch eine ausländische Gesellschaft jedoch mindestens der Betrag von 20 RM erhoben. Der Mindestbetrag beläuft sich bei der Errichtung einer anderen Gesellschaft, z. B. einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, auf 10 RM. Beim Eintritt eines neuen Gesellschafters und bei der Erhöhung der Einlage eines Gesellschafters sind als Mindeststeuer 10 RM zu entrichten. Der Mindestbetrag ist auch dann zu zahlen, wenn sich einer der Gesellschafter nur zu Dienstleistungen verpflichtet, also nur seine Arbeitskraft, aber kein Kapital einbringt.

Bei der stillen Gesellschaft beträgt die Urkundensteuer ebenfalls 5 v. L. des Wertes der Einlage, jedoch in allen Fällen mindestens 5 RM.

Entstehung und Fälligkeit der Steuerschuld

Die Entstehung der Steuerschuld richtet sich nach den allgemeinen Bestimmungen des UrkStG. Die Steuerschuld entsteht darum mit der Errichtung der Urkunden, z. B. über den Gesellschaftsvertrag. Für die Entstehung der Steuerschuld bei der Beitrittserklärung eines neuen Gesellschafters usw. genügt die Beurkundung der einseitigen Erklärung ohne Rücksicht auf das Zustandekommen des bürgerlich-rechtlichen Vertrages (siehe Borutttau, 2. Aufl., S. 253). In den Fällen, in denen die Anmeldung des Rechtsvorganges zum Handels- oder Vereinsregister als Urkunde gilt, entsteht die Steuerschuld mit der Anmeldung.

Fällig ist die Urkundensteuer zwei Wochen nach Entstehung der Steuerschuld. Entsteht die Steuerschuld mit der Anmeldung, so ist die Steuer vor Eintragung des Rechtsvorganges, spätestens aber binnen zwei Wochen nach Entstehen der Steuerschuld zu entrichten.

Ausnahmen von der Besteuerung

Von der Besteuerung ist — sowohl bei den Personengesellschaften wie bei der stillen Gesellschaft — ausgenommen

1. die Umwandlung einer Kapitalgesellschaft in eine Personengesellschaft. Dies entspricht dem Ziel des UmwandlG. v. 7. Juli 1934, durch das die Verantwortung des Unternehmers gegenüber der anonymen Kapitalgesellschaft gestärkt werden soll. Die Umwandlung der offenen Handelsgesellschaft in eine Kommanditgesellschaft und umgekehrt ist dagegen steuerfrei, wenn die Räumlichkeit der Gesellschaft aufrechterhalten wird, d. h. neue Einlagen nicht erfolgen. Es erfährt dann lediglich die Haftung der Gesellschafter eine Änderung;
2. die Fortsetzung einer Gesellschaft mit den Erben eines Gesellschafters oder mit Teilnehmern an einer

beim Tod eines Gesellschafters eintretenden fortgesetzten Gütergemeinschaft. Diese Befreiungsvorschrift entspricht dem früheren § 18 zu a KapVerkStG. Nach der Begründung des UrkStG. soll hierdurch der Tatsache Rechnung getragen werden, daß bei Veränderungen, die auf dem Erbrecht beruhen, wirtschaftlich keine neue Gesellschaft errichtet wird oder kein neuer Gesellschafter eintritt. Anders ist es natürlich, wenn der Erbe der Gesellschaft neues Kapital zuführt, also z. B. eine neue Einlage leistet. Hier entsteht Steuerpflicht auf Grund der Vorschrift über die Erhöhung der Einlage. Unerheblich ist, ob der Erbe kraft Erbrechts oder durch Vertrag mit den anderen Erben in Besitz des Anteils gekommen ist.

Es ist auch nicht erforderlich, daß der Eintritt des Erben auf dem alten Gesellschaftsvertrag beruht. Da diese Befreiungsvorschrift der des früheren KapVerkStG. vollinhaltlich entspricht, wird man ohne weiteres die Ausführungen von Beiel zum KapVerkStG. (2. Aufl., S. 194) anwenden können, wonach es zur Steuerbefreiung genügt, wenn der Erbe auf Grund eines neuen Übereinkommens in die Gesellschaft eintritt, auch wenn zwischenzeitlich ein kurzer Schwebezustand herrschte, während dessen weder eine Abfindung des Erben noch eine Auflösung der Gesellschaft durchgeführt worden ist. Abmachungen der Erben, wonach ihnen der Anteil erhalten soll, sind ebenfalls von der Urkundensteuer wegen Überlassung eines Gesellschaftsrechtes befreit. Beispiel: Zwei Söhne vereinbarten, daß der eine von ihnen den ganzen Anteil an einer offenen Handelsgesellschaft übernimmt und der andere abgefunden wird.

Steuerpflicht entsteht dagegen, wenn die Erben des Inhabers einer Einzel-firma eine offene Handelsgesellschaft oder eine Kommanditgesellschaft bilden. Hier liegt die Neugründung einer offenen Handelsgesellschaft usw. vor. Eine Erbengemeinschaft kann jedoch nicht ohne weiteres als offene Handelsgesellschaft angesehen werden;

3. die Überlassung eines Gesellschaftsrechtes an einen Angehörigen des Überlassenden. Steuerfrei ist nur die Überlassung eines Gesellschaftsrechtes, nicht aber der Eintritt eines Angehörigen in eine Personengesellschaft. Der Begriff des Angehörigen ist im Sinne des § 10 StAnpG. zu verstehen. Danach sind Angehörige: der Verlobte, der Ehegatte, auch wenn die Ehe nicht mehr besteht, Verwandte in gerader Linie und Verwandte zweiten und dritten Grades in der Seitenlinie, Verschwägerter in gerader Linie und Verschwägerter ersten Grades in der Seitenlinie usw.

B.

Von Rechtsanwalt Dr. Heinz Meilcke, Berlin

Die vorstehenden Ausführungen des Herrn Dr. George seien in folgenden Punkten ergänzt:

I. Überlassen von Kapital an Personengesellschaften

1. Das Stehenlassen von Gewinn als steuerpflichtige Einlage

Das Stehenlassen von Gewinn durch die Kommanditisten begründet für sich noch nicht eine Urkundensteuerpflicht, auch wenn ein Stehenlassen etwa zwischen den Gesellschaftern ausdrücklich vereinbart ist. Darin liegt noch keine Erhöhung der Kommanditeinlage, sondern nur eine Stundung des Anspruchs auf Gewinnausschüttung, der dem Kommanditisten, wie jedem anderen Geldgläubiger der Gesellschaft, zusteht. Erst die Vereinbarung, den Gewinn zur Erhöhung der Kommanditeinlage zu verwenden, also die Haftungsgrundlage gegenüber den Gläubigern zu erhöhen, ist urkundensteuerpflichtig.

2. Gesellschafterdarlehen keine Einlage

Während bei der Gesellschaftsteuer Gesellschafterdarlehen, die sachlich Betriebskapital sind, gesellschaftersteuerpflichtig sind, kennt das Urkundensteuerrecht eine entsprechende Bestimmung nicht. Wenn insfolgedessen Kommanditisten sich verpflichten, über

ihre Einlage hinaus Darlehen zu gewähren, so sind diese Darlehen nicht urkundensteuerpflichtig. Das von Herrn Dr. George erwähnte Urteil v. 22. Dez. 1927 behandelt den Fall, daß ein persönlich haftender Gesellschafter ein angebliches Darlehen gegeben hatte, das tatsächlich — auch bürgerlich-rechtlich — Kapitaleinlage war.

3. Gründung einer Personengesellschaft aus Vater und Kindern

Häufig beteiligen Väter an ihrem Geschäft ihre Söhne als persönlich haftende Gesellschafter oder Kommanditisten. Herr Dr. George folgert aus dem Wortlaut des UrkStG. eine Urkundensteuerpflicht. Ist ein Vater an einer offenen Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft beteiligt und überträgt er seinen Anteil nunmehr ganz oder teilweise an seine Söhne, so ist dagegen nach der ausdrücklichen Vorschrift des § 36 Abs. 6 Ziff. 3 UrkStG. eine Urkundensteuerpflicht nicht gegeben. Meines Erachtens wird zu erwägen sein, die Befreiungsvorschrift sinngemäß dahin zu erweitern, daß auch das Einbringen eines Geschäfts in eine aus dem Veräußerer und seinen Söhnen bestehende offene Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft ähnlich der Bestimmung des § 8 Ziff. 5 GrEwStG. urkundensteuerfrei ist; denn Sinn der Bestimmung ist doch wohl, die Überlassung eines Geschäfts seitens der Väter an die Söhne zu erleichtern.

Eine Umsatzsteuer wird neben der Urkundensteuer bei der Errichtung einer offenen Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft nicht erhoben, auch wenn einer der Gesellschafter sein Geschäft in die offene Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft einbringt (vgl. Hartmann-Meckemacher, Nachtrag zum UmStG. S. 63).

Dagegen kann neben der Urkundensteuer noch eine Schenkungsteuer entstehen, wenn der Vater unentgeltlich einen Teil des Geschäftsvermögens dem Sohne überläßt.

4. Formwechselnde Umwandlung

Wird eine offene Handelsgesellschaft in eine Kommanditgesellschaft oder umgekehrt eine Kommanditgesellschaft in eine offene Handelsgesellschaft umgewandelt, so wird dadurch eine Urkundensteuer nach § 36 UrkStG. nicht ausgelöst, sofern die Einlage der Gesellschafter und die Beteiligungsrechte der Gesellschafter sich nicht ändern.

5. Errichtende Umwandlung und errichtende Auflösung

Wird eine Kapitalgesellschaft in eine gleichzeitig errichtete Personengesellschaft nach dem UmwandG. umgewandelt, so darf eine Urkundensteuer auf Grund des § 36 Abs. 6 Ziff. 1 UrkStG. nicht erhoben werden. Wird dagegen die Kapitalgesellschaft aufgelöst und ihr Liquidationserlös oder ein Teil ihres Liquidationserlöses in eine aus den Gesellschaftern errichtete Personengesellschaft eingebracht, so ist diese „errichtende Auflösung“ von der Urkundensteuer nach § 36 UrkStG. nicht befreit, so mit Recht Urteil des RFG. v. 19. Nov. 1937, II 125/37, unten abgedruckt S. 3266; Böttcher-Melicke, „Umwandlung, Verschmelzung und Auflösung“, 4. Aufl., S. 357 Anm. 23.

II. Herausnahme von Kapital aus einer Personengesellschaft (Austritt aus einer Gesellschaft gegen Abfindung aus dem Geschäftsvermögen und Auflösung einer Gesellschaft)

Bisher war anerkanntens Rechts, daß die Urkundensteuer und ihre Vorgängerin, die Kapitalverkehrssteuer nach § 17 KapVerStG., nicht den Austritt eines Gesellschafters gegen Abfindung aus dem Geschäftsvermögen und die Übernahme des Geschäfts der Gesellschaft durch einen der Gesellschafter traf (vgl. Ciffler, Anm. 9b zu § 36 UrkStG.; Boruttan, Anm. 2 zu § 36 UrkStG.; B. Reßler, Anm. 11 zu § 36 UrkStG.). Zu § 17 KapVerStG. hatte der RFG.: StB. 1925 Nr. 282 S. 883 ausdrücklich eine Kapitalverkehrssteuer abgelehnt.

In einem überraschenden Urteil v. 29. Okt. 1937 (unten abgedruckt S. 3266) hat der 2. Sen. des RFG. auch den Austritt aus einer Gesellschaft gegen Abfindung aus dem Geschäftsvermögen und die Übernahme eines Geschäfts einer zweigliedrigen offenen Handelsgesellschaft durch einen der Gesellschafter nach § 36 UrkStG. für stempelspflichtig erklärt. Gegen die Entscheidung kann eine Reihe von Gründen geltend gemacht werden.

a) Sinn des § 12 UrkStG. ist, die Kapitalzusammenballung zu erfassen. Deshalb war die Steuer früher im KapVerStG. als Gegenstück zur Gesellschaftsteuer bei Kapitalgesellschaften geregelt und ist jetzt in das UrkStG. übernommen worden.

b) Das Gesetz besteuert

„die Erklärung eines Gesellschafters über die Überlassung seines Gesellschaftsrechts an einen anderen Gesellschafter oder an einen Dritten.“

Der entsprechende § 17 d KapVerStG. besteuerte „die Überlassung von Gesellschaftsrechten an die Gesellschaft, an andere Gesellschafter oder an Dritte.“

Vergleicht man den Wortlaut beider Bestimmungen, so kann man keinen Grund feststellen, daß der Gesetzgeber die Kapitalabstichung durch Austritt oder Übernahme des Geschäfts gegen Abfindung aus dem Geschäftsvermögen der Urkundensteuer unterwerfen wollte.

c) Wenn jemand aus einer Personengesellschaft ausscheidet, oder wenn eine zweigliedrige Gesellschaft dadurch beendet wird, daß das Geschäft gegen Zahlung einer Abfindung von einem der Gesellschafter ohne Liquidation übernommen wird, so liegt zivilrechtlich bei der offenen Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft, nicht aber bei der bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft eine Anwachsung an die verbleibenden Gesellschafter bzw. an den Übernehmer vor (vgl. RFG. 65, 227). Wird dagegen zunächst die Gesellschaft aufgelöst und im Zuge der Liquidation die Übertragung vereinbart, so findet keine Anwachsung statt (vgl. § 142 Abs. 3 GrWB.). Würde also die Anwachsung = der Überlassung von Gesellschaftsrechten sein, so würde bei Auseinandersetzung bürgerlich-rechtlicher Gesellschaften und bei vorangegangener Liquidation keine Urkundensteuer zu erheben sein.

Der Begriff „Überlassung eines Gesellschaftsrechts“ ist aber n. E. überhaupt nicht bürgerlich, sondern wirtschaftlich zu verstehen. Wirtschaftlich wird aber bei der Abstichung eines Gesellschafters kein Anteil überlassen, sondern das Geschäftsvermögen wird um den Anteil des Ausscheidenden vermindert.

d) Die Entscheidung ist auch praktisch von Bedeutung; denn der Kaufstempel nach § 12 UrkStG. findet zwar bei Teilungsverträgen zwischen Miteigentümern, nicht aber bei Auseinandersetzungsverträgen zwischen Gesamthändern Anwendung (vgl. Ciffler, „UrkStG.“, Anm. 18 zu § 12). Ein Auseinandersetzungsvertrag ist kein auf Veräußerung eines Gegenstandes gegen Entgelt gerichteter Vertrag, mag auch umsatzsteuerrechtlich in der Überlassung von Gegenständen seitens der Gesamthand an einen Gesellschafter eine umsatzsteuerpflichtige Lieferung erblickt werden (vgl. RStBl. 1935, 638).

Selbst wenn man aber § 12 UrkStG. für anwendbar halten würde, ist zu beachten, daß bei Geldforderungen der Kaufstempel nur 1 v. T. beträgt und lediglich bei den übrigen Gegenständen sich auf 5 v. T. erhöht. Außerdem entfällt der Kaufstempel ganz, wenn die veräußerten Gegenstände zur Weiterveräußerung im Betriebe des Erwerbers oder zum Gebrauch oder Verbrauch im Betriebe des Erwerbers dienen.

Die neue Entscheidung des RFG. bedeutet also tatsächlich die Schaffung eines neuen Urkundensteuerbestandes bei Abstichung und Auseinandersetzung. Dabei ist zu beachten, daß neben der Urkundensteuer von 5 v. T. noch die 2%ige Umsatzsteuer in der Regel zu erheben ist (vgl. RStBl. 1935, 638).

Zinssenkung ohne gesetzliche Anordnung?

Von Dr. Werner Braun, Leipzig

Das allgemeine Zinsniveau ist seit der Überwindung der Bankenkrise von 1931 unablässig und in ganz beträchtlichem Umfange gesunken. Es hält sich heute ohne Schwankungen mit zeitweilig noch weiterfallender Tendenz auf einem seit dem Kriege nicht mehr dagewesenen Tiefstand.

Diese Entwicklung wird durch die amtlichen Reichsbankraten, die Diskont- und Lombardsätze der Reichsbank, veranschaulicht. Von dem am 1. Aug. 1931 erreichten Höhepunkt von 15 und 20% sind die Reichsbankdiskont- und Lombardsätze am 12. Aug. 1931 auf 10 und 15% und weiter am 2. Sept. 1931 auf 8 und 10%, am 10. Dez. 1931 auf 7 und 8%, am 9. März 1932 auf 6 und 7%, am 9. April 1932 auf $5\frac{1}{2}$ und $6\frac{1}{2}$ %, am 28. April 1932 auf 5 und 6%, am 22. Sept. 1932 auf 4 und 5% herabgesetzt worden und haben sich seither auf dieser Höhe gehalten. Entsprechend bewegten sich die von den Berliner Banken berechneten Kreditkosten (Sollzinsen und Kreditprovision) von 18% am 1. Aug. 1931, auf 12% am 2. Sept. 1931, auf 10% am 10. Dez. 1931, auf 9% am 9. März 1932, auf 7% am 22. Sept. 1932 und auf $6\frac{1}{2}$ % am 1. März 1935 (Zinssätze der Berliner Stempelvereinigung).

Es kann in Anbetracht dieser Zahlen nicht verwundern, daß 1931 und vorher, zum Teil auch noch 1932, Darlehens- und Bankbebetzinsen von 15, 18 und 24% gang und gäbe waren und daß Urteile und Vollstreckungstitel aus jener Zeit, die derartige Sätze als Vertragszinsen oder Verzugschaden zuerkennen, keine Seltenheit sind. Aus den Jahren nach der Stabilisierung der deutschen Währung vollends, wo noch höhere Sätze an der Tagesordnung waren, sind Urteile bekannt, die 8% Monatszinsen (RG.: WarnMpr. 1926 Nr. 151) und ähnliche Sätze als ordnungsgemäß zugesprochen haben. Das LG. Berlin und das RG. haben noch i. J. 1928 in einem Falle keine Bedenken gehabt, für einen Zeitraum von 4 Jahren $\frac{1}{10}$ % Tageszinsen zuzuerkennen (vgl. RGZ. 124, 147 = JW. 1929, 1397).

Die Erinnerung hieran wird wachgerufen, wenn Gläubiger, deren Schuldner inzwischen wieder zu Gelde gekommen sind, heute den Versuch machen, einen solchen Schuldittel zu vollstrecken und die zuerkannten Zinsen für die Gegenwart zu verlangen, oder wenn sie einen Schuldner auf Fortzahlung früher vertraglich vereinbarter Zinsen klageweise in Anspruch nehmen.

Hierzu ist zu bemerken. Aus früherer Zeit stammende Zinssätze, deren Höhe mit dem heutigen Zinsniveau in keiner Weise in Einklang zu bringen ist, sind nicht mehr Rechtens, mögen sie durch Urteil rechtskräftig zuerkannt sein oder nicht. Es ist unvorstellbar, daß derartige Zinsansprüche heute noch fortlaufend neu entstehen können. Hierüber sollte in einem Walle, das sich die „Brechung der Zinsnechtschaft“ zur Aufgabe gemacht hat, keine Meinungsverschiedenheit möglich sein.

Es besteht denn auch Einigkeit darüber, daß sich eine Diskussion über die Gültigkeit alter Schuldzinssätze unter keinen Umständen schon deswegen erübrigt, weil sie dem Gläubiger rechtskräftig zuerkannt sind. Wenn einem Gläubiger, der keinen Titel hat, ein Zinsanspruch nicht mehr zusteht, dann kann dies bei einem anderen, der einen rechtskräftigen Titel besitzt, nicht anders sein. Durch das bloße Judikat wird kein Privatrechtsanspruch begründet. Man wende nicht ein, daß das dem überhöhten Zinsanspruch stattgebende Urteil im Interesse der Rechtsicherheit ertrage und daß das Einzelinteresse des Schuldners dem Staatswohl untergeordnet werden müsse. Es ist für den Theoretiker leicht, diese Forderung aufzustellen. Soll deswegen aber der Richter mit gebundenen Händen zusehen, wie die Ungerechtigkeit triumphiert? Gewiß liegt es im Interesse des Staatswohles, daß ein jeder Rechtsstreit einmal ein Ende findet und daß eine erledigte Sache nicht wieder neu in Streit gezogen werden kann; aber es geht nicht an, um der Allgemeingültigkeit dieses Prinzips

willen zu fordern, daß Zinssätze von etwa 24% weitergezahlt werden, nur weil sie einmal rechtskräftig zuerkannt worden sind. Mir scheint, daß das Staatswohl in diesem Falle gerade das Gegenteil erfordert. Auch im Interesse der Rechtsicherheit ist der Fortbestand eines Urteils, welches Zinssätze zuerkennt, die den heutigen Maßstäben widersprechen, nicht geboten. Ein solches Urteil, „das lange zurückliegt und mit dem heutigen geläuterten Rechtsempfinden nicht im Einklang steht, sichert nicht das Recht, sondern schafft gerade durch seinen Fortbestand und seine Durchführung in Widerspruch mit dem heutigen Volksempfinden denbar unerwünschte Rechtsunklarheit“ (RG.: JW. 1937, 1405). Hierüber habe ich in den in neuerer Zeit veröffentlichten, die Frage überhöhter Urteilszinsen behandelnden Entscheidungen und Aufsätzen völlige Übereinstimmung gefunden (vgl. Grund: JW. 1935, 2938, Jonas: JW. 1936, 1695, RG. a. a. D., Verschel: JW. 1937, 679, 1407, Roquette: JW. 1937, 1938 und allgemeiner die treffenden Ausführungen von Bernhardt: JW. 1937, 1034).

Uneinigkeit besteht jedoch über die Hauptfrage, ob die früher wirksam eingegangene Verpflichtung, einen Zinssatz von bestimmter Höhe zu zahlen, heute noch Gültigkeit besitzt oder nicht. Soll beispielsweise ein Schuldner, der sich im Jahre 1931 zur Zahlung von 18 oder 24% Jahreszinsen verpflichtet hat, gehalten sein, diesen Zinssatz so lange, wie die Hauptschuld besteht, unverändert fortzuentrichten?

Die Betrachtung hat von der Frage auszugehen, ob der die Zinsvereinbarung enthaltende Schuldvertrag von vornherein rechtsgültig war oder nicht. Er kann wegen der Höhe des ausbedungenen Zinses von Hause aus unwirksam sein, nämlich unter der Voraussetzung, daß die Vermögensvorteile, die sich der eine Teil als Entgelt für seine Leistungen hat versprechen lassen, in einem auffälligen Mißverhältnis zum Werte seiner Leistungen stehen und daß der eine Teil die Notlage, den Leichtsin oder die Unerfahrenheit des anderen ausgebeutet hat (§ 138 Abs. 2 BGB.) oder, falls diese zweite Voraussetzung des Wuchers nicht vorliegt, daß zu dem objektiven Mißverhältnis noch ein anderer, insonderheit ein die Sinnesart der Beteiligten kennzeichnender Umstand hinzutritt, der zusammen mit dem Mißverhältnis das Rechtsgeschäft in seiner sich aus Inhalt, Zweck und Beweggrund ergebenden Gesamtgestaltung sittenwidrig macht (RG., Entscheidung des Großen Zivilsenats v. 13. März 1936: RGZ. 150, 4 = DJ. 1936, 611 = JW. 1936, 1281).

Es kann dahingestellt bleiben, ob dieser Auffassung oder der verschiedentlich vertretenen Gegenmeinung (DJ. 1935, 843; DM. 1935, 261), daß ein auffälliges Mißverhältnis für sich allein die Nichtigkeit zu begründen geeignet sei, der Vorzug zu geben ist. In den hier interessierenden Fällen kommt eine ursprüngliche Nichtigkeit schon deswegen nicht in Betracht, weil es an dem objektiven Mißverhältnis fehlt. Zwar empfängt der § 138 BGB. Inhalt und Richtung durch die nationalsozialistische Weltanschauung und ist in diesem Sinne auch bei der Beurteilung aus der Zeit vor der Machtübernahme stammender noch nicht abgewickelter Rechtsgeschäfte anzuwenden (RG. a. a. D.). Dieser Umstand, insbesondere die Tatsache, daß nach nationalsozialistischer Anschauung unmäßige Zinsforderungen keinen Rechtsschutz verdienen, kann jedoch nicht dazu führen, das Vorhandensein eines objektiven Mißverhältnisses im Zeitpunkt des Vertragschlusses zu bejahen. Für die Beantwortung dieser Frage sind die bei der Eingehung des Geschäftes vorhandenen Umstände und Zeitverhältnisse maßgebend. In einer Zeit aber, wo selbst die Reichsbank Sätze von 15 und 20% jährlich berechnete, kann ein Zinssatz von 18 oder 24% nicht als in einem auffälligen Mißverhältnis zur Leistung des Gläubigers stehend angesehen werden. Rückständige Zinsansprüche aus jener Zeit bestehen auch heute noch grundsätzlich in voller Höhe zu Recht.

Rein Gläubiger ist gehindert, sie auch heute noch geltend zu machen. Das muß der Klarheit halber ausgesprochen werden.

Dies gilt aber nicht für die Zeit seit Ende 1931. Von diesem Zeitpunkt an hat sich der Gesetzgeber der Senkung vertraglicher Zinsen durch gesetzgeberische Maßnahmen in großem Umfange angenommen.

Es sind insbesondere gesenkt worden:

1. die Zinsen für öffentliche Anleihen (4. NotW. v. 8. Dez. 1931 Teil 1 Kap. III Abschn. 1 § 1 [RWB. I, 699 ff.]; Gef. v. 27. Febr. 1935 [RWB. I, 286]), für Anleihen, über die Teilschuldverschreibungen ausgegeben sind (4. NotW. a. a. D.), für Schuldverschreibungen der öffentlich-rechtlichen Kreditanstalten (Gef. v. 24. Jan. 1935 [RWB. I, 45]),
2. die Zinsen für Grundpfandrechte und die ihnen zugrunde liegenden Forderungen (4. NotW. a. a. D. § 2 und Gef. v. 2. Juli 1936 [RWB. I, 533]),
3. die Zinsen für langfristige Forderungen (4. NotW. a. a. D. § 2),
4. die Zinsen für landwirtschaftliche Kredite (SchuldRegG. v. 1. Juni 1933 [RWB. I, 331]; Gef. v. 20. Juli 1933 [RWB. I, 524]; Gef. v. 28. Sept. 1934 [RWB. I, 860]; Gef. v. 31. Juli 1935 [RWB. I, 1057]).

Nicht erfasst von den vorstehenden Bestimmungen werden solche Kreditgeschäfte, bei denen eine langfristige Kapitalanlage nicht beabsichtigt war. Hieraus folgert man, daß bei diesen Verbindlichkeiten die vereinbarten Zinssätze in unveränderter Höhe fortgelten. Der Gesetzgeber habe dies dadurch, daß er zwar auf anderen Gebieten regelnd eingegriffen, die Zinsen für kurzfristige Schulden aber nicht in seine Regelung einbezogen habe, unzweideutig zum Ausdruck gebracht. Das RG. (a. a. D.) kleidet diese Auffassung in folgende Worte: „Der Richter kann eine Zinsermäßigung nicht von sich aus gewähren weder auf Gebieten, die der Gesetzgeber — bewußt — nicht geregelt hat, noch über das vom Gesetzgeber gewährte Maß hinaus auf Gebieten, die der Gesetzgeber selbst genau geregelt hat.“

Umkehrschlüsse dieser Art, wie sie dem herkömmlichen Rechtsdenken allerdings naheliegen, sind ein unfehlbares Mittel, um jede vom nationalsozialistischen Gesetzgeber eingeleitete Rechts Erneuerung ihrem Umfange nach auf ein Mindestmaß zu beschränken. Sie beruhen auf der falschen Vorstellung, als könne und wolle der Gesetzgeber für alle Fälle des täglichen Lebens Vorsehrung treffen und dem Richter fertige Anweisungen dafür an die Hand geben, wie sie nach heutiger Rechtsauffassung zu entscheiden sind. Weder das eine noch das andere ist der Fall. Es ist undurchführbar und unzulässig, die Gesetzgebungsmaschine wegen allem und jedem in Bewegung zu setzen. Der Gesetzgeber greift nur ein, wenn Fälle von besonderer Dringlichkeit, Bedeutung und Tragweite eine Regelung erheischen.

So hat er sich im Laufe der Zeit auf dem Gebiete der Zinsermäßigung einzelne Teilgebiete ihrer volkswirtschaftlichen Bedeutung und Dringlichkeit folgend herausgegriffen und sie jeweils zum Gegenstand einer eingehenden Regelung gemacht. Daß er sich dabei mit den Zinsen für kurzfristige Schulden nicht befaßt hat, ist nicht verwunderlich. Die Zahl der nur für kurze Frist eingegangenen Verbindlichkeiten, die sich infolge nicht rechtzeitiger Rückzahlung in die Gegenwart hinein fortgesetzt haben, fällt, verglichen mit der Kapitalmenge und der Bedeutung der Schulden, über deren Zinssätze der Gesetzgeber Bestimmungen getroffen hat, nicht ins Gewicht. Er hat sich durch die Nichtbehandlung der kurzfristigen Verbindlichkeiten nicht dahin ausgesprochen, daß auf diesem Gebiet die vereinbarten Zinssätze Bestand behalten sollen. Diese Frage ist in Wahrheit offengelassen und ihre Beantwortung im Einzelfalle dem Richter übertragen.

Volkmar (DZ. 1936, 612) hat die Frage aufgeworfen, ob man bei Bejahung der Sittenwidrigkeit i. S. des § 138 Abs. 1 BGB. statt des überhöhten einen in billigen Grenzen gehaltenen Zinssatz als geschuldet ansehen kann. Dieser Gedanke ist auch in den hier behandelten Fällen richtungweisend.

Zinsansprüche von etwa 24 und 30% jährlich entstehen heute nicht mehr, mag sich der Schuldner auch früher zur Zahlung eines solchen Satzes wirksam verpflichtet

haben. Diese Verpflichtung hat heute keinen Bestand mehr. Man muß annehmen, daß sie durch den eingetretenen Wandel der Rechts- und Wirtschaftsanschauungen unmittelbar inhaltlich verändert worden ist, auch ohne daß der Gesetzgeber dies ausdrücklich ausgesprochen hätte. Die vor dem Umbruch bestehende Rechtsordnung ist genau so, wie durch die seither ergangenen Gesetzgebungsakte, durch das seit dem Umbruch herrschende Volksempfinden, die nationalsozialistische Weltanschauung, unmittelbar umgestaltet worden.

Darüber insbesondere, daß nicht nur ein Gesetz, sondern auch ein Wandel der allgemeinen Verhältnisse und Anschauungen in Frage ist, bestehende Zinsansprüche inhaltlich zu ändern, äußert sich Jonas (JW. 1936, 1695) wie folgt:

„Das RG. geht zutreffend davon aus, daß die Rechtskraft des über den Zinsanspruch ergangenen Urteilsauspruchs einem Ermäßigungsbegehren entsprechend der in der Zwischenzeit eingetretenen Senkung des Zinsniveaus nicht entgegensteht. Bei Ansprüchen, die sachlich in jedem Augenblicke neu entstehen, die aber vom Gesetz, sobald sie einmal entstanden sind, als einheitliche Ansprüche auf wiederkehrende Leistungen behandelt werden, steht der der Klage stattgebende Auspruch begrifflich unter der auflösenden Bedingung des Fortfalls der seinerzeit bei der ersten Entstehung des Anspruchs vorhanden gewesenen Voraussetzungen. Daß der Fall der auflösenden Bedingung auch in einer Änderung der Gesetzgebung oder sonstiger allgemeiner Verhältnisse bestehen kann, steht außer Streit.“

Der Wandel der Rechts- und Wirtschaftsanschauungen gewinnt auf Rechtsverhältnisse, die aus der Zeit vor dem Umbruch stammen, unmittelbar gestaltenden Einfluß besonders dadurch, daß die nationalsozialistische Weltanschauung die Richtschnur für das abgibt, was Treu und Glauben gebieten (§§ 157, 242 BGB.) und was gegen die guten Sitten verstößt (§§ 138, 826 BGB.). überhöhte Zinsabmachungen aus früherer Zeit sind hiernach dahin auszulegen, daß eine Verpflichtung zur Weiterzahlung der überhöhten Zinssätze nicht besteht. Es geht nicht an, daraus, daß der Gesetzgeber auf einer Menge von Sondergebieten, nicht aber für von Hause aus kurzfristige Schuldverbindlichkeiten, eine Zinsenkung angeordnet hat, den Schluß zu ziehen, daß hinsichtlich der Zinssätze für kurzfristige Schulden alles beim alten geblieben ist und daß deshalb — hierauf läuft die Beweisführung des RG. im Grunde hinaus — das Weiterfordern von etwa 24 oder 30% nicht gegen Treu und Glauben verstoßen kann. Es ist unmöglich, dem RG. hierin beizupflichten ebensowenig wie seiner weiteren These, daß es dem Richter schlechterdings verboten sei, auf solchen Gebieten, die der Gesetzgeber genau geregelt hat, eine über das vom Gesetzgeber gewährte Maß hinausgehende Zinsenkung zu bewilligen. Gewiß wird grundsätzlich die gesetzliche Regelung als ausreichend gelten müssen. Es ist jedoch deswegen nicht ausgeschlossen, daß auch das Weiterfordern eines gesetzlich gesenkten Zinssatzes gegen Treu und Glauben verstoßen kann. Man braucht nur an die gesetzliche Zinsenkung für langfristige nicht hypothekarisch gesicherte Forderungen zu denken. Die einzige hierüber ergangene Anordnung ist in der 4. NotW. v. 8. Dez. 1931 enthalten, durch die alle Zinssätze über 8% um 25% herabgesetzt worden sind. Ein Satz von 20% würde hiernach lediglich auf 15% herabgesetzt sein. Hierbei kann es sein Bewenden nicht haben.

Nicht übersehen werden darf weiter, daß bei den kurzfristigen Kreditgeschäften die Parteien nur an eine kurze Dauer des Schuldverhältnisses und der übernommenen Zinszahlungspflicht gedacht haben. Daß die Forderungen nicht wie vorgesehen getilgt werden, sondern nach Jahren noch nicht zurückgezahlt sein würden, lag außerhalb ihrer Berechnung. Es lag daher wohlverstandenermaßen nicht in ihrem Sinn, daß der Schuldner sich zur Zahlung des vereinbarten Zinses auf unbestimmte Zeit und ohne Rücksicht darauf, welche Entwicklung das allgemeine Zinsniveau nehmen würde, verpflichten sollte.

Das RG. hat hieraus bereits in einer Entscheidung aus dem Jahre 1929 (RGZ. 124, 147 ff. = JW. 1929, 1397, im gleichen Sinne RG.: WarnRspr. 1926 Nr. 210) die Folgerung gezogen, daß ein Sinken des allgemeinen Zinsniveaus nach Treu und Glauben auch eine Senkung vertraglicher Zins-

schulden mit sich bringt. Eine offene Handelsgesellschaft hatte sich am 1. Mai 1924 verpflichtet, an die Klägerin am 2. Mai 1924 200 000 G.M. zu zahlen und den Betrag mit Beginn vom 30. April 1924 an bis zum Tage der Rückzahlung mit $\frac{1}{10}\%$ täglich zu verzinsen. Im Jahre 1928 erhob die Klägerin Klage auf Zahlung eines Teilbetrages von 20 000 G.M. nebst $\frac{1}{10}\%$ täglichen Zinsen. Das RG. verneinte den Zinsanspruch im Gegensatz zu den Instanzgerichten aus folgenden Gründen:

„Außerdem war nur an eine kurzfristige Dauer des Schuldverhältnisses gedacht. Dem schon auf den folgenden Tag war Zahlung versprochen. Danach könnte die offene Handelsgesellschaft dem Zinsanspruch, der heute schon mehr als das Sechsfache des Kapitals beträgt, mit der Einwendung entgegenreten, der Vertrag v. 1. Mai 1924 sei nach Treu und Glauben dahin auszulegen, daß der Zinsfuß nach der inzwischen eingetretenen bedeutenden Zinsermäßigung herabzusetzen sei.“

Die Ermittlung der Höhe, auf die der vereinbarte Zinsfuß nach Treu und Glauben herabzusetzen ist, ist dem Richter leicht gemacht. Die Spitzenverbände (Wirtschaftsgruppen und Fachgruppen) der deutschen Kreditinstitute haben die Aufgabe übernommen, für die bei der Verleihung von Geldern zu berechnenden Kreditkosten (Zins- und Provisionsätze) einheitliche den allgemeinen Wirtschaftsverhältnissen angepaßte Sätze aufzustellen. Sie sind als Höchstätze erstmalig auf Grund des zwischen den Spitzenverbänden geschlossenen Sollzinsabkommens v. 9. Jan. 1932 (RNz. Nr. 8, 9), neugefaßt am 22. Dez. 1936 (RNz. Nr. 299), auf 7% (5% Zinsen und 2% Kreditprovision) festgelegt und am 1. März 1935 auf $6\frac{1}{2}\%$ (5% Zinsen und $1\frac{1}{2}\%$ Kreditprovision) (RNz. Nr. 51) herabgesetzt worden. Der Reichskommissar für das Kreditwesen hat diese Sätze auf Grund der ihm durch das RGef. über das Kreditwesen v. 5. Dez. 1934 (RGW. I, 1203) erteilten Ermächtigung für allgemeinverbindlich erklärt (§§ 38, 57 des Gef., 4. NotWd. a. a. O. Abschn. 2 § 1; RNz. a. a. O.), so daß sie von allen Kreditinstituten als Höchstätze innegehalten werden müssen.

Diese Sätze müssen auch für die Ausleihungen privater Geldgeber grundsätzlich als angemessen gelten. Keinesfalls können bei einem privaten Geldgeber höhere Sätze angemessen

sein, da er im Gegensatz zur Bank regelmäßig keine Geschäftskosten hat, so daß ihm die Zinszahlungen in voller Höhe als Kapitalertrag verbleiben.

Der richtige Weg zur Geltendmachung des Zinsenkungsbegehrens gegenüber rechtskräftigen Urteilen ist die Vollstreckungsgegenklage nach § 767 ZPO. Dabei macht es keinen Unterschied, ob der Klageanspruch auf gesetzliche Zinsenkungsmaßnahmen oder auf den eingetretenen Wandel der Anschauungen gestützt wird. In beiden Fällen handelt es sich um eine zwischenzeitlich eingetretene Änderung der Rechtslage, die bewirkt, daß die dem Gläubiger zustehenden wiederkehrenden Ansprüche von einem bestimmten Zeitpunkt an anstatt in der vereinbarten nur noch in der durch die eingetretene Rechtsänderung festgelegten Höhe entstehen. Ein weitergehender Anspruch ist nicht vorhanden. Nicht etwa steht dem Schuldner lediglich eine Einwendung gegen seine Geltendmachung zu (so Roquette: JW. 1937, 1939, der deshalb die Anwendbarkeit des § 767 ZPO. verneint und sich auf den Weg der Klage nach § 826 BGB. gedrängt sieht). Die Rechtslage ist im Grunde nicht anders als in dem Falle, daß der Gläubiger die ihm zustehenden Ansprüche von einem bestimmten Zeitpunkt an freiwillig ermäßigt. Auch hier entstehen sie fortan nur in der ermäßigten Höhe.

Unerwähnt geblieben ist bisher die Frage der Herabsetzung zuerkannter sogenannter unedelter Verzugszinsen. Hier sind dem Gläubiger in Wahrheit keine Zinsen zugesprochen, sondern Schadenserfaß. Infolge der allgemeinen Zinsenkung fällt der dem Gläubiger entstandene Schaden niedriger aus, als der Richter bei der Urteilsfällung angenommen hat, und zwar um so viel, wie der Gläubiger beispielsweise für einen infolge des Verzugs des Schuldners in Anspruch genommenen Bankkredit weniger aufzuwenden braucht. Der zuerkannte Anspruch ermäßigt sich durch diese Entwicklung der Dinge entsprechend. Auch für die Geltendmachung dieser Ermäßigung ist die Klage nach § 767 ZPO. der gegebene Weg (vgl. RG. a. a. O. S. 1405). Zu den rechtsvernichtenden Einwendungen, auf die die Vollstreckungsgegenklage gestützt werden kann, gehört auch das Erlöschen des zuerkannten Anspruchs infolge veränderter Umstände. § 323 ZPO., den das RG. in diesem Zusammenhange mit nennt, bietet keine ausreichende Hilfe, da er eine Herabsetzung des Urteilsauspruches mit rückwirkender Kraft nicht gestattet.

Die Pfändung einer Forderung „auf Höhe“ eines bestimmten Betrages zuzüglich Zinsen

(Vgl. JW. 1937, 2133³⁷ Anm. Jonas)

Von Dr. Otto Hauke, Breslau

Ein Urteil des OLG. Hamm v. 10. Dez. 1936 über die Tragweite eines Beschlusses über Pfändung und Überweisung einer Forderung hat neuerdings die Debatte auf alte mit der Forderungspfändung zusammenhängende Streitfragen gebracht, die vielleicht geklärt schienen, tatsächlich aber noch der restlosen Klärung harren.

Beispiel: Der Gläubiger A. hat auf Grund eines vollstreckbaren Titels gegen den Schuldner B. in Höhe von 1000 R.M. (nebst Zinsen) eine Forderung des B. gegen C. (Drittschuldner) von 3000 R.M. gepfändet, wobei gemäß dem Preussischen Formular über Forderungspfändungen der Beschluß dahin lautete, daß „wegen der Forderung A. gegen B. von 1000 R.M. (nebst Zinsen) die angebliche Forderung des B. gegen C. gepfändet bzw. zur Einziehung überwiesen wird auf Höhe der Forderung des Klägers (A)“. B. hat hierauf den überschießenden Teil der gepfändeten Forderung gegen C. an D. (einen zweiten Gläubiger) abgetreten, der gegen C. erfolgreich vollstreckte und nunmehr von A. auf Herausgabe des Vollstreckungserlöses verklagt wurde.

Herrschende Meinung: Teilspfändung.

Hier tauchte zunächst die alte Frage auf, ob die Pfändung des A. nicht überhaupt von vornherein die ganze

Forderung B. gegen C. erfaßt habe und deswegen die Abtretung B. an D. gegenüber A., soweit sein Recht reicht, gegenstandslos sei. Diese Frage ist von der herrschenden Ansicht bislang verneint worden und es wendet sich auch Jonas: JW. 1937, 2134 f. mit Recht gegen die Auffassung, daß durch die Pfändung eines womöglich kleinen Teils der Schuldnerforderung der gesamte große Rest dieser Forderung blockiert sei, d. h. daß Verfügungen des Schuldners wie Dritter völlig zugunsten des Gläubigers A. ausgeschlossen werden sollen. Eine Vorfrage hierbei betraf den Punkt, ob die Pfändung nach dem Preussischen Formular wegen dessen Wortlaut die Pfändung der ganzen Schuldnerforderung oder nur desjenigen Teils, welcher der durch die Pfändung zu sichern den Forderung (hier des A.) gleichkomme, bedeute. Doch hat trotz der unglücklichen Fassung dieses Formulars Menzel (Kont. Tr. 1936, 65 ff.) immerhin daran festgehalten, daß die Pfändung auch bei Verwendung dieses Formulars nur eine Teilspfändung, eben auf Höhe der Gläubigerforderung (des A.) mit sich bringe. Eine so weitgehende Begünstigung des Pfandgläubigers, wie es die Blockierung der ganzen Pfandforderung wäre, wäre ja auch in der Praxis kaum tragbar. Nur zu dem Zwecke der Sicherung und Befriedigung des ersten Gläubigers den womöglich größeren überschießenden

den Rest der Pfandforderung aus dem Vermögen des Schuldners mit der Wirkung herauszunehmen, daß er selbst und andere Gläubiger von dem Zugriff hierauf bis zur völligen Befriedigung des ersten Pfandgläubigers ausgeschlossen sind, kann im Ernst nicht in Betracht kommen. Keinesfalls könnte diese weitgehende Begünstigung des Pfandgläubigers etwa in der Annahme eines Vorrechts liegen, wofür trotz Motive zur ZPO. S. 434 jeder gesetzliche Anhalt fehlen würde. Ein gesetzliches Vorrecht einer Forderung oder Teilforderung vor einer anderen ist vielmehr, soweit sie nicht auf Vertrag mit dem Drittschuldner beruht, nur im Rahmen der konkursrechtlichen Rangvorschriften möglich, die hierbei völlig außer Betracht bleiben.

Zinsendeckung des Pfandgläubigers.

Von dieser Grundauffassung, daß im gedachten Fall, auch nach dem Preußischen Formular, stets nur Teilpfändung anzunehmen ist, ist nun das OLG. Hamm einem Umstand zuliebe abgewichen, der diese Abweichung aber keinesfalls rechtfertigt. Wie hier am Eingang angedeutet, hat nämlich der Gläubiger A. außer seiner Kapitalforderung auch Zinsen zu fordern, die dauernd weiterlaufen und dadurch die Kapitalforderung erhöhen, so daß nicht von vornherein feststeht, wie hoch eigentlich seine Forderung im Augenblick seiner Befriedigung aus der Pfändungsforderung sein wird. Das OLG. Hamm weist zur Rechtfertigung dieser Abweichung auf den theoretisch äußersten Fall hin, daß durch die auslaufenden Zinsen die ganze Pfändungsforderung erschöpft werden könnte. Dieser Fall ist aber offensichtlich fernliegend und daher als Musterbeispiel, von dem auszugehen wäre, ungeeignet. Wohl wird es vorkommen, daß die zu pfändende Forderung nur wenig höher ist als die zu sichernde Gläubigerforderung; dann wird der Unterschied von den bei der letzteren auslaufenden Zinsen bald aufgejogen sein und bei der Befriedigung des Gläubigers tatsächlich eine Vollpfändung in Erscheinung treten. Aber in dem eingangs genannten und in vielen anderen Fällen (Gläubigerforderung 1000 RM, Pfandforderung 3000 RM) kann doch nicht ohne weiteres damit gerechnet werden, daß die Gläubigerforderung zusätzlich auslaufender Nebenbeträge die Pfändungsforderung erschöpft. Um die Regelung dieser gewiß nicht seltenen Fälle handelt es sich hier.

Die Unbestimmtheit der Gläubigerforderung und das Bedürfnis, auch die auslaufenden Zwischenzinsen unter Pfandschutz zu bringen, rechtfertigen nun gewiß nicht das Abgleiten in die alte Doktrin, daß von einer Vollpfändung ausgegangen werden müsse, wodurch sich der Pfandschutz der Zwischenzinsen von selber ergeben würde. Hierin ist Jonas durchaus beizupflichten, und es gipfeln seine Ausführungen, wie der Spermdruck auf S. 2135 l. c. ergibt, wohl auch in dieser Zurückweisung. Die Mittel aber, die zur Abhilfe im vorliegenden Falle gesucht werden müssen, bleiben m. E. trotz Jonas noch zu suchen, wie denn auch auf seiner Schlußbemerkung, die einen möglichen Ausweg zeigen will, wie gesagt, offenbar nicht der Ton seiner Ausführungen liegt.

Vorschlag: Höchstgrenze im Pfändungsbeschlusse.

Ausgehend von dem regelmäßigen Vorliegen einer Teilpfändung muß im vorliegenden Fall gefragt werden, wie hoch der wegen der Zwischenzinsen offensichtlich von vornherein nicht bestimmbare Teilbetrag der Pfändung ist. Meines Erachtens muß hier der Richter eingreifen, dadurch daß er eine größere bzw. die völlige Bestimmbarkeit dieses Teils herbeiführt. Hierbei sind nun durchaus die Gedanken verwertbar, wie sie die Vorschriften der ZPO. (vgl. §§ 766, 764 III, 793 u. 803 I 2) dem Richter an Hand geben und wie sie Jaeger schon in der LZ. 1909, 194 besprochen hat. Danach muß ebenso wie es bei Sachpfändungen der Gerichtsvollzieher tut, der Pfändungsrichter bei der Pfändung einer Forderung für die Bestimmung der Pfandwertgrenze eine pflichtmäßige Abschätzung des Pfandwertes vornehmen. Es sei deswegen auf die näheren Ausführungen bei Jaeger verwiesen und hier nur hervorgehoben, daß dem genannten Gedanken nach, jedenfalls nicht schlechthin, geschweige denn unter allen

Umständen für die Höhe der Forderung nur der Nennwert der Gläubigerforderung ausschlaggebend sein kann, was z. B. bei gerichtskundiger Minderwertigkeit der Pfandforderung sicher nicht zutreffen würde. In Auslegung dieser Rechtsgrundsätze hat m. E. der Richter unter Berücksichtigung der Umstände, insbesondere auch der Fälligkeit der Pfandforderung eine Ziffer zu suchen und zu finden, bis zu der die gepfändete Forderung von vornherein und höchstens dem Zugriff des Pfandgläubigers unterliegt. Er wird also z. B. in dem hier in Rede stehenden Fall von vornherein die Pfändung nicht auf Höhe von 1000 RM, sondern vielleicht auf 1200 RM aussprechen etwa in der Fassung, daß die Forderung gegen den Drittschuldner „bis 1200 RM, höchstens jedoch auf Höhe der Forderung des Klägers“ gepfändet sei. Die Frage der Zulässigkeit einer „Überpfändung“ beantwortet sich hierbei nach den angegebenen Vorschriften der ZPO., nach der sich auch die Rechtsmittel richten, falls sich später zeigt, daß der Richter in seiner Schätzung zu hoch gegriffen hat. In diesem Umfange ist die Frage nach der Zulässigkeit der Pfändung eines höheren Nominalbetrages als desjenigen, den der Kapitalbetrag der Pfandforderung darstellt, zu bejahen und es sei auf die Analogien hingewiesen, die sich bei rechtsgeschäftlicher Sicherung von Ansprüchen durch Abtretung oder Verpfändung einer Forderung ergeben, besonders aber auch auf die andern Fälle des Prozeßrechts, in denen der Richter für eine Sicherung sorgen muß, sei es durch Anordnung einer prozessualen Sicherheitsleistung oder durch Bestimmung einer Summe, durch deren Hinterlegung eine Prozeßmaßregel abgewendet werden soll (§ 923, Hinterlegung zur Abwendung des Arrestes). Auch hierbei muß der Richter sein pflichtmäßiges Ermessen bei der ziffernmäßigen Bestimmung der Summe walten lassen, und dies muß m. E. auch für den vorliegenden Fall zutreffen. Daß die Bestimmtheit des Teils bei Abtretung von Teilforderungen in der neueren Rechtsprechung fortlaufend kategorisch gefordert wird, insbesondere als Erfordernis der Gültigkeit bei Sicherheitszessionen, muß in diesem Zusammenhang besonders betont werden. Im vorliegenden Fall erscheint die Bestimmtheit der Pfändungsgrenze bei der Pfändung zugunsten des A. geradezu als ein unabweisbares Verkehrsbedürfnis, damit sowohl dieser wie der Schuldner und auch andere Gläubiger, die Rechte an der Restforderung erwerben, vor unliebsamen Überraschungen und Fehlberechnungen bewahrt bleiben.

Dieses Bedürfnis hat auch Jonas gefühlt. Jedoch scheint mir die von ihm gezeigte Lösung, daß sich im Falle einer Pfändung der Restforderung durch einen zweiten Gläubiger „das dem Erstpfändenden zur Verfügung stehende Volumen nicht mehr ausdehnen kann“, nicht vertretbar. Denn der Wortlaut des ersten Pfändungsbeschlusses spricht doch ausdrücklich davon, daß die Forderung gegen den Drittschuldner auch „wegen und auf Höhe der Forderung des Klägers nebst Zinsen seit 1. Febr. 1930 und Kosten“ gepfändet sei, und damit ist die Begründung des Pfandrechts auch in Höhe der künftig auslaufenden Zinsforderung zulässigerweise ausgesprochen (vgl. § 1204 Abs. 2 BGB.). Es kann also m. E. über diesen Teil des Pfandrechts nicht ohne weiteres hinweggegangen werden, vielmehr ist es durchaus am Platze, „einen weiteren Teil der Forderung gegen den Drittschuldner von vornherein zu reservieren“, was auf die oben empfohlene Art der richterlichen Bestimmung einer Pfändungsgrenze am leichtesten geschehen kann.

Mehrheit von Pfändungen

Glauvt der Richter den hier gezeigten Ausweg nicht anwenden zu können, so bleibt für jede spätere Verfügung über den Rest der Pfandforderung jedenfalls das Störungsmoment des Zinsenaufbaus für den (ersten) Pfändungsgläubiger A. bestehen. Freilich wird sich dies bei einer Zweitpfändung besonders bemerkbar machen. Vielleicht sind aber die hierdurch herbeigeführten Verkehrsbehindernisse in der Praxis nicht so häufig, wie man nach dem Jonas'schen Aussage annehmen könnte; das Fehlen umfangreicher Rechtsprechung auf diesem Gebiete scheint ein Beweis hierfür. Namentlich wird der Fall, daß der Erstpfändende sich fahrlässig lange Zeit nicht rührt,

obwohl schon eine Zweitpfändung vorliegt, und der Zweitpfändende dadurch Schaden erleidet, doch wohl selten vorkommen. Der Zweitpfändende wird vielmehr mit Hilfe des § 840 I (Nr. 3) P.D. alsbald bestehen und Umfang des ersten Pfandrechts, auch bezüglich der auflaufenden Zinsen, in Erfahrung gebracht haben, ebenso, ob die Pfandsforderung bestritten oder durch Gegenansprüche oder weisliegende Fälligkeit entwertet ist. Ist nun vom Drittschuldner alsbaldige Zahlung zu erreichen — z. B. auch durch Hinterlegung (§ 853 P.D.) — so ergibt sich die Vereinigung dadurch von selbst; im gegenseitigen Falle kann der Zweitpfändende wenigstens alsbald seine Lage übersehen und sich danach einrichten. Helfen wird praktisch oft eine Verständigung zwischen Erst- und Zweitpfändendem, wobei nicht übersehen werden darf, daß auch der letztere — nicht nur der erstere — auf die Zahlung oder die Klarstellung des Bestandes der Pfandsforderung und ihrer Verteilung unter die Beteiligten hinwirken kann. In der Praxis wird eine Verständigung zwischen Erst- und Zweitpfänder nicht selten sein, wobei übrigens der erstere insofern in etwas ungünstigerer Lage ist, als er von der Zweitpfändung zunächst nichts erfährt, während umgekehrt der Zweitpfänder vom Bestehen des Erstpfandrechts auf dem bezeichneten Wege alsbald Kenntnis erlangen kann. Wichtig ist die Verständigung in den Fällen, wo die Zahlung der Pfandsforderung sich noch lange hinzieht, also wenn sie bestritten, von Einwänden betroffen oder noch lange nicht fällig ist. Und nur dann, wenn hier eine Einigung zwischen Erst- und Zweitpfändendem sich nicht erreichen läßt, wird die hier behandelte Frage — der Berücksichtigung des Zinsenaufschlags für die Erstpfändenden — bei Vorliegen mehrerer Pfändungen kritisch. Dann gibt es aber in. E. nur zwei Möglichkeiten: Entweder ist der Zweifel durch den oben gezeigten Ausweg der richterlichen Festsetzung einer die auflaufenden Zinsen einschließenden bestimmten Höchstgrenze des Erstpfandrechts im Pfändungsbeschuß von vornherein ausgeschaltet, oder die für den Erstpfänder auflaufenden Zinsen müssen — wenn der Pfändungsbeschuß diese Zinsen (wie oben) erwähnt — voll berücksichtigt werden, bevor der Zweitpfändende etwas er-

halten kann. Diesen Nachteil muß der Zweitpfändende als im Wesen der Zweitrangigkeit seines Pfandrechts beschlossen hinnehmen und der Gedanke, diesfalls die Zinsen des Erstpfändenden vom Zeitpunkte der Zweitpfändung ab unberücksichtigt zu lassen, ist de lege lata jedenfalls abzulehnen. Für seine gegenteilige Äußerung kann sich Jonas auf kein höchstrichterliches Urteil berufen. Zugeben ist ihm aber, daß die beiden die Berücksichtigung der Zinsen des Erstgläubigers richtigerweise aussprechenden Urteile, nämlich das hier besprochene Hammer Urteil und das RG-Urteil v. 6. März 1930: JW. 1931, 2576 (ebenso wie das die Klündigungsbesugnis des Pfändungsgläubigers für die ganze Pfandsforderung feststellende Urteil im Seuff. Arch. 72, 150) einen Zankapfel in die Debatte geworfen haben durch zu starke Betonung der Theorie, daß durch eine Pfändung stets die ganze Pfandsforderung ergriffen werde. Selbst wenn diese Theorie, die im Urteil des RG. nur als Ausweg bezeichnet wird, konstruktiv richtig ist, kann sie nicht die starke Auswirkung haben, daß nicht eine zweite Pfändung möglich wäre (vgl. den Wortlaut von § 853 P.D.) oder daß ein Rest der Pfandsforderung, der sich nach Ausübung der — ja in jedem Falle auf die Höhe des Schuldtitels beschränkten — Einziehungsbefugnis etwa ergeben könnte, nicht für den Drittschuldner oder seine anderen Gläubiger verfügbar wäre. Von einer „Blockierung“ der Pfandsforderung braucht also nicht die Rede zu sein.

Auch diese theoretischen Schwierigkeiten würden aber vermieden werden, wenn dem hier vorgeschlagenen Auswege der Festsetzung einer Höchstgrenze im Pfändungsbeschuß gefolgt werden sollte. Ist man für das geltende Recht der Meinung, daß eine solche auf eine Teilpfändung hinauslaufende Maßnahme nicht ohne einen ausdrücklichen Antrag auf Teilpfändung zulässig ist, so mag der Richter auf eine Beschränkung des Pfändungsantrages vor dem Pfändungsbeschuß hinwirken. Bei der praktischen Handhabung, sei es nach geltendem Recht, sei es im Falle gesetzlicher Neuordnung, wird jedenfalls vor einer Überspannung der richterlichen Verantwortlichkeit — etwa im Sinne einer vom Gericht anzustellenden genaueren Prüfung der Pfandsforderung — gewarnt werden müssen.

Streifzüge durch das Mietrecht

I.

Fernwirkung von Mietvorverträgen auf abgeschlossene Mietverträge

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

Stoffübersicht:

	Seite
1. Problemstellung	3206
2. Das rechtliche Gepräge des Mietvorvertrages	3207
3. Die Form des Mietvorvertrages	3207
4. Die Einwirkung der Mietvorverträge auf abgeschlossene Mietverträge	3207
5. Kritik der gegenwärtigen Rechtslage	3209

1. Problemstellung

Es ist eine eigenartige Erfahrung, daß ein Vorgang, der sich im Leben tausendfältig wiederholt, der rechtlichen Beurteilung oft große Schwierigkeiten bereitet. Ein alltägliches Ereignis: Es mietet jemand eine Wohnung, einigt sich über Miete, Mietzeit und Kündigung und vereinbart mit dem Vermieter, daß der Vertrag noch schriftlich abgesetzt werden solle. Der Tag des Einzuges kommt heran, er bezieht die Wohnung, zahlt pünktlich seine Miete, und über dem guten Einvernehmen denkt niemand mehr an die schriftliche Niederlegung des Vertrages. Nach Jahren braucht der Vermieter die Wohnung, er kündigt mit gesetzlicher Frist: Nun besinnt sich der Mieter auf die Vereinbarungen über Mietzeit und Kündigung, er wendet ein, es sei halbjährige Kündigungsfrist und eine

Mindestmietzeit von fünf Jahren abgemacht, diesen Vereinbarungen entspreche die Kündigung nicht. Der Vermieter entgegnet, es bestehe kein schriftlicher Mietvertrag, man habe seine Abfassung trotz der ursprünglichen Vereinbarung unterlassen, wohl weil beide Teile nicht mehr daran gedacht hätten, daher laufe der Mietvertrag auf unbestimmte Zeit, und es gelten für ihn die gesetzlichen Kündigungsfristen. Der Mieter läßt sich nicht überzeugen, er hält an den ursprünglichen Vereinbarungen fest und glaubt auch den Vermieter daran gebunden. Es kommt zur Räumungsklage. Der Mieter beantragt Abweisung, erhebt Widerklage und verlangt Verurteilung des Vermieters zur schriftlichen Beurkundung eines Mietvertrages über die Wohnung mit dem ursprünglich vereinbarten Inhalt, insbesondere der vereinbarten Mietzeit und Kündigungsfrist. Der Mieter hat in zwei Instanzen obgesiegt.

Das Ergebnis wirkt zunächst verblüffend: Warum ist die Räumungsklage abgewiesen? Jeder Rechtswahrer weiß, daß die Folgen des Fehlens der Schriftform bei langfristigen Mietverträgen kraft Gesetzes eintreten; das Gesetz hat durch § 566 BGB. dem rechtsgeschäftlichen Willen der Beteiligten ausdrücklich seine rechtsgestaltende Kraft genommen und an die Stelle von Vereinbarungen eine gesetzliche Inhaltsbestimmung gesetzt. Gibt es nun eine Rechtsgestaltung, die stärker ist als dieses gesetzliche Gebot? Das Urteil hat die Frage bejaht: Es findet die stärkere Rechtsquelle in dem Mietvorvertrag.

Der Fall gibt Anlaß, den Mietvorvertrag nach Gehalt und Gestalt und insbesondere seine Einwirkungsmöglichkeit auf bereits abgeschlossene Mietverträge einmal grundsätzlich zu erörtern.

2. Das rechtliche Gepräge des Mietvorvertrages

Mietvorvertrag ist ein Vertrag, durch den eine Verpflichtung zum Abschluß eines Mietvertrages begründet wird.

Diese Verpflichtung kann für einen oder beide Beteiligten begründet werden, je nach der bestehenden Interessenslage. Es kann der Fall vorliegen, daß der Vermieter sich einen Mieter unter allen Umständen sichern will, während das Mietobjekt zur Zeit für ihn noch nicht verfügbar ist. Oder es kann der Fall gegeben sein, daß sich ein Mieter eine Wohnung sichern, aber noch nicht endgültig zu ihr entschließen will, weil er andere Angebote hat oder erwartet. Hier wird man einseitige Bindungen vereinbaren. Immerhin werden die Fälle einseitiger Bindung selten sein. In der Regel werden beide Vertragsteile wünschen, daß auch der andere an die Vereinbarungen gebunden sei. Der natürliche Weg ist in solchen Fällen der Abschluß des Mietvertrages selbst. Dieser ist aber bisweilen nicht gangbar, weil zur Zeit noch Hindernisse bestehen, die in der Zukunft erst beseitigt werden sollen oder von denen noch gar nicht feststeht, ob sie überhaupt zu beseitigen sind. Oft wird der Vorvertrag auch nur den Zweck haben, die Form der Beurkundung für einen inhaltlich bestimmten Mietvertrag festzulegen. In diesen und ähnlichen Fällen wird beiderseitige Bindung vereinbart werden.

Der Inhalt der Vereinbarungen des Vorvertrages ist der Abschluß des Mietvertrages. Ein Vertragsabschluß setzt Angebot und Annahme voraus. Der Vorvertrag wird erfüllt, indem der Vorvertragsberechtigte dem anderen Teil ein Vertragsangebot auf Abschluß eines Mietvertrages mit dem vereinbarten Inhalt macht und der andere dieses Angebot annimmt. Gegenstand der Leistung des Vorvertrages ist mithin die Abgabe einer Willenserklärung bestimmten Inhalts, nämlich Annahme eines Vertragsangebots: Der Berechtigte kann verlangen, daß der Verpflichtete das von ihm gemachte Vertragsangebot annimmt.

Das Vertragsangebot selbst wird durch den Vorvertrag inhaltlich festgelegt. Es steht nicht nur der Vertragspartner auf Grund des Vorvertrages fest, sondern auch das Mietobjekt und der Mietzins, in der Regel auch die Mietzeit sowie die Kündigungsbedingungen und etwaige weitere besonderen Rechte und Pflichten der Vertragsteile. Die Bedeutung des Vorvertrages liegt darin, daß beide Beteiligten an den vereinbarten Inhalt des Vertragsangebots gebunden sind. Die Leistung des Verpflichteten, also die Annahme des Vertragsangebots, kann nur verlangt werden, wenn das Angebot den vereinbarten Inhalt aufweist. Andererseits kann die Annahme des Vertragsangebots nicht abgelehnt werden, wenn es dem vereinbarten Inhalt entspricht. Der Annahmende hat nicht mehr die freie Entschließung, wie sie § 147 BGB. vorsieht, er hat sich dieser Freiheit ausdrücklich begeben, indem er sich verpflichtet, den Vertrag des vereinbarten Inhalts zu schließen.

3. Die Form des Mietvorvertrages

Der Mietvorvertrag ist stets formlos gültig. Grundsätzlich bedarf jeder Vorvertrag der gleichen Form wie der Hauptvertrag. Wenn das Gesetz für den Hauptvertrag eine bestimmte Form vorschreibt, so geschieht dies aus der rechtspolitischen Erwägung heraus, daß mit Rücksicht auf die Wichtigkeit des Gegenstandes eine Bindung der Beteiligten erschwert werden soll, um sie vor den Folgen übereilter Handlungen zu schützen. Deshalb stellt das Gesetz als Rechtsfolge des Formmangels grundsätzlich die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts auf (§ 125 BGB.). Es würde zur Vereitelung des Gesetzeszwecks führen, wenn über den Umweg formloser Vorverträge doch eine Bindung der Beteiligten herbeigeführt werden könnte.

Von dem Grundsatz, daß Vorverträge den gleichen Formen wie der Hauptvertrag unterworfen sind, gibt es aber Ausnahmen. Sie sind begründet bei denjenigen Verträgen, für welche die Form nicht Voraussetzung ihrer Gültigkeit, sondern nur Voraussetzung für eine besondere rechtliche Ausgestaltung ist. Dies trifft bei Mietverträgen zu.

Mietverträge mit einer längeren Mietdauer als einem Jahr (langfristige Mietverträge) bedürfen nach § 566 BGB. der Schriftform. Das Fehlen der Schriftform hat dabei nicht die Nichtigkeit des Vertrages zur Folge, sondern bewirkt nur, daß die Vereinbarungen über die Mietzeit für länger als ein Jahr sowie über die Kündigungsbedingungen nichtig sind und durch eine gesetzliche Fiktion ersetzt werden. Formlos geschlossene Verträge behalten grundsätzlich ihre Rechtswirksamkeit zwischen den Vertragsteilen. Sie erzeugen in vollem Umfange Rechte und Pflichten, sie erhalten jedoch auf Grund der gesetzlichen Fiktion bezüglich Mietzeit eine andere Inhaltsbestimmung, indem sie als auf unbestimmte Zeit, mindestens jedoch auf ein Jahr laufend, behandelt werden und unter den gesetzlichen Bedingungen kündbar sind.

Um festzustellen, ob für die Mietvorverträge die Einhaltung der Schriftform für langfristige Mietverträge notwendig ist, bedarf es einer Erörterung des Zweckes, der für die Einführung des Formzwanges maßgebend gewesen ist. Der Zweck der Formvorschrift für langfristige Mietverträge kann nicht die Erschwerung des Vertragschlusses zwecks Schutzes der Beteiligten vor übereilungen sein, da an den Mangel der Form nicht die Nichtigkeit als Rechtsfolge geknüpft ist. Der Zweck dieser Formvorschrift liegt auf ganz anderem Gebiet: Es sollte ein Schutz für den Grundstückserwerber geschaffen werden. Das BGB. geht von dem Grundsatz aus „Kauf bricht nicht Miete“, es läßt demgemäß den Grundstückserwerber kraft Gesetzes in alle über das Grundstück laufenden Mietverträge eintreten. Die Einführung der Schriftform für langfristige Verträge sollte es nun dem Grundstückserwerber ermöglichen, „sich über den Umfang und Inhalt der auf ihn übergehenden Verpflichtungen mit Zuverlässigkeit zu unterrichten“ (RGZ. 86, 30 = JZ. 1915, 136). Dies erschien erforderlich, weil unter Umständen langfristige Mietverträge das Grundstück stärker belasten als eingetragene Grundgerechtigkeiten. Es kann hier dahingestellt bleiben, wie weit dieser Zweck berechtigt war und es heute noch ist.

Bei Mietvorverträgen trifft dieser Zweck der Formvorschrift keinesfalls zu. Der Inhalt etwa bestehender Mietvorverträge ist für den Grundstückserwerber ohne jedes rechtliche Interesse. Er tritt in bestehende Mietverträge nur dann ein, wenn der Mieter bereits den Besitz des Grundstücks auf Grund des Mietvertrages erlangt hatte. Solange der Mietvorvertrag noch nicht erfüllt ist, besteht noch kein Mietvertrag, und erst auf Grund des Mietvertrages kann der Mieter den Besitz an den Mieträumen erlangen. Der Vorvertrag selbst betrifft noch gar nicht das Grundstück, er ist lediglich auf Vorannahme einer Handlung des Vertragsverpflichteten gerichtet. Der Erwerber eines Grundstücks braucht sich daher über etwaige Mietvorverträge des Veräußerers gar nicht zu informieren.

Fehlt bei Mietvorverträgen der Zweck, der für den Formzwang bei langfristigen Mietverträgen maßgebend ist, dann besteht kein Grund zu der Annahme, daß Mietvorverträge, die auf Abschluß langfristiger Mietverträge gerichtet sind, ebenfalls der Schriftform bedürfen. Das RG. hat deshalb auch in ständiger Rechtsprechung stets anerkannt, daß Mietvorverträge formlos gültig sind (RGZ. 86, 30).

4. Die Einwirkung der Mietvorverträge auf abgeschlossene Mietverträge

Jeder Vorvertrag ist Wegbereiter für den Hauptvertrag. Seine Aufgabe ist erfüllt, wenn der Hauptvertrag rechtswirksam begründet worden ist. Der Vorvertrag verbindet sein eigenes Schicksal untrennbar mit dem des Hauptvertrages. Die Geburtsstunde des Hauptvertrages ist seine Todesstunde. Der Abschluß des Hauptvertrages ist die Erfül-

lung des Vorvertrages und bringt deshalb diesen zur Beendigung.

Daraus müßte folgen, daß eine Kollision zwischen Vorvertrag und Hauptvertrag gar nicht möglich sein kann. Eine gleichzeitige Wirkungsmöglichkeit von Vorvertrag und Hauptvertrag scheint begrifflich ausgeschlossen zu sein. Aber dieser Schluß ist nicht zutreffend. Es gibt tatsächlich Fälle, wo der Hauptvertrag abgeschlossen wird, ohne daß der Vorvertrag sein Ende erreicht. Dies trifft zu, wenn der Vorvertrag nur teilweise erfüllt wird. Eine nur teilweise Erfüllung des Vorvertrages liegt vor, wenn der abgeschlossene Hauptvertrag nicht alle Bestandteile enthält, die nach dem Vorvertrag vorgesehen waren.

Gerade beim Mietvorvertrag ist teilweise Erfüllung recht häufig. Es ergeben sich dann eigenartige Auswirkungen des Vorvertrages auf den Hauptvertrag.

a) Vorverträge für langfristige Mietverträge.

Ein Mietvorvertrag, der auf einen längeren als einjährigen Mietvertrag abzielt, wird nur dann erfüllt, wenn dieser Vertrag in der Schriftform des § 566 BGB. abgeschlossen wird. Es kommt nun oft vor, daß die Vertragsparteien realiter das Mietverhältnis herstellen, ohne einen schriftlichen Vertrag aufzusetzen. Damit haben sie aber den Vorvertrag nur teilweise erfüllt. Die bloße Übergabe der Mieträume und die Zahlung der Miete erschöpft noch nicht die Verpflichtungen aus dem Vorvertrage, weil das Zeitmoment, das die Vertragsparteien vereinbart haben, wegen der Vorschrift des § 566 BGB. noch nicht Rechtsbeständigkeit erlangt hat. Die Beteiligten des Vorvertrages behalten deshalb auf Grund des Vorvertrages den Anspruch auf rechtliche Erfüllung des Vorvertrages. Sie können trotz des tatsächlichen Beginns des Mietverhältnisses verlangen, daß der Mietvertrag mit dem vereinbarten Inhalt schriftlich beurkundet wird. Dieses Verlangen kann seitens des Vorvertragsberechtigten auch nach Beginn des Mietverhältnisses jederzeit gestellt werden, allerdings nicht mehr nach Ablauf der Zeitdauer, die nach dem Vorvertrag vorgesehen war. Erfolgt dann die schriftliche Beurkundung des Vertrages, so wirkt diese zurück auf den Zeitpunkt des Beginns des Mietverhältnisses. Die vollkommene Erfüllung des Mietvorvertrages ist erst mit der Erfüllung der Schriftform des § 566 BGB. gegeben.

In solchen Fällen der nur teilweisen Erfüllung des Vorvertrages äußern Vorvertrag und Hauptvertrag nebeneinander Rechtswirkungen. Der Hauptvertrag hat in allen Punkten volle Rechtsbeständigkeit bis auf die Vereinbarungen über Mietzeit und Kündigungsbedingungen. Diese sind mangels Schriftform nichtig und durch die gesetzlichen Bestimmungen ersetzt. Der Vorvertrag verpflichtet aber die Vertragsparteien, diesen Mangel des Hauptvertrages zu beseitigen. Durch Mitwirkung bei der schriftlichen Beurkundung ist der Vorvertragsverpflichtete gehalten, auch den Vereinbarungen über die Zeitdauer und die Kündigungsbedingungen rechtlichen Bestand zwischen den Vertragsparteien zu verschaffen.

Dieses gleichzeitige Nebeneinanderwirken von Hauptvertrag und Vorvertrag wird im Streitfalle zu einer unmittelbaren Einwirkung des Vorvertrages auf den Hauptvertrag. Dies zeigt sich dann im Räumungsprozeß. Der Mieter kann gegenüber dem Räumungsverlangen des Vermieters, das vor Ablauf der im Vorvertrag vereinbarten Mietzeit gestellt wird, zu seiner Verteidigung den Anspruch aus dem Vorvertrag auf schriftliche Beurkundung des Hauptvertrages geltend machen. Er hat dabei die Wahl zwischen zwei prozeßualen Rechtsbehelfen: der Erhebung einer Widerklage und der Geltendmachung einer Einrede. Beide Rechtsbehelfe führen zu dem gleichen Ziel: Abweisung der Räumungsklage. Die Begründung der Klageabweisung ist dann folgende: Der Vermieter scheint zunächst die Vorschrift des § 566 BGB. auf seiner Seite zu haben. Der Mietvertrag läuft, solange ein schriftlicher Vertrag noch nicht besteht, auf unbestimmte Zeit und kann mit den gesetzlichen Fristen gekündigt werden. Da aber nach dem Vorver-

trage eine Verpflichtung zur schriftlichen Beurkundung des Vertrages besteht und der Vermieter nach Errichtung der Vertragsurkunde dem Mieter für die Dauer der vereinbarten Mietzeit den Besitz der Mieträume überlassen muß, kann das Räumungsverlangen nicht durchbringen, denn „arglistig handelt, wer etwas verlangt, was er wieder zurückgeben muß“ (RG.: LZ. 1931, 913).

Diese Klageabweisung ist dann die Folge einer eigenartigen Fernwirkung des Mietvorvertrages: Noch bevor der vereinbarte Inhalt des Mietvertrages Rechtswirksamkeit erlangt hat, äußert die Bindung der Beteiligten im Vorvertrage schon Rechtswirkungen auf die rechtliche Gestaltung des Vertragsverhältnisses selbst. Trotzdem das Gesetz für langfristige Mietverträge Schriftform verlangt, tritt bereits ohne die Schriftform eine langfristige Bindung der Vertragsparteien ein, wenn eine solche im Vorvertrage vereinbart ist. Der Vorvertrag hebt somit in seinen praktischen Auswirkungen die gesetzliche Formvorschrift aus den Angeln vermöge seiner Fernwirkung, die er durch die Einrede der Arglist gewinnt. Praktisch kommt es darauf hinaus, daß beide Vertragsparteien sich so behandeln lassen müssen, als wenn die Vereinbarungen des Vorvertrages, welche mangels der Schriftform noch nicht Rechtsbeständigkeit erlangt haben, tatsächlich schriftlich beurkundet und zu rechtlichem Bestand erhoben wären.

b) Vorverträge, die die Beurkundungsform zum Gegenstande haben.

Eine Besonderheit unter den Vorverträgen bilden diejenigen Vereinbarungen, durch welche die Beteiligten eine bestimmte Beurkundungsform für den abzuschließenden Mietvertrag festlegen, sei es die Schriftform oder notarielle Beurkundung. In solchen Fällen besteht nach der Regel des § 154 Abs. 2 BGB. ein Vertrag so lange nicht, bis die Beurkundung in der vereinbarten Form erfolgt ist. Bei Mietverträgen wird die vereinbarte Beurkundungsform in der Regel die Schriftform sein, oft wird aber auch notarielle Beurkundung vereinbart. Die Einhaltung der vereinbarten Beurkundungsform ist dann Voraussetzung des Vertragsschlusses. Die Beurkundung wirkt rechtsbegründend. Sie muß vollständig sein, durch eine teilweise Beurkundung wird die Voraussetzung für die Entziehung des Vertrages nicht erfüllt. Mündliche Vereinbarungen jeglicher Art sind in solchen Fällen ohne Rechtsgültigkeit.

Daraus müßte folgen: Wenn vor der Beurkundung die Mieträume übergeben werden und der Mietzins gezahlt wird, dann geschieht dieses ohne Rechtsgrund, denn der Vertrag ist mangels Beurkundung noch nicht zustande gekommen. Diese Folgerung wäre aber formalistisch und entspräche nicht dem Willen der Beteiligten. Zweifellos wollen diese doch durch Übergabe der Sache und Zahlung der Miete ihren Willen bekunden, ein Mietverhältnis zu begründen und zu belassen. Der Abschluß des Vertrages durch Hingabe der Leistungen kann also nicht wohl in Zweifel gezogen werden. Die Frage ist dann nur die, in welchem Verhältnis dieser Vertrag zu dem Vorvertrage steht, durch den die Beteiligten die Beurkundung zur Voraussetzung des Vertragsschlusses gemacht hatten.

Man wird auch hier annehmen müssen, daß durch die Herstellung des Mietverhältnisses der Vorvertrag teilweise erfüllt ist. Insofern wird dann eine Inhaltsänderung des Vorvertrages anzunehmen sein: Durch die tatsächliche Begründung des Mietverhältnisses haben die Vertragsparteien ihren Willen bekundet, das Mietverhältnis auch ohne Beurkundung zu begründen. Dagegen wirkt sich die ursprüngliche Vereinbarung, die die Beurkundung vorsieht, dahin aus, daß noch nachträglich die Beurkundung des Vertrages von den Beteiligten verlangt werden kann. Damit ist die gleiche Rechtslage gewonnen wie im Falle a. Im Räumungsprozeß ergeben sich die gleichen Rechtsfolgen.

Es wird allerdings immer erforderlich sein, die besonderen Umstände des Einzelfalles genau zu prüfen. Diese können bei besonderer Interessenlage auch eine andere Entscheidung rechtfertigen. Es läßt sich sehr wohl denken, daß im Einzelfall

aus der realen Begründung des Mietverhältnisses auf einen Verzicht der Vertragsteile auf die vereinbarte Beurkundung geschlossen werden kann. Diese Annahme wird sogar stets dann gerechtfertigt sein, wenn die vorgesehene Vertragsdauer ein Jahr oder weniger beträgt. Denn dann sind ja alle mündlichen Abreden zwischen den Vertragsteilen voll wirksam, insbesondere auch die Zeitabreden und die Kündigungsbedingungen, und die Beurkundung des Vertrages hat nach erfolgter Übergabe der Mieträume keine selbständige Bedeutung mehr. In den Fällen, wo eine längere als einjährige Mietzeit vereinbart ist, müssen besondere Umstände vorhanden sein, die den Schluß auf einen Verzicht auf die Beurkundung rechtfertigen lassen. In anderen Fällen bleibt der Anspruch auf Beurkundung erhalten, weil die Beurkundung für die Rechtsbeständigkeit der Vereinbarungen über die Mietdauer wesentlich ist¹⁾.

c) Vereinbarte und gesetzliche Schriftform.

Ein Mietvertrag, der der gesetzlichen Schriftform des § 566 BGB. entsprechen soll, muß in allen seinen Teilen schriftlich beurkundet werden. Das bedeutet, daß über den vereinbarten Vertragsinhalt eine Urkunde aufgenommen und diese von beiden Teilen unterzeichnet werden muß. Es genügt auch ein Austausch von Vertragsurkunden in der Weise, daß jeder Vertragsteil die von dem anderen unterschriebene Vertragsurkunde ausständig erhält. Dieser gesetzlichen Schriftform steht die gewillkürte Schriftform gegenüber. Zwar wird auch diese durch schriftliche Beurkundung erfüllt, es genügt aber für sie Briefwechsel (§ 127 BGB.).

Ist nun in einem Vorvertrag für den abzuschließenden Mietvertrag Schriftform vereinbart, so genügt zur Einhaltung der Form grundsätzlich die gewillkürte Schriftform, also briefliches Angebot und briefliche Bestätigung der Annahme. Damit sind aber die Voraussetzungen der gesetzlichen Schriftform des § 566 BGB. nicht erfüllt. Die Folge davon ist, daß die Vereinbarungen über Mietzeit und Kündigungsbedingungen, wenn sie eine längere als einjährige Mietzeit vorsehen, rechtsunwirksam sind. Trotzdem also die in dem Vorvertrag vereinbarte Schriftform eingehalten ist, kann der Vorvertrag noch nicht als voll erfüllt betrachtet werden, weil trotz dieser Schriftform den Vereinbarungen über Mietzeit noch keine Rechtsbeständigkeit gesichert ist.

Hieraus folgt: Vorverträge, welche für den abzuschließenden Mietvertrag Schriftform vor-

sehen, werden nur dann voll erfüllt, wenn die gesetzliche Schriftform eingehalten wird. Die gewillkürte Schriftform genügt nur dann, wenn die vorgesehene Vertragsdauer ein Jahr oder weniger beträgt. Solange mithin die gesetzliche Schriftform bei langfristigen Verträgen nicht eingehalten ist, muß der Vertrag nach der Regel des § 154 Abs. 2 BGB. als nicht abgeschlossen gelten. Es kann indessen trotz Fehlens der gesetzlichen Schriftform durch formlose Begründung des Mietverhältnisses auch hier teilweise Erfüllung des Vorvertrages angenommen werden.

5. Kritik der gegenwärtigen Rechtslage

Die Fernwirkung von Mietvorverträgen auf abgeschlossene Mietverträge ist nur deshalb möglich, weil der Mietvertrag ein Dauerschuldverhältnis ist. Bei einmaligen Schuldverhältnissen führt die Erfüllung des Vertrages zu seiner Beendigung, damit erledigen sich etwa noch nicht erfüllte Teile des Vorvertrages von selbst. Bei Dauerschuldverhältnissen führt die Erfüllung erst zum Beginn des Vertragsverhältnisses, sie liegt in der Herstellung und Belassung des Dauerzustandes; die Beendigung des Vertrages tritt erst mit der Beendigung des Dauerzustandes ein. Soweit nun der Vorvertrag Vereinbarungen enthält, die sich gerade auf den Dauerzustand selbst beziehen, also seine feste zeitliche Begrenzung oder die Möglichkeit seiner Beendigung durch Kündigung, wird er durch die Erfüllung, also durch die Herstellung des Dauerzustandes und seine Belassung nicht erledigt.

Es mag hier dahingestellt bleiben, wie das Nebeneinanderwirken von Vorvertrag und Hauptvertrag sich bei anderen Dauerschuldverhältnissen auswirkt. Beim Mietvertrag führt es zu dem eigenartigen Ergebnis, daß die gesetzliche Schriftform des Hauptvertrages durch die Fernwirkung des Vorvertrages praktisch aufgehoben wird. Diese Rechtslage kann das gesunde Rechtsgefühl nicht befriedigen. Es wird damit der Diener über den Herrn gestellt. Die Schriftform, die das Gesetz für langfristige Mietverträge vorsieht, verliert durch diese Rechtsgestaltung fast völlig an Bedeutung. Mir erscheint es praktisch richtiger, von dem Rechtsbestand des Hauptvertrages auszugehen und den Vorvertrag seiner Einwirkungsmöglichkeit auf den Hauptvertrag völlig zu entkleiden. Das bedeutet: Wenn der Hauptvertrag nicht die gesetzlich vorgesehene Form hat, ist er nach den daraus sich ergebenden Rechtsfolgen zu beurteilen. Beide Vertragsteile müssen dann die Folgen des Fehlens der Schriftform hinnehmen. Mit der Begründung des Hauptvertrages muß aber der Vorvertrag seine Bedeutung verlieren, damit er nicht stärker wird als der Hauptvertrag selbst. Wenn die Vertragsteile bei Abschluß des Hauptvertrages nicht auf die volle Erfüllung des Vorvertrages hingewirkt und die Schriftform nicht eingehalten haben, muß daraus auf ihren Verzichtswillen bezüglich der Schriftform geschlossen werden.

Bei dieser rechtlichen Beurteilung des Sachverhalts mußte der Mieter in dem eingangs wiedergegebenen Falle den Prozeß verlieren.

Häufung von Kriminalstrafe und Ordnungsstrafe

Von Gerichtsassessor Wolfgang Wählgens, Berlin

Zu den zahlreichen streitigen Grundfragen des Ordnungsstrafrechts gehört auch die Frage, ob gegen eine Person wegen des gleichen Sachverhalts nebeneinander eine Ordnungsstrafe und eine gerichtliche Strafe verhängt werden können. Dieser Streit ist durch ein unlängst veröffentlichtes Urteil des OLG. Braunschweig v. 14. Juli 1937, Ss 13/37 (DZ. 1937, 1579), das wegen seiner grundsätzlichen Ausführungen besonderes Interesse verdient, neu aufgeworfen worden.

In einem öffentlichen Strafverfahren berief sich der Angeklagte, dem Verhöre gegen die Preisvorschriften zur Last gelegt waren, darauf, daß er von der Preisüberwachungsstelle schon mit einer Ordnungsstrafe bestraft worden sei und damit seine Verfehlung gesühnt habe. Das OLG. Braunschweig hat

in dem Urteil v. 14. Juli 1937 diesen Einwand für unbeachtlich erklärt, da eine Bestrafung in beiden Verfahren nebeneinander zulässig sein müsse. „Denn die Frage“ — so wird in dem Urteil ausgeführt — „ob die Ordnungsstrafe in rechtmäßiger oder anfechtbarer Weise verhängt ist, berührt nicht die aus den angeführten Vorschriften (des Preisüberwachungsrechts) und den allgemeinen Bestimmungen über das Strafverfahren folgende Pflicht der ordentlichen Gerichte, die bei ihnen durch Anklage anhängig gemachten Straftaten abzurteilen, wenn die verfahrensrechtlichen Voraussetzungen gegeben sind.“

Zu einer Anmerkung zu dem Urteil nimmt Meeske gegen diese Auffassung Stellung (DZ. a. a. D.). Er betont,

die Ordnungsstrafe sei heute im Wirtschaftsrecht fast allgemein vorgeesehen, um dem Schuldigen bei leichteren Ordnungswidrigkeiten den Makel eines Kriminalverfahrens zu ersparen. Aus diesem Grundsatz, der nicht nur das Preisüberwachungsrecht, sondern auch andere Rechtsgebiete beherrsche, sei zu folgern, „daß die Ordnungsstrafe nicht neben die Kriminalstrafe treten kann, sondern daß es nur das eine oder das andere gibt“ (vgl. auch Meeske, „Die Ordnungsstrafe in der Wirtschaft“, Berlin 1937, S. 122 ff. und meinen Aufsatz JW. 1936, 2614 ff.).

Fast hat es den Anschein, als sollte sich jetzt auf dem Gebiet des Ordnungsstrafrechts der Streit wiederholen, der im allgemeinen Verwaltungsrecht hinsichtlich des Verhältnisses zwischen Kriminalstrafe und polizeilicher Ungehorsams- oder Zwangsstrafe bestanden hat. Die Polizeibehörden haben nach den Verwaltungsgesetzen das Recht, die Beseitigung eines polizeiwidrigen Zustandes durch die Androhung von Zwangsstrafen zu erzwingen. Auch das Verhältnis dieser Zwangsstrafen zu einer etwa verwirkten Kriminalstrafe, insbesondere die Möglichkeit einer Häufung beider Maßnahmen, ist lange streitig gewesen (vgl. einerseits D. Mayer, „Deutsches Verwaltungsrecht“, 2. Aufl., Bd. I S. 291, andererseits Feinert, „Institutionen“, 8. Aufl., S. 220). Der Streit ist dann für Preußen durch eine Entscheidung des PrOVG. v. 29. Nov. 1928 dahin erledigt worden, daß die Verwaltungsbehörden durch strafrechtliche Vorschriften nicht behindert werden, zur Erzwingung einer Handlung oder Unterlassung von der ihnen zustehenden Zwangsstrafbefugnis Gebrauch zu machen (RVerwBl. 50, 650).

Wenn man diese Entscheidung, die die heute wohl herrschende Meinung wiedergibt, mit dem vorhin genannten Urteil des OVG. Braunschweig vergleicht, findet man eine allerdings überraschende Übereinstimmung: Justiz und Verwaltung sollen die ihnen geboten oder zweckmäßig erscheinenden Straf- oder Zwangsmaßnahmen treffen können, ohne dabei die etwa von der anderen Seite her eingeleiteten Maßnahmen berücksichtigen zu müssen.

Dieser Grundsatz, der sich für das Verwaltungsrecht aus der Wesensverschiedenheit von Strafe und polizeilicher Zwangsstrafe ergibt, läßt sich aber auf das Ordnungsstrafrecht nicht ohne weiteres übertragen, weil die Ordnungsstrafe und die Zwangsstrafe — abgesehen davon, daß beide im allgemeinen durch Verwaltungsbehörden ausgesprochen werden — nichts Verwandtes haben. Die Ungehorsams- oder Zwangsstrafe wird durch Verwaltungsakt angedroht, um für die Zukunft einen polizeimäßigen Zustand zu erzwingen; die Ordnungsstrafe des Wirtschaftsrechts, mit der wir es hier zu tun haben, ist das durch einen Rechtsatz vorgesehene Übel für begangene Zuwiderhandlungen. Deshalb ist die Zwangsstrafe nach der Zukunft, die Ordnungsstrafe nach der Vergangenheit hin ausgerichtet. Die angebrohte Zwangsstrafe fällt fort, wenn in Zukunft das polizeiwidrige Verhalten aufgegeben wird; für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit einer Ordnungsstrafe ist das künftige Verhalten des Täters bedeutungslos, wenn das Unrecht der Vergangenheit feststeht. Die Ordnungsstrafe soll sühnen, die Zwangsstrafe etwas erzwingen; deshalb ist die Ordnungsstrafe einmalig, die Zwangsstrafe aber einer Wiederholung fähig, so lange nämlich, bis der Widerstand gebrochen ist. Die Zwangsstrafe ist ein Mittel zur Vollstreckung des staatlichen Willens, die Ordnungsstrafe aber „ein wegen der Tat gegen den Schuldigen von einer ihm übergeordneten Stelle verhängtes Leiden“, also eine echte Strafe (Frank, „StGB.“, 18. Aufl., S. 45).

Damit erhält das Zusammentreffen mit einer Kriminalstrafe für die Ordnungsstrafe ein völlig anderes Gesicht als für die Zwangsstrafe. Wer wegen des gleichen wirtschaftlichen Vergehens mit einer Kriminalstrafe und außerdem mit einer Ordnungsstrafe bestraft worden ist, ist wegen der gleichen Tat zwei echten Strafen unterworfen worden. Eine Doppelbestrafung, die nicht vom Gesetz ausdrücklich vorgesehen ist, widerspricht aber einem der wesentlichsten Grundsätze unseres Strafprozessrechts.

Die gleiche Rechtsfrage ist jetzt anlässlich einer Beschwerde

gegen die von einer Überwachungsstelle festgesetzte Ordnungsstrafe gemäß § 15 WarenverkehrsWD. Gegenstand eines Erlasses des RWiM. v. 11. Nov. 1937, II R 29339/37 geworden; der Erlass lautet:

„Der Ordnungsstrafbescheid der Überwachungsstelle für ... wird aufgehoben.

Nach § 15 der Verordnung über den Warenverkehr sollen die Reichsbeauftragten eine Ordnungsstrafe nur dann festsetzen, wenn kein öffentliches Interesse an der Herbeiführung einer gerichtlichen Entscheidung besteht. Da in dem vorliegenden Falle ein in seiner wirtschaftlichen Auswirkung besonders schwerwiegendes Vergehen Gegenstand des Verfahrens ist, besteht jedoch hier an der Herbeiführung einer gerichtlichen Entscheidung ein öffentliches Interesse. Um den Weg für eine gerichtliche Ahndung freizumachen, wird der Ordnungsstrafbescheid aufgehoben; demzufolge ist die Überwachungsstelle für ... angewiesen worden, ein öffentliches Strafverfahren in Gang zu setzen.“

Wenn dieser Erlass unmittelbar auch nur die Entscheidung eines Einzelfalles gibt, ist er zweifellos für das gesamte Ordnungsstrafrecht der Überwachungsstellen von grundsätzlicher Bedeutung. Der RWiM. hat die Ordnungsstrafe aufgehoben, um dadurch den Weg für eine gerichtliche Aburteilung der Sache freizumachen; der Erlass legt damit zugrunde, daß die Ordnungsstrafe einer Überwachungsstelle nach der WarenverkehrsWD. eine gerichtliche Bestrafung wegen der gleichen Tat ausschließen würde, ein Ergebnis, das in unmittelbarem Gegensatz zu dem oben angeführten — allerdings das Preisüberwachungsrecht behandelnden — Urteil des OVG. Braunschweig steht.

Abgesehen von der Verschiedenheit der gesetzlichen Vorschriften, von denen die beiden Entscheidungen ausgehen, erklärt sich die Abweichung des Ergebnisses aus der Verschiedenheit des Ausgangspunktes. Die Begründung des Erlasses des RWiM. ergibt deutlich, daß es sich hier nicht allein um eine Frage der Bestrafung, sondern auch um eine Frage der funktionellen Zuständigkeit der Überwachungsstellen handelt. Nach § 15 WarenverkehrsWD. kann der Reichsbeauftragte wegen eines Vergehens gegen die Bewirtschaftungsvorschriften eine Ordnungsstrafe festsetzen, wenn kein öffentliches Interesse an der Herbeiführung einer gerichtlichen Entscheidung besteht. Das Ordnungsstrafverfahren bei den Überwachungsstellen ist hiernach zur Sühne von Ordnungswidrigkeiten bestimmt; Verfehlungen von größerem Gewicht, insbesondere Handlungen, durch die die Allgemeinheit berührt wird, aber sollen in einem gerichtlichen Verfahren — von dem Strafgericht (§ 12 a. a. D.) oder von dem RWiG. (§ 14 a. a. D.) — abgeurteilt werden. Der Reichsbeauftragte, der in einem solchen Falle mit öffentlichem Interesse selbst entscheidet, verläßt damit den gesetzlich festgelegten Rahmen seiner Strafgewalt und greift in die Strafbefugnis richterlicher Behörden ein. Hiernach ist für Fälle, an deren gerichtlicher Entscheidung ein öffentliches Interesse besteht, allein schon die Zuständigkeit der Überwachungsstelle ausgeschlossen, so daß bei richtiger Sachbehandlung eine Häufung von Kriminalstrafe und Ordnungsstrafe nicht fraglich werden kann. Ob ein öffentliches Interesse gegeben ist, muß allerdings zunächst der Reichsbeauftragte auf Grund seiner Sachkunde und seiner Kenntnis des betreffenden Wirtschaftszweiges nach pflichtmäßigem Ermessen entscheiden.

Wenn aber ein öffentliches Interesse an gerichtlicher Entscheidung nicht besteht, so ist die Ordnungsstrafe der Überwachungsstelle nach der WarenverkehrsWD. eines der gesetzlich vorgesehenen — und das geeignetste — Strafmittel für solche Ordnungswidrigkeiten und als solches bei der Durchführung gerichtlicher Strafverfahren zu beachten. Die Ordnungsstrafe kann und soll hier die gerichtliche Strafe ersetzen. Wer wegen einer Ordnungswidrigkeit bereits eine Ordnungsstrafe von der Überwachungsstelle erhalten hat, hat sein Verhalten in der gesetzlich vorgesehenen Weise gesühnt; eine nochmalige Bestrafung durch ein Gericht ist nicht angebracht. Die Justizbehörden würden also ein dennoch eingeleitetes Strafverfahren gemäß § 153 StPD. mangels eines öffentlichen Interesses einzustellen haben. Die enge Zusammenarbeit der Justiz-

behörden mit den Überwachungsstellen bei der Durchführung gerichtlicher Strafverfahren gewährleistet, daß die bereits in der einen oder anderen Richtung getroffenen Strafmaßnahmen bei der Entscheidung der Justizbehörden gebührend berücksichtigt werden können (vgl. *W. des R. v. 24. Sept. 1937* [D. 1937, 1522]).

Allerdings ist auch für das Gebiet der WarenverkehrsV. nicht immer, wenn das Gericht mit der Aburteilung eines Falles befaßt gewesen ist, jede Strafmaßnahme der Überwachungsstelle ausgeschlossen. Nach § 12 WarenverkehrsV. kann durch das Gericht nur der eigentliche Täter oder ein Teilnehmer bestraft werden; der Ausspruch der Mißachtung des Unternehmers (§ 12 Abs. 5) ist keine Strafe. Die Überwachungsstellen können aber nach § 15 neben dem Schuldigen auch den Inhaber oder den Leiter des Betriebes, in dem die strafbare Handlung begangen worden ist, mit einer Ordnungsstrafe belegen. Diese Verschiedenheit im Kreise der Strafunterworfenen erklärt es, daß gelegentlich Gericht und Überwachungsstelle den gleichen Sachverhalt aburteilen können, ohne daß hierdurch eine Häufung von Kriminalstrafe und Ordnungsstrafe eintreten müßte. Der Überwachungsstelle gegenüber sind der Schuldige und der Betriebsführer nebeneinander verantwortlich, der Schuldige wegen der erwießenen Verfehlung, der Betriebsführer wegen der vermuteten Nachlässigkeit in der Betriebsführung; das Gericht kann jedoch nur den Schuldigen zur Verantwortung ziehen. Der Betriebsführer unterliegt als solcher einer gerichtlichen Bestrafung nicht, er kann in das gerichtliche Verfahren nur hereingezogen werden, wenn er an dem Vergehen selbst beteiligt gewesen ist. Eine Häufung von Kriminalstrafe und Ordnungsstrafe liegt aber nicht vor, wenn das Gericht den Schuldigen aburteilt und die Überwachungsstelle daneben eine Ordnungsstrafe gegen den Betriebsführer festsetzt; zwar wird in einem solchen Falle der gleiche Sachverhalt gewertet, die Entscheidung ergeht aber gegen verschie-

dene Personen und enthält eine Wertung verschiedener Tatbestände.

Die vorstehenden Ausführungen zeigen, daß es bei der gegenwärtigen Rechtslage kaum möglich sein wird, die Frage der Häufung von Kriminal- und Ordnungsstrafe einheitlich für alle Gebiete zu beantworten. Die Schwierigkeiten, die sich einer einheitlichen Lösung entgegenstellen, liegen vor allem darin begründet, daß die verschiedenen Ordnungsstrafmöglichkeiten im geltenden Wirtschaftsrecht in ihren Wesenszügen nicht voll übereinstimmen. Das Ordnungsstrafrecht ist heute noch kein einheitliches Rechtsgebiet. Die zahlreichen Ordnungsstrafbefugnisse sind aus so verschiedener gesetzlicher Wurzel gewachsen, werden aus so verschiedener Zielsetzung heraus gehandhabt, daß Anschauungen und Grundsätze, die für das eine Rechtsgebiet richtig und zweckmäßig sind, sich auf ein anderes nicht immer übertragen lassen. Die Ordnungsstrafen in der Organisation des Handwerks und der gewerblichen Wirtschaft z. B. zeigen deutlich die Züge einer Erzwingungsstrafe, andere Ordnungsstrafen sollen ausgesprochen eine Sühne für begangenes Unrecht sein. Einzelne Gesetze oder Verordnungen sehen die Ordnungsstrafe als einzige Strafmaßnahme vor, so daß hier die Streitfrage gar nicht entstehen kann, andere lassen die Ordnungsstrafe „unbeschadet der strafrechtlichen Verantwortlichkeit“ zu (vgl. hierzu Dreiß: *DeuArch.* 1936, 1109). Allein diese Abweichungen im Wortlaut der gesetzlichen Grundlagen verbieten es, den oben für das Ordnungsstrafrecht der Überwachungsstellen entwickelten Grundsatz nun ohne weitere Prüfung auf ein anderes Rechtsgebiet anzuwenden. Stets wird aber, wenn eine Häufung von Kriminalstrafe und Ordnungsstrafe in Frage steht, bedacht werden müssen, daß im allgemeinen auch die Ordnungsstrafe eine echte Strafe ist und daß sie daher neben einer Kriminalstrafe nur dann bestehen kann, wenn besondere Umstände dies rechtfertigen.

Aus der Deutschen Rechtsfront

Gesellschaft für Deutsches Strafrecht

Die bisher auf dem Gebiet des Strafrechts bestehenden Gesellschaften, die Deutsche Landesgruppe der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung und die Deutsche Strafrechtliche Gesellschaft, sind durch Reichsminister Dr. Frank in seiner Eigenschaft als Präsident der Akademie für Deutsches Recht und Präsident der beiden Gesellschaften aufgelöst worden. Anschließend wurde eine neue strafrechtliche Vereinigung, die „Gesellschaft für Deutsches Strafrecht“, gegründet.

Die „Gesellschaft für Deutsches Strafrecht“ dient der wissenschaftlichen Pflege des Strafrechts im Geiste des Nationalsozialismus; sie ist korporativ Mitglied der Akademie für Deutsches Recht. Mitglied der Gesellschaft kann jeder werden, der sich mit Strafrecht oder verwandten Gebieten beschäftigt; über die Aufnahme entscheidet der Vorstand. Ehrenpräsident der Gesellschaft ist der Präsident der Akademie für Deutsches Recht. Der Vorstand setzt sich aus neun Mitgliedern zusammen; den Vorsitz führt Prof. Dr. Graf Gleispach, Berlin.

Zu der Gründungsjung am 26. Nov. 1937 hatte Reichsminister Dr. Frank außer den beiden Vorsitzenden der früheren Gesellschaften, Prof. Kohlrausch, Berlin, und Prof. Nagler, Breslau, eine Anzahl führender Vertreter der Strafrechtswissenschaft und der Strafrechtspflege eingeladen. Dr. Frank hob in seiner Ansprache die langjährigen Verdienste der beiden Gesellschaften um die Strafrechtsfortbildung und Strafrechtsvergleichung hervor. Das Nebeneinanderbestehen der beiden Gesellschaften sei aber in einer Zeit gleichgerichteter Strafrechtspolitik nicht mehr tragbar.

Die Beseitigung derartiger wissenschaftlicher Vereinigungen dürfe aber nicht zu wurzelloser Verselbständigung der einst verbundenen Kräfte führen, sondern zur Sammlung in

neuer Form und neuer innerer Ausrichtung. Daraus leite sich die Notwendigkeit einer einheitlichen wissenschaftlichen Vereinigung für die Pflege des Strafrechts ab. Ihre Aufgabe sei es, die glückliche Synthese zwischen Ordnung und Disziplin einerseits und freier Meinungsäußerung, Forscherberufung und Leistungssteigerung auf dem Gebiete des individuellen Denkens andererseits zu finden.

Die neugegründete Gesellschaft soll den Forschern und Gedantenträgern eines Wissenschaftszweiges eine neue Heimstätte gewähren. Nicht Repräsentanten strafrechtlich interessierter Instanzen, sondern Repräsentanten einer geistigen Grundhaltung ohne Rücksicht auf Amt und Name sollen sich dort zusammenfinden.

Der Zeitpunkt zur Neugründung einer derartigen Gesellschaft sei nicht verfrüht gewählt, denn überall drängten aus dem großen Geschehen unserer Tage grundsätzliche Probleme der Praxis, der Forschung, des Rechtsunterrichts, insbesondere Fragen des Ausbaues unserer Rechtsautorität im internationalen Leben.

Reichsminister Frank ernannte anschließend Universitätsprofessor Dr. Graf Gleispach, Berlin, zum Vorsitzenden der neuen Gesellschaft und dankte den bisherigen Vorsitzenden der aufgelösten Gesellschaften für ihre aufopfernde und verdienstvolle Arbeit.

Der neuernannte Vorsitzende, Universitätsprofessor Dr. Graf Gleispach, dankte dem Minister und formulierte als Leitgedanken der neuen Gesellschaft: Gemeinsame Arbeit, freie Forschung auf der Grundlage nationalsozialistischer Weltanschauung, Milderung des Gegensatzes zwischen Theorie und Praxis, stärkere Heranziehung der Jugend in der Strafrechtswissenschaft, Heranziehung verwandter Wissenschaften, wie Medizin und Soziologie, und Pflege der zwischenstaatlichen Beziehungen.

Schrifttum

Philipp Heck, Mitgl. d. Akademie f. Deutsches Recht: Das abstrakte dingliche Rechtsgeschäft. (Schriften der Akademie f. Deutsches Recht.) Tübingen 1937. Verlag J. C. B. Mohr (Paul Siebeck). IV, 68 S. Preis kart. 2,60 RM.

Zu dem vorliegenden Werk wird der Versuch gemacht, eine Änderung des BGB. de lege ferenda zu rechtfertigen, die die Zerstörung eines der Hauptgrundsätze unserer bürgerlich-rechtlichen Systematik bedeuten würde. Anknüpfend an das gemeine Recht hat das BGB. die Loslösung des dinglichen Anwendungsgeschäfts von dem zugrunde liegenden Kaufgeschäft vollzogen und dadurch die Konditionsansprüche zu einer wichtigen und häufig Anwendung findenden Alagegrundlage gemacht.

Gegen diese Verfehlständigung des dinglichen Erfüllungsgeschäfts wendet sich der Verf. mit verschiedenen erheblichen Gründen. Gegenüber den bisherigen Versuchen der Wissenschaft, die Trennung zwischen kausalem und abstraktem Geschäft als nicht gerechtfertigt erscheinen zu lassen, unterscheidet sich das vorliegende Werk vor allem dadurch, daß der Verf. eine Lösung des Problems nicht mit Mitteln der Begriffsjurisprudenz sucht, sondern die Methode der Interessenabwägung gewählt hat. Die teleologische Betrachtungsweise, die zweifellos für den nationalsozialistischen Rechtswahner allein ausschlaggebend ist — da Recht ist, was den Interessen der Volksgemeinschaft am besten nützt —, führt nach Meinung des Verf. zu dem Ergebnis, daß die fehlende causa das darauf sich stützende Anwendungsgeschäft unwirksam machen müsse. Weder das Verkehrsinteresse, noch das Klarheitsinteresse noch das Beweisinteresse erfordere die Gültigkeit des dinglichen Geschäfts, falls die rechtfertigende causa fehle. Es ist sicherlich richtig, wenn der Verf. auf S. 20 ff. nachweist, daß die Beseitigung der abstrakten Natur des Anwendungsgeschäfts für den rechtsgeschäftlichen Verkehr nicht von allzu großer Bedeutung ist, da die Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb den nicht mit der Rechtslage vertrauten Dritten genügend schützen. Von einschneidender Bedeutung wird jedoch die Beseitigung der Abstraktheit als Rechtsfigur des BGB. für die Zwangsvollstreckung bzw. den Konkurs. Der Verf. (S. 22) meint, der Gesetzgeber habe ausdrücklich diese Klasse der Erwerber dinglicher Rechte als nicht schutzwürdig erachtet, da er zu ihren Gunsten die Rechtsscheinwirkungen des Besizes bzw. der Eintragung nicht durchgreifen läßt. Diese Regelung steht aber in Wechselwirkung zur Regelung der Abstraktheit der Anwendungsgeschäfte. Gerade weil nach dem geltenden Recht die wirkliche dingliche Rechtslage meist mit dem durch Besitz oder Eintragung hervorgerufenen Schein übereinstimmt, kann man bei der Befriedigung aus dem Schuldnervermögen suchen den Gläubiger in den Fällen benachteiligen, wo der Rechtschein trügt. Fehler, die das dingliche Geschäft zunichte machen, werden immer verhältnismäßig selten sein. Diese durch die vorgeschlagene Änderung bewirkte Benachteiligung einer ganzen Erwerberklasse mußte in E. gerade bei Anwendung der teleologischen Betrachtungsweise die Frage entstehen lassen, ob der Rechtsverkehr, insbesondere der Kreditrechtsverkehr, wirklich eine derartige Bevorzugung des Kaufgeschädigten verlangt. Berücksichtigt man, daß der Kaufgeschädigte ja gerade die dingliche Herrschaftsgewalt auf den Ersterwerber übertragen wollte, so erscheint es nur richtig, weitmöglichst sein Interesse dem Interesse derjenigen nachzustellen, die im Vertrauen auf die Gültigkeit des Herrschaftserwerbs des Ersterwerbers diesem Kredit gewährt haben.

Zu Rahmen dieser Besprechung ist es nicht möglich, eine weitere Auseinandersetzung mit den zahlreichen Gründen des vorliegenden Werkes vorzunehmen. Sie sind oft überzeugend und in ihrer logischen Führung bestehend. Die Herausarbeitung des Kernpunktes und die durchdrachte Methodik der Betrachtung des Problems machen die Schrift leicht verständlich. M. E. ist jedoch — gerade infolge der Anwendung der Interessenabwägung — nicht der Nachweis erbracht, daß das Rechtsgeschehen des abstrakten dinglichen Geschäfts reformbedürftig wäre.

RM. Dr. Otto Rilk, Berlin.

Professor Stoll und von Professor Lange, erschienen. Es ist in anregendem Stil geschrieben, frei von jenem trockenen Lehrbuchcharakter, der sonst Grundrissen vielfach eigen ist, und regt den Leser an, über die hier vermittelten Kenntnisse hinaus sich eingehender mit der Materie zu befassen. Die Weiterarbeit wird einem erleichtert, denn der Verfasser hat jedem Kapitel eine Übersicht des Schrifttums vorangestellt. In diese Übersichten sind zwar nicht wahllos alle einschlägigen Schriftsteller aufgenommen, vielmehr hat der Verfasser bereits eine Auswahl getroffen. Gleichwohl wäre es ratsam, dem Studenten, denn um ihn handelt es sich bei den Lesern im wesentlichen, nicht nur Namen und Werke zu nennen, sondern ihm durch kritische Hinweise („zu empfehlen“, „mit Vorsicht zu werten“ usw.) für das weitere Studium Hilfe zu leisten. Außerordentlich unangenehm macht sich das Fehlen des Kapitels über den Weimarer Zwischenstaat und die Zeit seit 1933 sowie das Fehlen des Schlagwortverzeichnis bemerkbar. Verfasser begründet dies im Vorwort mit Raummangel; dieser Grund kann aber zumindest für das Schlußkapitel nicht stichhaltig sein. Eine Verfassungsgeschichte, die 1918 abreißt, kann dem Studenten nichts nützen; wertvoll und wichtig ist die Kenntnis der geschichtlichen und rechtlichen Entwicklung unserer Verfassung zweifellos, mindestens ebenso wichtig aber ist die Kenntnis dieser Entwicklung unserer jüngsten Zeit. Eine Darstellung dieser neuesten Entwicklung darf in einem Grundriß, der die „Deutsche Verfassungsgeschichte der Neuzeit“ behandelt, keinesfalls fehlen.

L.

Fürsorge des Staates — Fürsorge der Partei. Eine Zusammenstellung aller reichsrechtlichen Fürsorgebestimmungen mit eingehender Erläuterung. Nach dem Stande v. 1. Okt. 1937 von ORegR. Dr. Linde. Braunschweig 1937. Verlag der Waisenhaus-Buchdruckerei. XII, 332 S. Preis geb. 11,50 RM.

Das Buch ist eine willkommene Neuerscheinung. Es erspart dem auf dem Gebiete der Fürsorge Tätigen das mühselige Zusammensuchen des Materials, das hier in einem geschlossenen Bande in guter Systematik für alle Zweige der Fürsorge (Kleinrentnerhilfe, Kleinwohnung, Reichsgrundzüge, Gebührenbefreiung für Mundjumfempfang, Vorzugsrente usw. usw.) zusammengestellt ist. Schon diese textliche Zusammenfassung der zahlreichen Bestimmungen macht dieses Buch zu einem wertvollen Helfer in der Arbeit. Sein Wert wird aber für den Praktiker noch bedeutend erhöht durch die ausführliche Erläuterung aller wichtigen Bestimmungen. Die Fälle der einschlägigen Entscheidungen ist sorgsam gesichtet und verwertet worden. Ebenso haben die vielen ministeriellen Erlasse in den Anmerkungen Berücksichtigung gefunden. Während des Drucks eingetretene Änderungen (Kleinwohnungsbestimmungen, Ehestandsdarlehen, Kinderbeihilfen für kinderreiche Familien) sind in einem dem Buch beigelegten Nachtrag aufgenommen worden.

L.

Erste Durchführungsverordnung zum Aktiengesetz. Vom 29. Sept. 1937 (RGBl. I, 1026). Zugleich Nachtrag zu: Reinhard Frhr. von Godin und Dr. Hans Wilhelm: Gesetz über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien (Aktiengesetz). (Guttag'sche Sammlung Deutscher Reichsgesetze Nr. 205.) Berlin 1937. Verlag Walter de Gruyter & Co. 32 S. Preis 0,60 RM.

Auf die Besprechung des Hauptwerkes JW. 1937, 2820 wird Bezug genommen.

D. S.

Prof. Dr. Erich Feine: Deutsche Verfassungsgeschichte der Neuzeit. Tübingen 1937. Verlag J. C. B. Mohr (Paul Siebeck). IV, 124 S. Preis brosch. 3,60 RM.

Das Heft ist als fünftes Werk in der Reihe „Grundrisse des Deutschen Rechts“, herausgegeben von dem verstorbenen

Personenstandsgesetz v. 3. Nov. 1937. Textausgabe mit Begründung und Sachregister. (Guttag'sche Sammlung von Textausgaben ohne Anmerkungen.) Berlin u. Leipzig 1937. Verlag Walter de Gruyter & Co. 64 S. Preis brosch. 1,25 RM.

Rechtspredung

Nachdruck der Entscheidungen nur auszugsweise und mit genauer Quellenangabe gestattet

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

Oberstes Parteigericht

Vorbemerkung. Das Oberste Parteigericht hat unter dem 20. Nov. 1937 (E. Nr. 431/37) die Genehmigung zum Abdruck der in Folge 3/4 des Amtlichen Mitteilungsblattes des Obersten Parteigerichts „Der Parteirichter“ v. 20. Okt. 1937 veröffentlichten Entsch. Nr. 5 u. 6 erteilt. D. S.

1. Mit Übernahme der Macht durch den Führer ist auch eine grundlegende Änderung der Auffassung über die Pflichten und Rechte des deutschen Anwalts eingetreten. Nunmehr ist der deutsche Anwalt nicht mehr Vertreter einseitiger Interessen seines Mandanten, also in Strafsachen einfach schlechthin Verteidiger, sondern er ist, ebenso wie der Richter, Rechtswahrer, d. h. berufen, dem Recht zum Siege zu verhelfen. Sein Auftreten für einen Angekl. soll verhindern, daß der rechts- und gesetzesunkundige Volksgenosse der Gefahr ausgesetzt wird, infolge seiner Unkenntnis über Prozeßvorschriften berechnete Ansprüche und Verteidigungsmöglichkeiten zu verlieren. Nur nach diesen Gesichtspunkten darf ein Parteigenosse als nationalsozialistischer Rechtswahrer sein Amt als Strafverteidiger ausüben. †)

A. I. Der Beschluß des Gaugerichts A. v. 27. Dez. 1936 wird im Dienstaufsichtswege aufgehoben.

II. Das Oberste Parteigericht spricht den Parteigenossen B. von einem Verstoß gegen § 4 Abs. 2b der Satzung frei.

Begründung:

Das Gaugericht hat mit Beschl. v. 27. Dez. 1936 auf die Beschwerde des Kreisleiters des Kreises C. den freisprechenden Beschluß des Kreisgerichts C. v. 14. Nov. 1935 aufgehoben und gegen den Angeeschuldigten wegen Verstoßes gegen § 4 Abs. 2b der Satzung die Erteilung einer Verwarnung beantragt.

Gegen diesen Beschluß hat der Angeeschuldigte vorsorglich Beschwerde eingelegt. Diese Beschwerde gilt als Dienstaufsichtsbeschwerde und ist daher zulässig.

Der Angeeschuldigte ist Rechtsanwalt in D. Anlässlich eines Bischofsbesuches in D. kam es zu Ausschreitungen gegen die Hitler-Jugend. Auf die „Heil-Hitler“-Rufe von Hitler-Jungen wurde von verschiedenen Personen „Pfiu“ gerufen. Bei diesem Anlasse wurden von der Polizei drei Personen festgenommen, unter denen sich auch der 18jährige E. befand. Der Bruder dieses E. ist bei dem Angeeschuldigten als Bürolehrling beschäftigt. Der festgenommene E. selbst ist dem Beschuldigten seit seinem 9. Lebensjahr bekannt. Nach der Festnahme des E. übertrug dessen Mutter dem Angeeschuldigten die Strafverteidigung ihres Sohnes. Der Angeeschuldigte nahm das ihm übertragene Mandat an, legte dieses aber noch vor der Hauptverhandlung nieder. Wegen dieser Mandatsübernahme beantragte der Kreisleiter des Kreises C. die Bestrafung des Angeeschuldigten.

Der Angeeschuldigte führt zu seiner Verteidigung aus, er habe in der Tatsache der Verhaftung allein noch keinen Grund zur Ablehnung des ihm übertragenen Mandates gesehen, da ein richterlicher Haftbefehl noch keine Entsch. über Schuld oder Nichtschuld sei. Als nationalsozialistischer Rechtswahrer habe er die Verteidigung übernommen, nicht um für den Angeklagten E. einen möglichst guten Ausgang des Strafverfahrens zu erreichen, sondern um an der Rechtsfindung mitzuwirken und dadurch auch die Hintermänner und geistigen Urheber dieser Vorfälle aufzudecken. Bei Übernahme des Mandats habe er auch von vornherein erklärt, daß er die Verteidigung nur auf nationalsozialistischer Grundlage führen würde, also im Falle einer strafbaren Handlung nicht auf Freispruch, sondern auf Bestrafung plädieren müsse. Im

übrigen habe er sich vorher mit mehreren alten Parteigenossen besprochen, welche ebenfalls keine Bedenken wegen der Übernahme des Mandats hatten. Das Mandat habe er sofort niedergelegt, als er feststellen mußte, daß ihn sein Mandant belogen hatte und dieser tatsächlich bei der Demonstration auf die „Heil-Hitler“-Rufe mit „Pfiu“ geantwortet habe.

Das Gaugericht kam zu einer Bestrafung des Angeeschuldigten.

Ein Anwalt kann für Handlungen, die er in Ausübung seines Berufes begeht, parteigerichtlich jedoch nur dann bestraft werden, wenn er gegen nationalsozialistische Grundsätze oder die Parteidisziplin verstößt. Dabei ist zu berücksichtigen, daß mit Übernahme der Macht durch den Führer auch eine grundlegende Änderung der Auffassung über die Pflichten und Rechte des deutschen Anwalts eingetreten ist. Nunmehr ist der deutsche Anwalt nicht mehr Vertreter einseitiger Interessen seines Mandanten, also in Strafsachen einfach schlechthin Verteidiger, sondern er ist, ebenso wie der Richter, Rechtswahrer, d. h. berufen, dem Recht zum Siege zu verhelfen. Sein Auftreten für einen Angeklagten soll verhindern, daß der rechts- und gesetzesunkundige Volksgenosse der Gefahr ausgesetzt wird, infolge seiner Unkenntnis über Prozeßvorschriften berechnete Ansprüche und Verteidigungsmöglichkeiten zu verlieren. Nur nach diesen Gesichtspunkten darf ein Parteigenosse als nationalsozialistischer Rechtswahrer sein Amt als Strafverteidiger ausüben.

Aus dieser Auffassung über die Pflichten und Rechte des Rechtswahrers heraus durfte der Angeeschuldigte demnach zunächst den Auftrag auf Vertretung des Angeklagten E. übernehmen. Dem Angeeschuldigten kann als Parteigenossen aus der Tatsache des geleisteten Rechtsbeistandes um so weniger ein Vorwurf gemacht werden, als er nach seinen unwiderlegten und durch einen Zeugen bestätigten Angaben als Rechtswahrer die Absicht hatte, in dem Gerichtsverfahren mit Hilfe des Angeklagten die eigentlichen Hintermänner und Hauptverantwortlichen für den Vorfall in D. festzustellen.

Der Feststellung des Gaugerichts, der Angeeschuldigte habe durch Übernahme des Mandats die gemeinsame Front der Partei gegen den politischen Katholizismus verlassen und damit gegen deren Grundbestrebungen verstoßen, kann das Oberste Parteigericht auf Grund des Aktieninhalts nicht beitreten. Wie bereits vorher festgestellt, konnte dem Angeeschuldigten nicht widerlegt werden, daß er durch Übernahme des Mandats zur Feststellung der Hintermänner beitragen wollte. Die Interessen der Bewegung und des Staates werden nicht dadurch gewahrt, daß im Gerichtsverfahren Anwälte, die der Partei nicht verpflichtet sind und unter Umständen derselben politischen Geistesrichtung wie der Angeklagte angehören, diesem Rechtsbeistand leisten und durch ihr Tätigwerden eher den wahren Sachverhalt verbunkeln, statt zu seiner Klärung beizutragen, sondern hier hat Staat und Partei daran Interesse, daß ein nationalsozialistischer Rechtswahrer als Rechtsbeistand an der Findung des objektiven Tatbestandes mitwirkt. Das Oberste Parteigericht tritt hier den Ausführungen des Kreisgerichts in seinem Beschl. v. 14. Nov. 1935 bei, auf welchen zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen wird. In dem Verhalten des Angeeschuldigten kann daher auch unter diesem Gesichtspunkte kein Verstoß gegen die Grundsätze der NSDAP. erblickt werden.

Der Beschluß des Gaugerichts war somit im Dienstaufsichtswege aufzuheben und der Angeeschuldigte freizusprechen.

B. I. Der Beschl. des Gaugerichts A. v. 1. Juni 1937 wird aufgehoben.

II. Der Parteigenosse B. wird von der Anschuldigung eines Verstoßes nach § 4 Abs. 2b der Satzung freigesprochen.

Begründung:

Das Gaugericht A. hat mit Beschl. v. 1. Juni 1937, auf dessen Inhalt Bezug genommen wird, gegen den Angeschuldigten wegen eines Verstoßes gegen § 4 Abs. 2 b der Satzung die Erteilung einer Verwarnung beantragt. Der Beschluß ist dem Angeschuldigten am 21. Juli 1937 zugestellt worden. Mit Schreiben v. 28. Juli, beim Gaugericht eingegangen am 31. Juli 1937, hat er hiergegen Beschwerde eingelegt. Die Beschwerde ist demnach verspätet eingegangen. Sie wird aber als rechtzeitig angesehen, da der Angeschuldigte damit rechnen konnte, daß sie bereits am 29. Juli 1937, also noch innerhalb der Beschwerdefrist, beim Gaugericht eingehen würde.

Die Beschwerde ist zulässig; sie mußte auch Erfolg haben. Das Gaugericht ist der Ansicht, daß der Angeschuldigte sich dadurch eines Satzungsverstoßes schuldig gemacht habe, daß er in seiner Eigenschaft als Rechtsanwalt die Strafverteidigung des Landwirts B. in C. übernommen habe, obwohl ihm sein zuständiger Kreisleiter, Parteigenosse D., auf seine Anfrage, ob gegen die Übernahme der Verteidigung Bedenken beständen, geantwortet habe, daß er, der Kreisleiter, Bedenken habe. Dieser Ansicht kann nicht beigetreten werden. Der Angeschuldigte führt aus, er könne sich nicht mehr entsinnen, das Schreiben des Kreisleiters erhalten zu haben.

Für die Beurteilung des Falles ist es unbeachtlich, ob der Angeschuldigte das Schreiben des Kreisleiters v. 23. Juni 1936 tatsächlich erhalten hat oder nicht. Denn in diesem Schreiben hat der Kreisleiter ja nicht etwa den Angeschuldigten als Ortsgruppenleiter angewiesen, die Verteidigung nicht zu übernehmen. Er hat vielmehr nur Bedenken gegen die Übernahme geäußert. Es stand demnach noch im freien pflichtgemäßen Ermessen des Angeschuldigten, ob er das Mandat übernehmen wollte oder nicht. Es steht im allgemeinen jedem deutschen Anwalt frei, einen Deutschen vor Gericht zu vertreten. Für den Parteigenossen gilt dasselbe. Er hat jedoch in jedem Falle zu prüfen, ob er durch die Übernahme der Vertretung nicht den Bestrebungen der Partei zuwiderhandelt.

Im vorliegenden Fall hat der Angeschuldigte nach seiner glaubhaften Einlassung die Verteidigung erst übernommen, nachdem er sich an Hand der in erster Instanz erfolgten Beweisaufnahme davon überzeugt hatte, daß die Übernahme der Vertretung mit seinen Pflichten als Parteigenosse und Rechtswahrer vereinbar sei. Tatsächlich ist sein Mandant ja auch in der Berufungsinstanz, in der ihn der Angeschuldigte vertreten hat, freigesprochen worden. Es steht weiterhin fest, daß der Angeschuldigte das Mandat erst am 20. Aug. 1936 übernommen hat, nachdem bereits seit dem 8. Juli 1936 der bekannte Parteigenosse und R. A. G. in F. für B. in derselben Sache als Verteidiger tätig war.

Bei dieser Sachlage kann dem Angeschuldigten wegen der Übernahme der Verteidigung trotz der vom Kreisleiter hiergegen geäußerten Bedenken kein Vorwurf gemacht werden. Ein Satzungsverstoß liegt nicht vor. Der Angeschuldigte mußte daher unter Aufhebung des Gaugerichtsbeschlusses freigesprochen werden.

Anmerkung: Durch diese Entsch. wird die vom NSRB. als der berufständischen Organisation aller deutschen Rechtswahrer von jeher mit Nachdruck vertretene Auffassung über die Pflichten und Rechte des deutschen Rechtsanwalts als Organ der Rechtspflege in eindeutiger Weise durch die höchstgerichtliche Instanz der NSDAP. unterstrichen. Mit ihnen wird der auch heute noch gelegentlich feststellbaren irrigen Auffassung erneut entgegengetreten, daß der Rechtsanwalt sich durch die Übernahme einer Vertretung unbefeheten mit dem Verhalten des von ihm Vertretenen identifizieren müsse. Mit voller Deutlichkeit heben die Entsch. hervor, daß der Rechtsanwalt sein Amt als Verteidiger niemals zu hemmungs- und bedenkenloser Interessenvertretung mißbrauchen darf, sondern als Rechtswahrer verpflichtet ist, dem Recht zum Siege zu verhelfen. Die an den deutschen Rechtsanwalt in der Prämisse zur Reichsrechtsanwaltsordnung gerichtete Forderung, Diener am Recht zu sein, findet hier eine besonders gewichtige Betonung.

Dr. Droge,

Reichsgruppenwahrer Rechtsanwälte des NSRB.

Ordentliche Gerichte

Strafrecht

Strafgesetzbuch

2. RG. — § 44 StGB. Strafzumessungsgründe.

Im Strafausspruch ist das LG. ersichtlich von der Erwägung ausgegangen, daß auch der Versuch des Verbrechens gegen § 175 a StGB. hier unter allen Umständen mit Zuchthaus bestraft werden müsse, um das Verbrechen angemessen zu sühnen. Von dieser Erwägung aus hat das LG., das die Vorschrift des § 44 StGB. besonders erwähnt, die geringste, bei Zuchthaus nach § 14 Abs. 2 StGB. mögliche Strafe von 1 Jahr auch für den Versuch für angemessen erachtet, um den Täter gerade die Strafart der Zuchthausstrafe auch verbüßen zu lassen. Diese Erwägung ist frei von Rechtsirrtum. Sie läßt keine Verkennung des § 44 Abs. 4 S. 2 StGB. ersehen.

(RG., 5. StrSen. v. 4. Nov. 1937, 5 D 749/37.)

*

** 3. RG. — § 153 StGB. Ist die Aussage, soweit sie unter den Eideszahn fällt, richtig, soweit sie von ihm nicht gedeckt wird aber falsch, so ist keine Eidesverletzung gegeben. †)

(RG., 5. StrSen. v. 14. Okt. 1937, 5 D 556/37.)

Abgedr. JW. 1937, 3084^e.

Anmerkung: Die Entsch. entspricht in allen Punkten der herrschenden Auffassung. Gleichwohl kann das Ergebnis, zumindest soweit es den äußeren Tatbestand des Meineides betrifft, nicht recht befriedigen, so daß sich die Frage erhebt, ob nicht Anlaß zu einer Überprüfung der herrschenden Meinung besteht. Drei verschiedene Gesichtspunkte sind dabei zu unterscheiden.

1. Das RG. geht in seinen Ausführungen davon aus, daß es für die Frage des Meineides nur auf die Richtigkeit desjenigen Teils der Aussage ankomme, der unter den Eideszahn fällt. Unerheblich würde sein, ob auch die weiteren Teile der Aussage, auf die sich der Eideszahn seinem Wortlaut nach nicht bezieht, ebenfalls richtig sind. Dieser Ausgangspunkt ist unannehmbar. Ein gewisser Formalismus ist im Recht des Eides und des Meineides unvermeidlich, da der Eid seinem Wesen nach ein formales Beweismittel darstellt und als solches im Volksbewußtsein gilt. Ebenso wie etwa auch die Unrichtigkeit eines völlig unerheblichen Teils einer Aussage den Vorwurf des Meineides begründet, kann umgekehrt der Begriff der Eidesverletzung nicht weiter ausgedehnt werden, als es der Wortlaut des Eideszahn zuläßt, und zwar selbst dann nicht, wenn auch der weitere, nicht unter den Eideszahn fallende Teil der Aussage für das Verfahren erheblich ist. Würde also wie das RG. annimmt, die Angabe über die Passiva des Nachlasses nicht vom Satz des von der Angekl. geleisteten Offenbarungseides gedeckt werden, so wäre der Entsch. bedenkenlos zuzustimmen.

2. Indessen muß die Frage aufgeworfen werden, ob wirklich der Wortlaut des Eideszahn so „durchaus eindeutig“ dahin zu verstehen ist, daß sich die Offenbarungspflicht auf die Angabe der Schulden des Nachlasses nicht erstreckt, wie es der Senat annimmt. Der Offenbarungseid war nach §§ 2027, 260 Abs. 2 BGB. von der Angekl. dahin geleistet worden, daß sie „nach bestem Wissen den Bestand des Nachlasses vollständig angeben habe, als sie dazu imstande war“. Es fragt sich also, ob zum „Bestand“ des Nachlasses i. S. des § 2029 BGB. auch die Passiva zu rechnen sind. Diese Frage ist in Rechtsprechung und Schrifttum umstritten und teils positiv, teils negativ beantwortet worden.

Vorherrschend ist die Auffassung, daß unter „Bestand der Erbhaft“ in § 2027 BGB. nur der Aktivbestand zu verstehen sei (so u. a. RG. R. D. M., 8. Aufl., § 2027 Bem. 2; Staudinger, 9. Aufl., § 2027 Bem. 2b). Diese Auffassung ist namentlich auch vom RG. selbst bereits in einer

einschlägigen Entsch. des 4. Zivilsen. aus dem Jahre 1913 vertreten worden (JW. 1913, 1150 und ZWZG. 14, 475 Nr. 565). Im Gegensatz dazu hat jedoch das RG. (OLG. 26, 297), ohne sich freilich unmittelbar auf § 2027 BGB. und die Reichweite des Offenbarungseides zu beziehen, ausgeführt, die gesetzliche Auskunftspflicht des Testamentvollstreckers über den Tatbestand des Verfassers umfasse das gesamte Vermögen i. S. des § 1922 BGB., also „nicht bloß die Aktiva, sondern auch die Schulden und alle in seiner Person begründeten Rechte und Verbindlichkeiten mit Ausnahme der höchstpersönlichen.“

Zur herrschenden Auffassung kommt man ohne weiteres, wenn man etwa mit Enneccerus-Ripperdey, 13. Aufl., S. 399 davon ausgeht, daß der Ausdruck „Vermögen“ im BGB. nicht nur meistens, sondern stets das Aktivvermögen bezeichnet. Indessen geht diese Auffassung zu weit, und es ist kein Zufall, daß sich mit Rücksicht auf § 1922 BGB. gerade die Bearbeiter des Erbrechts immer gegen sie gewehrt haben (Schrifttum bei Enneccerus-Ripperdey a. a. O. Anm. 10). Man wird deswegen davon ausgehen müssen, daß die Begriffe Vermögen und Bestand eines Vermögens ebensowohl die Summe der Aktiva wie die Gesamtheit der Aktiva und Passiva bezeichnen können, und daß jeweils aus dem Zweck der einzelnen gesetzlichen Vorschriften, welche diese Begriffe verwenden, zu entnehmen ist, ob sie dort in diesem oder jenem Sinne auszulegen sind (so v. Tuhr, Allgemeiner Teil, Bd. I, S. 324 f.).

Aber auch wenn man sich auf diesen Standpunkt stellt, bleiben doch noch weitere Zweifel übrig. Das RG. hat in der erwähnten Entsch. JW. 1913, 1150 solche Zweckerwägungen angestellt und dabei ausgeführt, der Berechtigte, dem nach §§ 260, 2027 BGB. das Verzeichnis vorzulegen ist, habe nur das Interesse, den Vermögensbestand i. S. der Aktiva zu erfahren. Zeige der Vorlegungspflichtige die Schulden nicht an, so habe er sich selbst zuzuschreiben, wenn diese etwa zu seinem Nachteil nicht berücksichtigt würden. Indessen zeigen Fälle wie der vorliegende, daß eine richtige Angabe der Passiva sehr wohl auch im Interesse des Berechtigten liegen kann, wie denn umgekehrt der Vorlegungspflichtige, was das RG. merkwürdigerweise verkennt, ein Interesse daran haben kann, die Passiva höher anzugeben, als sie in Wahrheit sind. So wird z. B. die Frage, ob und mit welcher Intensität der Erbe überhaupt seinen Erbschaftsanspruch geltend macht, wesentlich auch von der Höhe der Verbindlichkeiten abhängen, die den Aktivbestand des Nachlasses belasten. Gerade die Interessenslage führt deshalb dazu, in Übereinstimmung mit der erwähnten RG.-Entscheidung, aber entgegen dem RG., unter dem „Bestand des Nachlasses“ ebenso wie in § 1922 BGB. auch die Passiva zu verstehen. Die strafrechtliche Konsequenz ist dann, daß die falsche Angabe der Angekl. über die auf dem Nachlaß lastende Verbindlichkeit ebenfalls unter den Eidessatz fällt und den äußeren Tatbestand des Meineides verwirklicht.

3. Eine letzte Frage ist jedoch, ob nicht der subjektive Meineidstatbestand dadurch ausgeschlossen wird, daß nach der Feststellung des Vorderrichters die Angekl. selbst offenbar der Überzeugung gewesen ist, ihre Auskunftspflicht erstrecke sich nur auf den Aktivbestand des Nachlasses. Diese Frage ist zu bejahen. Nach der ständigen Rspr. des RG. und der im Schrifttum herrschenden Auffassung muß sich der Meineidsvorsatz sowohl auf die Unwahrheit des Beschworenen wie darauf beziehen, daß das Beschworene unter die für die eidliche Aussage bestehende Wahrheitspflicht fällt. Das RG. hat sich deshalb wiederholt dahin ausgesprochen, beim Offenbarungseid werde der Meineidsvorsatz durch einen Irrtum über den Umfang der Offenbarungspflicht ausgeschlossen (vgl. u. a. RGSt. 27, 267; 34, 400; Kohlransch, Kommentar § 153 StGB., Anm. 5). Da die Angekl. einem solchen Irrtum unterlag, ist eine Bestrafung nach § 153 StGB. ausgeschlossen. Sie kann aber, wie am Schluß der besprochenen Entscheidung zutreffend ausgeführt wird, evtl. wegen Betrugsversuchs bestraft werden.

Prof. Dr. Friedrich Schaffstein, Kiel.

*

4. RG. — Im Falle des § 187 StGB. muß neben der Unwahrheit der behaupteten Tatsache weiter erwiesen werden, daß der Angekl. wider besseres Wissen gehandelt, daß er also eine bestimmte Kenntnis von der Unwahrheit der behaupteten Tatsache gehabt hat. Das ist nicht der Fall, wenn der Angekl. an die Wahrheit der behaupteten Tatsache glaubt. Bedingter Vorsatz reicht für die Anwendung des § 187 StGB. nicht aus (RGSt. 5, 211, 212; 18, 88; 32, 302, 303).

(RG., 2. StrSen. v. 28. Okt. 1937, 2 D 582/37.)

*

** 5. RG. — §§ 223 b, 228 StGB. Abgrenzung von Züchtigungsrecht und Kindesmißhandlung. Bei Kindesmißhandlung ist die Züchtigung mildernder Umstände zulässig.

Der Angekl. schlug im Jahre 1935 auf seinen damals fast 16jährigen Sohn Burdhardt, der ihm anlässlich von Vorhaltungen grob ungehörig gegenübergetreten war, mehrere Minuten lang blindlings mit einer Hundepeitsche über Kopf und Gesicht ein. Er ist aus § 223 b StGB. zu drei Monaten Gefängnis verurteilt worden. Seine Rev. mußte zur Aufhebung des Urteils führen.

Voraussetzung für eine Bestrafung des Angekl. ist zunächst, daß er seinem Kinde vorsätzlich (RGUrt. 2 D 774/34 v. 29. Nov. 1934 = JW. 1935, 527) sein Züchtigungsrecht überschreitende Mißhandlungen zugefügt hat. Bei der Frage, ob eine solche Überschreitung vorliegt, ist davon auszugehen, daß die Züchtigung eine Betätigung des Rechts und der Pflicht der Sorge für die Person des Kindes ist; sie muß daher u. a. auch die körperliche Beschaffenheit des Kindes, sein Alter und die Größe seiner Verfehlung berücksichtigen. Rechtfertigen die Umstände die Anwendung solcher Mittel, die eine nachhaltige und schmerzhaft Wirkung hervorrufen und kann nur von solchen der erzieherische Erfolg erwartet werden, so wird regelmäßig anzunehmen sein, daß die Grenzen der zulässigen Züchtigung nicht überschritten sind (RGSt. 41, 98, 100; 49, 389, 390). Wann diese Voraussetzungen vorliegen, ist Tatfrage. Daß der Angekl. hier bei der Züchtigung das Maß des Zulässigen durch Zielrichtung, Heftigkeit und Dauer weit überschritten hat, ist von der Strk. auf Grund des als erwiesen erachteten Sachverhalts rechtlich bedenkenfrei angenommen.

Die bisherigen Ausführungen genügen aber nicht, um die Verurteilung aus § 223 b StGB. zu tragen. Die Merkmale des „Qualens“ können in den Urteilsfeststellungen nicht gefunden werden. Die Handlung des Angekl. hat zwar dem Kinde starke Schmerzen und Leiden zugefügt und sollte diese Folgen auch haben. Voraussetzung des äußeren Tatbestandes des Qualens ist, daß die Handlung länger dauernde oder sich wiederholende erhebliche Schmerzen verursacht. Der innere Tatbestand erfordert, daß sich der Täter gerade dieser Erheblichkeit der von ihm verursachten Einwirkung bewußt gewesen ist. Dem stehen hier die bisherigen Feststellungen entgegen, daß der Angekl. in der Erregung und aus Mangel an Selbstbeherrschung blindlings drauflos geschlagen hat. Die vorerwähnten Umstände und das Fehlgreifen in der Wahl des Züchtigungsmittels rechtfertigen für sich allein aber auch noch nicht die im Urteil erfolgte Annahme einer bewußten rohen Mißhandlung. Dazu gehört, wie die Strk. nicht verkannt hat, daß die Mißhandlung einer gefühllosen Gesinnung entspringt. Auf eine solche Gesinnung bei dem Angekl. glaubt die Strk. aus dem Urteil eingehend erörterten sonstigen Züchtigungen seiner Kinder schließen zu müssen; sein Gesamtverhalten lasse erkennen, daß sein väterliches Gefühl abgestumpft gewesen sei und er kein Mitgefühl mit den Kindern gehabt habe. Das Gericht stellt aber andererseits fest, daß der Angekl. bestrebt gewesen ist, seine Söhne im christlichen und nationalen Sinne zu erziehen und ihnen eine gute Ausbildung zuteil werden zu lassen, daß er bei schlechten Schulleistungen einen Hauslehrer zur Nachhilfe angenommen hat, daß er ihnen Reisen ermöglicht und an freien Sonntagen mit ihnen Ausflüge gemacht hat. Dies ist mit der Annahme einer Gefühllosigkeit gegenüber seinen Kindern nicht ohne weiteres vereinbar. Im übrigen kann auch zur Frage der Rohheit der Mißhandlung die Erregung über das ungehörige Verhalten des Sohnes und die mangelnde Selbstbeherrschung des Angekl. von Bedeutung sein. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzu-

weisen, daß nach den bisherigen Feststellungen dem Angekl. das Übermaß der Züchtigung „mindestens in dem Augenblick zum Bewußtsein kam“, als seine Ehefrau eingriff.

Für die hiernach gebotene neue Verhandlung ist noch folgendes zu beachten: Den Ausführungen ist zu entnehmen, daß die Straftatung auch bei Anwendung des § 223 b StGB. an sich die Zubilligung mildernder Umstände für zulässig hält. Die NebBegr. hält dies für verfehlt und sucht daraus für den BeschwF. günstige Schlußfolgerungen in der Beurteilung der Schuldfrage zu ziehen. Der Senat tritt der grundsätzlichen Auffassung der Strafkammer bei. Eine Bestimmung, die für die Kindesmißhandlung eine besondere Strafdrohung aufstellte, war durch Gef. v. 19. Juni 1912 als § 223 a Abs. 2 in das StGB. eingefügt worden. Der nationalsozialistische Staat sah sich veranlaßt, bereits in der Nov. v. 26. Mai 1933 den Strafschutz hinsichtlich des Personenkreises, der Art der Mißhandlung und des Strafmaßes zu erweitern. Die Änderung geschah in der Weise, daß im § 223 a der zweite Absatz gestrichen und „statt dessen“ als § 223 b die neue Regelung eingefügt wurde. Aus dieser Fassung des Gesetzes ergibt sich, daß die neue Bestimmung den bisherigen § 223 a Abs. 2 StGB. ersetzen soll. Das führt dazu, daß wie bisher bei der Kindesmißhandlung mildernde Umstände zugelassen sind, ohne daß es einer entsprechenden Änderung des § 228 StGB. bedurfte. § 228 traf eine Regelung für alle ihm im Gesetz vorhergehenden Bestimmungen über die Körperverletzung — mit Ausnahme des § 225 StGB. —, bei denen nicht bereits die Mindeststrafe einen Tag Gefängnis beträgt und somit für eine weitere Strafmilderung kein Raum ist. Mildernde Umstände sind u. a. bei dem Strafrahmen der §§ 224, 226 und 227 Abs. 2 StGB. zugelassen. Ein Anlaß, für die Kindesmißhandlung mit ihrem auch jetzt noch niedrigeren ordentlichen Strafrahmen die Möglichkeit einer Strafmilderung schlechthin auszuschließen, ist nicht erkennbar. Auch § 223 b Abs. 2 StGB. nötigt nicht zu einer anderen Beurteilung. Die Annahme eines besonders schweren Falles i. S. dieser Bestimmung schließt die Zubilligung mildernder Umstände aus, so daß hier für die Festsetzung einer Mindestgefängnisstrafe im § 228 StGB. wie in den Fällen der §§ 224, 226, 227 Abs. 2 StGB. kein Bedürfnis vorlag.

(RG., 2. StrSen. v. 25. Okt. 1937, 2 D 492/37.)

*

6. SchöffG. — § 243 Abs. 1 Nr. 2 und § 2 StGB. Wer ein Fahrrad aus einem Hause stiehlt, indem er das Schloß, mit dem es an einen Fahrradständer angegeschlossen ist, erbricht, ist in entsprechender Anwendung (§ 2 StGB.) des § 243 Abs. 1 Nr. 2 StGB. (Diebstahl mittels Erbrechens von Behältnissen) zu bestrafen. †)

Am 10. Jan. 1937 sah der Angekl. in D. in einem Hausflur ein Herrenfahrrad stehen. Das Rad war mit einem starken Schloß an einem im Flur befindlichen Fahrradständer angegeschlossen, indem der Schloßbügel um die Kette und die Kreuzung der Speichen gelegt war. Der Angekl. faßte den Entschluß, sich dieses Fahrrad anzueignen. Er nahm einen Meißel, den er in der Tasche des Fahrrades fand, und erbrach damit das Schloß. Er suchte dann an demselben Abend eine Wirtshaus auf und trank dort ein Glas Bier. Da er ohne Geld war, überließ er dem Wirt das Fahrrad als Pfand. Der Angekl. hat danach eine fremde bewegliche Sache in der Absicht rechtswidriger Aneignung weggenommen. Es handelt sich nur nicht nur um einen einfachen Diebstahl, sondern in analoger Anwendung des § 243 Ziff. 2 StGB. um einen schweren Diebstahl. Hiernach liegt ein schwerer Diebstahl vor, weswegen an sich auf Zuchthaus zu erkennen ist, wenn u. a. aus einem unverschlossenen Raum mittels Erbrechens von Behältnissen gestohlen wird. Das Fahrradschloß kann zwar bei strenger Auslegung nicht als Behältnis angesprochen werden. Der der Bestimmung des § 243 StGB. zugrunde liegende Gedanke trifft aber auch im vorl. Falle zu. Der Täter, der, um ein angeschlossenes Fahrrad zu stehlen, das Schloß erbricht, muß ebenso wie derjenige, der zunächst ein Behältnis erbricht, um einen darin befindlichen Gegenstand zu stehlen, zuvor einen Widerstand überwinden, ehe er sich den in Aussicht genommenen Gegenstand aneignen kann. In beiden Fällen zeigt sich demnach ein wesentlich stärkerer verbrecherischer Wille als bei einem einfachen Diebstahl. Das Fahrradschloß soll aber auch, ebenso wie ein Behältnis dazu dient, die darin aufbewahrte Sache vor dem Zugriff Unberechtigter zu schützen, das Fahrrad vor dem Zugriff Unbefugter sichern. Das

gesunde Volksempfinden verlangt deshalb, daß derjenige, der ein Fahrradschloß erbricht, in gleicher Weise bestraft wird, wie ein Dieb, der einen Schrank oder Kasten erbricht.

(SchöffG. Lübeck, Urte. v. 16. März 1937, 2 Ss 5/37.)

Anmerkung: Auch wer grundsätzlich für die Zulässigkeit einer entsprechenden Anwendung des § 243 StGB. eintritt (vgl. dazu Schäfer: JW. 1937, 1800 mit Schrifttumsnachweisen und neuestens Koblrausch, „Kurzkomm. z. StGB.“ [33] S. 37), wird gegen das vorstehende Urteil, so bestechend die Anwendung der „Analogie“ auch zunächst erscheint, Bedenken nicht unterdrücken können. Bisher drehte sich die Erörterung darum, ob einem „Gebäude“ oder einem „unverschlossenen Raum“ i. S. des § 243 Nr. 2 ein Schiff gleichzustellen sei und ob aus dieser Vorschrift auch der bestraft werden könne, der „aus einem Gebäude mittels Erbrechens von Behältnissen“ in der Weise stiehlt, daß er das Verhältnis aus dem Hause wegnimmt und es erst außerhalb des Hauses erbricht. Es handelt sich hierbei also um Fragen, bei denen sehr wohl bezweifelt werden kann, ob man, um sie bejahen zu können, überhaupt des § 2 StGB. bedarf oder ob nicht vielmehr das gleiche Ergebnis im Wege der Auslegung zu erzielen ist. Der in dem vorl. Urteil erörterte Fall liegt grundsätzlich anders. Daß hier auch bei weitherzigster Auslegung von einer unmittelbaren Anwendung des § 243 Nr. 2 keine Rede sein kann, liegt auf der Hand. Denn unter einem „Behältnis“, aus dem heraus die Sache gestohlen sein muß, kann man schon nach dem Wortsinne nichts anderes verstehen, als das, was das RG. in ständiger Anspr. darunter begreift, nämlich eine zur Aufnahme und Bewahrung anderer Gegenstände bestimmte Sache, wobei entscheidendes Gewicht darauf zu legen ist, daß der Innenraum der Sache vollständig unerschließbar gemacht werden kann (vgl. Vpzkomm. [4], Anm. 6 zu § 243). Diese Begriffsmerkmale weist das Schloß, mit dem das Fahrrad befestigt war, in keiner Hinsicht auf. Aber auch eine entsprechende Anwendung der Nr. 2 ist m. E. nicht zugänglich, weil der Grundgedanke der Vorschrift solche Fälle nicht mitumfaßt. Das einzig Gemeinsame ist, daß der Täter, um die Sache aus einem Hause wegnemen zu können, zuvor einen besonderen Widerstand überwinden muß. Das ist aber der Grundgedanke nicht nur der Nr. 2, sondern auch der Nr. 3 und 4 des § 243. (Nebenbei bemerkt läge eine entsprechende Anwendung der Nr. 4 [Abschneiden oder Ablösen der Befestigungs- oder Verwahrungsmittel] fast noch näher als die der Nr. 2). Wollte man allein die Tatsache der vorherigen Überwindung eines der Aneignung entgegenstehenden Hindernisses für ausreichend erklären, so müßte es folgerichtig für die entsprechende Anwendung des § 243 z. B. auch genügen, wenn der Täter einen im Hausflur mit einer Leine angehängten Hund oder wenn er eine Biene stiehlt, die im Stall an einem Pflock angeheftet ist, oder wenn er den Hund im Hof vercheucht, der den Stall bewacht, oder wenn er zunächst eine Warmvorrichtung außer Betrieb setzt usw. Daß eine entsprechende Anwendung in diesem Ausmaße sich nicht mehr im Rahmen des § 2 hält, dürfte kaum zu bezweifeln sein. § 243 bestraft eben nicht jeden unter erschwerten Umständen oder auch nur unter Befestigung eines besonderen, der Aneignung entgegenstehenden Hindernisses ausgeführten Diebstahl, sondern greift — vom heutigen Standpunkt aus gesehen: eingemessenen willkürlich — einige bestimmte Erleichterungsgründe heraus. Eine entsprechende Anwendung ist demgemäß nur insoweit statthaft, als der spezifische Grundgedanke der einzelnen Nummern der § 243 trägt; es darf aber nicht der Grundgedanke so verallgemeinert werden, daß die Verbindung mit dem besten in dem gesetzlichen Tatbestand verloren geht und der Grundgedanke in seiner allgemeinsten Form ohne Rücksicht auf die konkrete Ausgestaltung übrig bleibt (vgl. u. a. RGSt. 71, 197 = JW. 1937, 1796³⁰). Der Grundgedanke der Nr. 2 ist nun, daß der Gegenstand des Diebstahls sich in einem ihn ganz umfassenden und abschließenden Raum — sei es das verschlossene Gebäude oder der unverschlossene Raum, sei es das Behältnis — befindet und daß der Täter sich mit Gewalt Zugang zu der Sache verschafft. Im vorl. Fall dagegen steht, eben weil das Schloß das Fahrrad nicht in vollem Umfang umschließt, der Zugang zu ihm ohne weiteres offen; die Wegnahme ist zwar in anderer Weise erschwert, aber in einer nicht von dem Grundgedanken der Nr. 2 gedeckten Weise. Gewiß ist nun schwer einzusehen, warum die schwerere Strafe des § 243 Nr. 2 zwar verwirkt ist, wenn der Täter mit geringstem Kraftaufwand einen verschlossenen Brief eröffnet und sich dessen Inhalt aneignet — der Briefumschlag ist ein Behältnis (RG.: JW. 1937, 2391) —, während der mit einem viel größeren Maß verbrecherischer Energie ausgeführte Diebstahl des Fahrrades im vorl. Fall sich nur als einfacher Diebstahl darstellt. Allein solche aus einer weitgehenden Kasuistik sich notwendigerweise ergebenden Ungereimtheiten zu beseitigen, ist nicht die Aufgabe des § 2, sondern die des Gesetz-

gebers, indem er die Staujustiz beseitigen muß. Wenn § 2 auch das leisten könnte und sollte, würde sich die allgemeine Strafrechtsrenewierung zu einem nicht unwesentlichen Teil erübrigen und der Richter in einem Umfang an die Stelle des Gesetzgebers treten, wie es der deutschen Auffassung von den Aufgaben des Richters nicht mehr entspricht.

DRK. Dr. H. Schäfer, Berlin.

7. RG. — § 263 StGB. Zum Begriff des „besonders schweren Falles“ und der „Schädigung des Volkswohls“.

Grundsätzlich ist davon auszugehen, daß gerade das Winterhilfswerk ganz besonders dem Volkswohl dient und daß deshalb ein Betrug zum Schaden des Winterhilfswerks in der Regel das Volkswohl schädigt, somit in der Regel als ein besonders schwerer Fall von Betrug anzusehen ist, ohne daß es darauf ankommt, ob der Schaden im Einzelfalle besonders groß ist (vgl. RGUrt. v. 3. Mai 1935, 1 D 111/35; DZ. 1935, 1036 = JW. 1935, 2201^o). Ferner könnte, wenn es überhaupt nicht zu einer Vermögensbeschädigung gekommen wäre, auch bei einem nur versuchten Betrug ein besonders schwerer Fall vorliegen (RGUrt. v. 21. Febr. 1935, 3 D 1376/34; HöchstRspr. 1935 Nr. 1278). Dem widerspricht nicht, daß die Gesamtwürdigung des Sachverhalts den Tatrichter dazu führen kann, bei dem vollendeten Betrüge die Annahme eines besonders schweren Falles abzulehnen, wenn die schon eingetretene Vermögensschädigung rasch wieder gut gemacht und dadurch die Schädigung des Volkswohls abgewendet worden ist; denn Vermögensschädigung i. S. des § 263 Abs. 1 und Schwächung des Volkswohls i. S. des § 263 Abs. 4 StGB. sind nach Inhalt und Umfang verschiedene Begriffe. — Für den inneren Tatbestand ist davon auszugehen, daß die Kennzeichen des besonders schweren Falles nach der Rspr. nicht Tatbestandsmerkmale eines erschwerenden Vorgehens, sondern Strafzumessungsgründe sind, so daß der Vorsatz des Täters sie nicht in derselben Weise im einzelnen wie jedes Merkmal des äußeren Tatbestandes zu umfassen braucht; immerhin kommt es aber bei diesen Strafzumessungsgründen doch wesentlich auf die Stärke und die Gefährlichkeit des verbrecherischen Willens des Täters an (vgl. auch hierzu die schon angeführten RGEntsch. 3 D 1376/34 und 1 D 111/35 sowie RGSt. 68, 391 = JW. 1935, 201^o m. Anm.). Auch für die Frage, ob der Angekl. bei Durchführung des Geschäfts das Volkswohl geschädigt oder in anderer Weise einen besonders schweren Fall von Betrug geschaffen hätte, kann ihm also sein Geschäft mit dem Winterhilfswerk nur so zur Last gelegt werden, wie es sich ihm, wenn auch vielleicht irrtümlich, in seiner Gesamtheit darstellte. Hiernach muß dem Angekl. eingeräumt werden, daß das Volkswohl nicht geschädigt zu werden braucht, wenn das Winterhilfswerk an einer Stelle von Deutschland einen Bedarf zu verhältnismäßig hohen Preisen deckt, diese hohen Preise aber gerade dazu dienen, an einer anderen Stelle von Deutschland notleidenden Menschen Arbeit und Brot zu verschaffen.

(RG 1. StrSen. v. 22. Okt. 1937, 1 D 791/37.)

Gesetz zur Sicherung von Partei und Staat

**** 8. RG. — §§ 3, 4 Gef. zur Sicherung der Einheit von Partei und Staat. Gehorsamspflicht des SA-Mannes. Zur Frage, inwieweit ein Befehl den Untergebenen von der eigenen strafrechtlichen Verantwortlichkeit befreit.**

1. Der Angekl. S., SA-Obertruppführer, war von dem Angekl. M., der zur Zeit der Tat mit der Führung eines SA-Sturmabteils beauftragt war, aufgefordert worden, den F. zur Polizei zu bringen. Dieser Befehl war rechtswidrig. Bei der besonderen Sachlage des vorl. Falls mußte nun die Möglichkeit geprüft werden, ob S. die Widerrechtlichkeit des Befehls erkannt hat. Hierzu ist allgemein folgendes zu bemerken:

Die Stellung und die Aufgaben der SA im nationalsozialistischen Staat sind, abgesehen von den für sie erlassenen inneren Vorschriften, auch reichsgesetzlich in dem Gesetz zur Sicherung der Einheit von Partei und Staat v. 1. Dez. 1933 (RGBl. I, 1016) festgelegt. Durch §§ 3 u. 4 dieses Gesetzes

wird hervorgehoben, daß jeder Verstoß gegen Zucht und Ordnung als Pflichtverletzung gilt, die der besondern SA-Gehorsamspflicht unterliegt. Manneszucht und Gehorsam sind die Grundpfeiler ihres Aufbaus (Art. 7 Abs. 2 der Allgemeinen Dienstordnung I für die SA.). Daß S. hiernach dienstliche Befehle seines Vorgesetzten M. grundsätzlich zu befolgen hatte, bedarf keiner Erörterung.

Für die Beurteilung von Zweifelsfällen können die für die Wehrmacht geltenden Vorschriften unter Beachtung der bestehenden Verschiedenheiten herangezogen werden. Die Gehorsamspflicht reicht jedenfalls für den SA-Mann nicht weiter als für den Angehörigen der Wehrmacht. Ein Befehl, der unter den Voraussetzungen des § 47 Nr. 2 MilStGB. erteilt wird, kann den SA-Mann ebensowenig von der eigenen Strafbarkeit für seine Ausführung befreien wie den Soldaten. Ein Befehl kann ferner auch hier eine strafbefreiende Wirkung überhaupt nur haben, wenn er dem militärischen „Befehl in Dienstfachen“ entspricht (vgl. Art. 7 Abs. 3 der Allgemeinen Dienstordnung I für die SA. und Nr. 7b der SA-Dienststrafordnung). Wie hierunter für die Wehrmacht alles, aber auch nur das zu verstehen ist, was der militärische Dienst nach seinem inneren Wesen erfordert (RGSt. 58, 110), ist auch eine entsprechende Grenze nach dem inneren Wesen der SA. zu ziehen. Liegt ein Befehl außerhalb des so umschriebenen Bereichs, so kann er den Untergebenen von der eigenen strafrechtlichen Verantwortlichkeit für seine Ausführung nicht entlasten.

An die Prüfungspflicht des Untergebenen dürfen in dieser Richtung jedoch keine Anforderungen gestellt werden, deren Erfüllung mit dem Unterordnungsverhältnis und mit straffer Manneszucht unvereinbar wäre. Je nach der Dienststellung der Beteiligten sind die Anforderungen verschieden. Sie können nicht so weit reichen, daß der Obertruppführer die Befolgung eines Dienstbefehls des ihm mit Abstand übergeordneten Sturmabteilsführers von der Auslegung der Dienstvorschriften abhängig machen dürfte.

Im Falle S. ist nach alledem für den inneren Tatbestand folgendes zu beachten: Das SchwG. hat das bewußt rechtswidrige Handeln des M. nicht aus seiner Untersuchung über den Umfang der Dienstbefugnisse eines SA-Führers abgeleitet, sondern darauf gegründet, daß der Befehl mit der Stellung M.s als SA-Führer nicht das geringste zu schaffen hatte, daß der Wille M.s vielmehr lediglich dahin ging, unter Mißbrauch seiner Stellung einer persönlichen Verärgerung Lust zu machen.

Es ist nicht ausgeschlossen, daß dieser Untergrund des Festnahmebefehls für S. nach den Umständen des Falles erkennbar war und von ihm auch erkannt worden ist. (Wird ausgeführt.)

Alle diese Umstände legen die Frage nahe, ob S. bei der Entgegennahme der Aufforderung, F. zur Polizei zu bringen, überhaupt geglaubt hat, einen Dienstbefehl zu empfangen. Keinesfalls durfte bei der festgestellten Sachlage diese Frage stillschweigend übergangen werden. Das SchwG. hat dadurch, daß es das tat, seine Aufgabe nicht erfüllt, den Sachverhalt und die Rechtslage erschöpfend aufzuklären.

(RG., 5. StrSen. v. 12. Juli 1937, 5 D 339/37.)
(= RGSt. 71, 284.)

Blutschutzgesetz

**** 9. RG. — § 3 BlutschutzG. Der Begriff des Arbeitsverhältnisses i. S. des BlutschutzG. ist dem im ArbGG. und im ArbZG. verwandten Begriff nicht gleichzusetzen.**

Der Angekl., der Jude ist, hat im Frühjahr und im Herbst 1936 die 29 Jahre alte deutschblütige Hauschneiderin W. je mehrere Wochen auf dem ihm gehörigen Rittergut G. beschäftigt. Sie war während dieser Zeiten in einem Fremdenzimmer des Schlosses, in dem der Angekl. mit seiner Familie wohnt, untergebracht und wurde im Haushalt verpflegt. Sie wurde ausschließlich mit Schneiderarbeiten beschäftigt und hatte sowohl neue Kleider für die Frau des Angekl. anzufertigen und Änderungen an alten Kleidern vorzunehmen als auch Wäsche

und Anzüge für die beiden Kinder des Angekl. anzufertigen, auszubessern und umzuwandern. Als Vergütung erhielt die W. neben freier Wohnung und Verpflegung täglich 2,50 R.M.

Die Strk. hat den Angekl. wegen eines Vergehens gegen die §§ 3, 5 Abs. 3 BlutschutzG. v. 15. Sept. 1935 (RGBl. I, 1146) i. Verb. m. § 12 der 1. WD. zur Ausführung dieses Gesetzes v. 14. Nov. 1935 (RGBl. I, 1334) verurteilt, weil der Angekl. die W. im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses in die Hausgemeinschaft aufgenommen habe. Die Rev. macht hiergegen geltend, daß ein Arbeitsverhältnis i. S. dieser Vorschrift nicht vorliege, da ein solches immer ein Dienstvertrag sein müsse, hier liege aber ein Werkvertrag vor. Falls aber auch ein Arbeitsverhältnis anzunehmen sein sollte, so habe sich der Angekl. über die Rechtsnatur seiner Vertragsbeziehungen zu der W. in einem zivilrechtlichen, also strafausschließenden Irrtum befunden.

Daß die W. in den Haushalt des Angekl. aufgenommen war, hat die Strk. ohne Rechtsirrtum festgestellt. Auch der von der Strk. vertretene Ansicht, daß dies im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses geschehen sei, ist im Ergebnis beizutreten.

Der Begriff „Arbeitsverhältnis“ wird im Arbeitsrecht an verschiedenen Stellen (z. B. § 2 Abs. 1, § 91 ArbGG, § 27 Abs. 1 Nr. 5 und 6, § 28 Abs. 4, § 32 Abs. 2 ArbDG.) gebraucht, ohne daß eine gesetzliche Begriffsbestimmung gegeben worden wäre. In der Wissenschaft und Rspr. ist er für diese Vorschriften im wesentlichen dahin bestimmt worden, daß ein Arbeitsverhältnis durch einen privatrechtlichen Vertrag begründet wird, durch den sich jemand verpflichtet, im Dienst eines anderen, d. h. in einem gewissen Abhängigkeitsverhältnis Arbeit zu leisten. Insofern ist dem angefochtenen Urteil und der Rev. zuzugeben, daß der eigentliche Arbeitsvertrag in der Regel ein Dienstvertrag sein muß, wenn auch zwischen den arbeitnehmerähnlichen Personen i. S. des § 5 ArbGG. und ihrem Arbeitgeber unter Umständen ein Werkvertrag bestehen kann. Zu diesen Personen ist aber eine Hauschneiderin nicht zu rechnen. Gätte also zwischen dem Angekl. und der W. ein Werkvertrag bestanden, so würde ein Arbeitsverhältnis i. S. des ArbGG. und des ArbDG. nicht vorliegen. Nun ist der Strafkammer darin beizutreten, daß auf Grund des tatsächlich festgestellten Sachverhalts zwischen dem Angekl. und der W. ein Dienstvertrag bestanden hat. Die von der Rev. hiergegen vorgebrachten Einwendungen gehen fehl. Rechtlich möglich wäre aber durchaus, daß eine Hauschneiderin auf Grund eines Werkvertrags arbeitet, so z. B. wenn sie nur zur Fertigung eines bestimmten Kleides verpflichtet worden ist. Betrachtet man diese beiden Fälle unter den Gesichtspunkten des BlutschutzG., so ist klar, daß sie unter Berücksichtigung der diesem Gesetz zugrunde liegenden Anschauungen nicht unterschiedlich behandelt werden können. Denn dieses Gesetz geht davon aus, daß durch die Aufnahme einer noch nicht 45 Jahre alten deutschblütigen Staatsangehörigen in einen jüdischen Haushalt, in dem sie auf Grund einer privatrechtlichen Verpflichtung irgendwelche Arbeiten zu leisten hat, eine Gefährdung des deutschen Blutes und der deutschen Ehre entsteht, die unter allen Umständen verhindert werden muß. Auf den formellen Unterschied zwischen einem Dienstvertrag und einem Werkvertrag kann es hierbei nicht ankommen. Der Begriff des Arbeitsverhältnisses i. S. des BlutschutzG. ist also nicht derselbe wie im ArbGG. und im ArbDG., sondern bedarf einer besonderen Auslegung, die nur unter Berücksichtigung der besonderen Zwecke des Gesetzes erfolgen kann.

Der Angekl. hat nach den Feststellungen des angefochtenen Urteils alle die Tatsachen gekannt, die die Annahme begründen, daß er die deutschblütige Staatsangehörige W. im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses in seinen Haushalt aufgenommen hat. Seine Revisionsbehauptung, er habe die Beschäftigung für zulässig gehalten, weil er über den Begriff des Arbeitsverhältnisses geirrt habe, kann ihn nicht entlasten. Zwar ist der Begriff nicht in dem BlutschutzG. selbst, sondern in der 1. Ausf. WD. enthalten; doch gehören deren Bestimmungen zu dem Inhalt des Gesetzes selbst, weil dieses im § 6 selbst eine Erläuterung und Ergänzung für erforderlich hält und ausdrücklich hierauf hinweist (RGSt. 70, 353, 354 = JW. 1937, 160²²). Es liegt also ein sog. Strafrechtsirrtum vor.

(RG., 4. StrSen. v. 8. Okt. 1937, 4 D 348/37.)

Straßenverkehrsrecht

10. RG. — § 25 RStRAFVerfD. Von jedem Kraftfahrer ist zu fordern, daß er seine Fahrgeschwindigkeit den jeweiligen Verkehrsverhältnissen anpaßt (vgl. RG. 2 D 582/35 v. 5. Sept. 1935 = JW. 1935, 2970²¹) und beim Fahren mit abgeblendeten Scheinwerfern so einrichtet, daß er sein Fahrzeug innerhalb der für ihn übersehbaren Strecke zum Halten bringen kann (vgl. RG., 6. ZivSen. 156/35 v. 7. Okt. 1935: VerfRdsch. 1935, 648 Nr. 396).

(RG., 4. StrSen. v. 2. Nov. 1937, 4 D 582/37.)

*

11. RG. — § 25 RStRAFVerfD.; § 230 StGB. An die Sorgfaltspflicht eines Kraftfahrers auf einer Fernverkehrsstraße dürfen nicht übermäßige Ansprüche gestellt werden.

Die 67 Jahre alte, schwerhörige K. wurde am 9. Nov. 1936 mittags gegen 12 Uhr in der Nähe eines Siedleranwesens beim Überschreiten der Fernverkehrsstraße Nr. 96 auf der rechten Seite der Straße in der Nähe des Sommerwegs von dem von rechts kommenden Kraftwagen des Angekl. erfaßt und erlitt so schwere Verletzungen, daß sie alsbald verstarb.

Durch das angefochtene Urteil ist der Angekl. der fahrlässigen Tötung für schuldig erkannt worden.

Die Rev. des Angekl. muß Erfolg haben.

Bei seiner Entsch. geht das LG. davon aus, daß der Angekl., der mit einer Stundengeschwindigkeit von 55 km fuhr, die K. auf eine Entfernung von 70–80 m sah, als sie eben den auf der linken Seite der Straße befindlichen Gehsteig verlassen hatte, sich noch ganz nahe an der Bordstange befand und nun sich in langsamem Tempo schräg nach der Mitte des Fahrdamms zu bewegte. Er gab nun nach den Feststellungen sofort Signal und nahm auch das Gas weg.

Über die dann folgenden Vorgänge läßt das angefochtene Urteil klare und eindeutige Feststellungen vermissen.

Wie den Urteilsausführungen zu entnehmen ist, hatte der Angekl. vorgebracht, er habe den Eindruck gehabt, daß die Frau, die in aufrechter Haltung gegangen und schräg auf ihn zugekommen sei, ihm auch den Blick zugewandt habe. Er habe insbes. aus ihrem langsamen Gang den Schluß gezogen, daß sie ein sehr vorsichtiger Fußgänger sei und daß sie ihn vorbeilassen wolle. Als er nun aber der Frau nahegekommen sei, habe sie plötzlich eine Wendung nach links gemacht und versucht, in schnellem Lauf über den Fahrdamm zu kommen. Hierbei habe er, obgleich er unter sofortigem Bremsen soweit wie möglich nach rechts ausgebogen sei, sie mit dem linken vorderen Kotflügel erfaßt.

Nach der Ansicht des LG. war der Angekl. bei dem von ihm geschilderten Verhalten nicht berechtigt, „irgendein Einvernehmen mit der Fußgängerin“ anzunehmen. Die Annahme, daß ein Fußgänger einen Kraftfahrer vorbeilassen wolle, könne, so führt das Urteil aus, jedenfalls nur dann begründet werden, wenn ein deutlich, nicht mißzuverstehendes Zeichen des Einvernehmens — etwa ein Zeichen des Fußgängers mit der Hand, eine Bewegung des Kopfes, ein Stehenbleiben oder ein auffälliges Verlangsamtes des Tempos unter fortgesetztem Beobachten des herannahenden Kraftwagens — wahrnehmbar sei. Daß ein derart deutliches Zeichen des Einvernehmens im vorl. Fall wahrnehmbar gewesen sei, habe der Angekl. selbst nicht behauptet. Er habe daher fahrlässig gehandelt, weil er, als er die Fußgängerin auf 70–80 m Entfernung den Gehsteig verlassen und den Fahrdamm überschreiten sah, nicht sein Tempo um ein erhebliches Maß vermindert habe, um jeder Gefahrensituation, die sich aus dem weiteren Verhalten der Frau ergeben konnte, in geeigneter Weise vorzubeugen.

Diese Ausführungen reichen nicht aus, die Verurteilung des Angekl. zu tragen.

Das LG. nimmt nicht an, daß die von dem Angekl. eingehaltene Fahrgeschwindigkeit von 55 km in der Stunde unter den gegebenen Umständen zu beanstanden war. Ein Verstoß gegen die ihm als Kraftfahrer obliegende Sorgfaltspflicht konnte jöhin nur in seinem Verhalten gefunden werden, welches er von dem Augenblick an, als er die Fußgängerin zum ersten Male erblickte, bis zum Augenblick des Zusammenstoßes zeigte. Hierbei ist das LG. ersichtlich davon ausgegangen, daß er nicht er-

kennen konnte, daß die Fußgängerin eine 67 Jahre alte schwerhörige Frau war. Nach den Feststellungen hat der Angekl. sofort, als er die Frau auf 70—80 m Entfernung erblickte, ein Supensignal abgegeben und das Gas weggenommen. Die Fußgängerin hatte in diesem Augenblick eben den Gehsteig verlassen und sich angelehnt, in schräger Richtung auf ihn zukommend langsam den Fahrdamm zu überqueren. Er hat sie von dem Augenblick der Signalabgabe ab auch im Auge behalten und weiter beobachtet. Befand sich nun die Fußgängerin in diesem Zeitpunkt von der Fahrbahn des Angekl. so weit links entfernt, daß der Angekl. an ihr vorbeifahren konnte, ohne sie zu gefährden, so handelte er möglicherweise dann nicht fahrlässig, wenn in diesem Zeitpunkt ihr Verhalten, wie der Angekl. geltend gemacht hatte, dem „eines sehr vorsichtigen Fußgängers“, der sich des Herannahens eines vorbeifahrenden Kraftwagens bewußt ist, entsprach. Diese Voraussetzungen konnten unter Umständen auch dann noch gegeben sein, wenn die Fußgängerin nach dem Signal in langsamem Tempo ihren Weg schräg über die Straße fortsetzte, nämlich dann, wenn dieses Verhalten mit dem eines vorsichtigen aufmerksamen Fußgängers noch im Einklang stand und dem Angekl. auch dann noch die Möglichkeit bot, an ihr vorbeizukommen, ohne sie zu gefährden. Geriet sie unter solchen Umständen erst dadurch in seine Fahrbahn, daß sie in unmittelbarer Nähe des Wagens plötzlich eine Wendung nach links machte und in schnellem Lauf über den Fahrdamm zu kommen suchte, so konnte dieses Verhalten möglicherweise außerhalb dessen liegen, womit ein auf einer Fernverkehrsstraße außerhalb einer geschlossenen Ortschaft fahrender Kraftwagenführer zu rechnen verpflichtet ist (RGSt. 70, 71, 74 = JW. 1936, 452¹⁶). Die Annahme des LG., der Kraftfahrer dürfe in einem solchen Falle nur bei Vorliegen eines nicht mißzuverstehenden Zeichens, durch welches der Fußgänger zu erkennen gebe, daß er den Kraftwagen vorbeifahren lassen wolle, seine Fahrt fortsetzen, läßt sich weder mit den Grundsätzen der geltenden Verkehrsregelung noch mit den Erfordernissen des Verkehrs, insbes. auf einer Fernverkehrsstraße, vereinbaren. Die Vorgänge zwischen der Abgabe des Signals durch den Angekl. und dem Zusammenstoß bedürfen daher in der neuen Verhandlung sorgfältiger Klärung.

(RG., 2. StrSen. v. 14. Okt. 1937, 2 D 328/37.)

*

12. RG. — § 27 Abs. 1 RStrafVerfO. Der Vorfahrtberechtigte darf sich darauf verlassen, daß andere Verkehrsteilnehmer sein Vorfahrtrecht beachten werden. Erst wenn besondere Umstände erkennen lassen, daß der zur Gewährung der Vorfahrt Verpflichtete die Vorfahrt nicht einräumt, muß der Berechtigte zur Vermeidung eines Unfalls sein Verhalten danach einrichten.

(RG., 2. StrSen. v. 25. Okt. 1937, 2 D 556/37.)

Reichsjagdgesetz

13. OLG. — Nach § 60 Abs. 2 Nr. 13 RJagdG. ist auch der Jagdausübungsberechtigte strafbar, der seinen Hund unbeaufsichtigt im eigenen Jagdbezirk umherlaufen läßt. †)

Nach den Feststellungen des OLG. hat sich der Angekl., der Privatjagdaufsicher für die von F. G. gepachtete Gemeindejagd W. ist, Ende Februar 1937 mit einem sieben Monate alten Drahthaarfox, den er schon öfter auf die Jagd mitgenommen hatte, zum Jagen in das Waldrevier seines Dienstherrn begeben. Dort schickte er den Hund in das Dickicht und ließ ihn Füchse und Sauen jagen; er selbst begab sich auf einen Wildwechsel. Der Hund verschwand im Dickicht, gab laut und jagte offenbar Wild usw. in entgegengesetzter Richtung. Der Angekl. nahm an, der Hund treibe Wild in das Dickicht und wartete eine Zeitlang auf dessen Rückkehr. Als dann der Hund nicht kam, piffte und rief der Angekl.; der Hund kehrte aber nicht zu dem Angekl. zurück, sondern begab sich allein durch das Revier nach Hause und zerriß vor dem Dorf noch ein Haushuhn. Vom Verschwinden des Hundes bis zu seiner Ankunft im Dorfe dauerte es ungefähr eine Stunde. Der Angekl. ging, nachdem der Hund nicht mehr zurückgekehrt war, sein Revier ab und kam ungefähr eine Stunde nach dem Fog zu Hause an.

Auf Grund dieses Sachverhalts hat das OLG. den Angekl. wegen einer Übertretung nach § 60 Abs. 2 Ziff. 13 RJagdG. verurteilt. Gegen diese Verurteilung bestehen keine durchgreifenden rechtlichen Bedenken.

Der Standpunkt des BeschwF., die angeführte Bestimmung könne nur den Jäger betreffen, der sich in einem fremden Jagdbezirk befinde, ist falsch. Die polizeilichen Vorschriften des RJagdG., insbes. die hier fragliche, sind in erster Linie erlassen, um einen angemessenen Wildstand zu sichern. Sie wollen das Wild im allgemeinen und um seiner selbst willen schützen; sie sind nicht Schutzgesetz für den einzelnen Jagdberechtigten. Die Vorschriften können also, soweit sich aus dem Gehehe nichts anderes ergibt, auch von dem zur Jagdausübung Berechtigten übertreten werden. Die Strafbestimmung in § 60 Abs. 2 Ziff. 13 RJagdG. erfährt, soweit es sich um Jagdhunde handelt, nur insoweit eine Einschränkung, als nach § 40 Abs. 2 Ziff. 2 a. a. D. Jagdhunde, die als solche kenntlich sind, nicht getötet werden dürfen, solange sie von den Berechtigten zu ihrem Dienste verwendet werden oder sich aus Anlaß des Dienstes vorübergehend der Einwirkung des Führers entzogen haben. Sie gelten hinsichtlich des Tötungsrechtes nicht als „außerhalb der Einwirkung ihres Herrn stehend“. Daraus, daß der Gesetzgeber bei der angeführten Strafbestimmung auf § 40 Abs. 2 Ziff. 2 a. a. D. Bezug nimmt, ergibt sich, daß Jagdhunde, solange sie vom Berechtigten zu ihrem Dienste verwendet werden oder sich aus Anlaß des Dienstes nur vorübergehend der Einwirkung des Führers entzogen haben, auch nicht als unbeaufsichtigt i. S. der Strafbestimmung gelten. Diese Voraussetzungen trafen hier, wie der Erstrichter ohne Rechtsverstöß angenommen hat, nicht zu. Der Hund hat den gegebenen Befehl nicht aus- oder doch nicht durchgeführt. Er ist nicht zu seinem Herrn zurückgekehrt, sondern hat selbständig und gegen den Willen seines Führers gejagt und dann den Heimweg angetreten. Er hat sich also bei diesem Jagdgange nicht nur „vorübergehend“, sondern dauernd der Einwirkung seines Führers entzogen. Der äußere Tatbestand der fraglichen Strafbestimmung ist also den Feststellungen des Erstrichters ausreichend zu entnehmen.

Das gleiche gilt von dem inneren Tatbestand. Die Übertretung kann auch fahrlässig verübt werden. Eine solche Fahrlässigkeit hat der Erstrichter ohne fehlerhafte Überspannung der Sorgfaltspflicht angenommen. In dem angefochtenen Urteil ist ausgeführt, der Angekl. habe gewußt, daß der Hund jung und unerfahren und daß gerade der Foxterrier als besonders temperamentvoll anzusehen sei; er habe sich bei der von ihm billigerweise zu erwartenden Vorsicht sagen müssen, daß er diesen jungen unfertigen Hund in dem unübersichtlichen Gelände, das seine Bewachung unnötig machte, nicht so sicher in der Hand haben könne, als er ihn, einmal sich selbst überlassen, unter seiner Einwirkung zu halten vermöchte.

(OLG. München v. 3. Juli 1937, 1 Ss 202/37.)

Anmerkung: Der Auffassung, daß sich § 60 Abs. 2 Nr. 13 RJagdG. auch gegen den Jagdausübungsberechtigten richte, der im eigenen Revier seinen Hund umherlaufen läßt, kann nicht zugestimmt werden.

Um die Tragweite der genannten Vorschrift richtig zu erkennen, lohnt sich ein Blick auf die Bestimmungen, an deren Stelle § 60 Abs. 2 Nr. 13 getreten ist. Wie ein großer Teil der übrigen Vorschriften des RJagdG., so ist auch Nr. 13 aus dem PrJagdG. v. 18. Jan. 1934 übernommen. In § 79 dieses Gesetzes wurde mit Übertretungsstrafe bedroht, „wer den ... Wetzungen der mit der Ausübung des Jagdschutzes beauftragten Personen nicht unberzüglich Folge leistet oder wer unbefugt Hunde unbeaufsichtigt in einem Jagdbezirk laufen läßt“. § 60 RJagdG. hat diese Vorschrift in zwei Nummern aufgeteilt (Nr. 12 und 13), und hat ferner die im übrigen wörtlich übernommene Vorschrift in der Weise geändert, daß die Strafbarkeit auf das Umherlaufenlassen von Katzen ausgedehnt und das Wort „unbefugt“ gestrichen wurde. Gerade diese Änderungen aber haben die nach preußischem Recht völlig klare Rechtslage etwas verunkelt. Denn sowohl durch die Zusammenfassung mit der Strafbrohung, die sich gegen die Nichtbefolgung der von den Jagdschutzberechtigten erteilten Anordnungen richtete und die nur den nicht am Tatorte jagdausübungsberechtigten Personen galt, wie insbes. durch die Einfügung des Wortes „unbefugt“ war jeder Zweifel ausgeschlossen, daß die Strafandrohung gegen das Umherlaufenlassen den Jagdausübungsberechtigten, der seine Hunde im eigenen Revier laufen ließ, nicht betraf, weil er nicht unbefugt handelte (so auch Stellung: JurRdsch. 1934, 196).

In dieser Hinsicht hielt § 79 g PrJagdG. den Rechtszustand aufrecht, wie er seit 140 Jahren in Preußen gegolten hatte. Der Wortlaut der vorher geltenden und durch § 79 g PrJagdG. abgelösten Vorschriften war allerdings weniger eindeutig.

Der § 6 Abs. 1 Tier- u. PflanzenschutzV. v. 16. Dez. 1929 (GS. 189) i. d. Fass. v. 10. März 1933 (GS. 71), der erstmals für ganz Preußen das Recht zur Tötung verwehrender Hunde und Katzen einheitlich regelte, enthielt das Verbot, Hunde und Katzen „außerhalb der öffentlichen Wege unbeaufsichtigt umherlaufen zu lassen“. Dieser Wortlaut ließ also offen, ob die Vorschrift auch für den am Tatort Jagdausübungsberechtigten gelte. Allein schon Abs. 3 a. a. D., der dem Jagdausübungsberechtigten und seinen Beauftragten die Befugnis gab, unbeaufsichtigt umherlaufende Hunde und Katzen zu töten, legte den Gedanken nahe, daß § 6 Abs. 1 sich nicht an den Jagdausübungsberechtigten richte. Ferner kam in Betracht, daß das RG. kurz vor dem Erlaß der Tier- und PflanzenschutzV. in einer Entsch. v. 14. Dez. 1928 (GoldArch. 73, 361) das in einer PolVD. enthaltene Verbot, „Hunde außerhalb der Ortschaften und abseits öffentlicher Wege umherstreifen zu lassen“, dahin ausgelegt hatte, daß es nicht den Jagdberechtigten treffe. Das RG. hatte sich dabei darauf berufen, daß PolVD. dieses Inhalts den Schutz gegen Beeinträchtigungen der Jagd als eines Ausflusses des Eigentums bezwecken und daher ihre Rechtsgrundlage in § 6a PrPolVerwG. von 1850 fänden und daß im Schrifttum (Dallé-Delius, 6. Aufl., S. 93, Anm. 2) solche PolVD. grundsätzlich selbst dem Eigentümer eines Jagdbezirkes gegenüber für unanwendbar erachtet würden, der trotz Verpachtung der Jagd seine Hunde im Revier umherlaufen lasse. Es hatte namentlich darauf hingewiesen, daß die fragliche PolVD. ausweislich der Überschrift „zum Schutze des Wildes gegen wilde Hunde“ erlassen sei und daß nach dem Sprachgebrauch der einschlägigen Vorschriften unter „wildernden“ Hunden nur solche verstanden werden könnten und in der Rspr. auch verstanden worden seien, die in fremden Revieren der Jagd nachgingen. Das RG. machte schließlich in der Entsch. geltend, die PolVD. gehe offenbar von der den Verhältnissen des Lebens entsprechenden Voraussetzung aus, daß der Jagdausübungsberechtigte in seinem eigenen Interesse regelmäßig schon selbst dafür sorgen werde, daß seine Hunde die Jagd nicht verwüsten; hätte die PolVD. das freie Umherlaufenlassen ohne Rücksicht auf die Jagdberechtigung verboten wollen, so hätte sie angesichts des Ungeheuerlichen eines solchen Verbotes diese Absicht zweifelsfrei zum Ausdruck bringen müssen. Man kann unbedenklich davon ausgehen, daß dem Gesetzgeber beim Erlaß der Tier- und PflanzenschutzV. diese Rspr. des RG. und die Auffassung des Schrifttums bekannt waren. Wenn er sich in § 6 eng an den üblichen Wortlaut der PolVD. anlehnte, ohne zweifelsfrei zum Ausdruck zu bringen, daß dem Verbot auch der Jagdberechtigte unterliege, so kann dies nur demin verstanden werden, daß er nicht von dem bisherigen Rechtszustand abweichen wollte, sondern die Auslegung der nunmehr durch § 6 abgelösten PolVD. billigte; denn er hätte, wenn er auch den Jagdberechtigten hätte treffen wollen, noch mehr als die Polizeibehörden in der vorherliegenden Zeit Veranlassung gehabt, so klar wie nur möglich die Absicht einer Änderung auszusprechen. Das wäre um so notwendiger gewesen, als die bis dahin in Preußen und einigen neu erworbenen Gebietsteilen geltenden Allgemeinen Vorschriften über das Recht zum Töten umherlaufender Hunde und Katzen (§§ 64 ff. RR. II 16, aufrechterhalten durch Art. 69 GGWB. und Art. 89 PrGGWB.) sich nur auf die in fremden Jagdrevieren umherlaufenden Hunde und Katzen bezogen (vgl. Überschrift des Abschnittes: „Von Hunden auf fremden Jagdrevieren“) (RG. v. 15. Juni 1928: GoldArch. 73, 178 [180]).

Wenn nun der Reichsgesetzgeber im Jahre 1934 das preussische Recht in der Fassung, in der es zuletzt gegolten hatte (mit der sogleich zu erörternden Ausnahme, daß er das Wort „unbefugt“ wegließ), wörtlich übernahm, so liegt, noch dazu angesichts der weit hin und grundsätzlich bestehenden Übereinstimmung des neuen Reichsjagdrechts mit dem neukodifizierten Jagdrecht des größten deutschen Landes, nichts näher als die Annahme, daß er an dem bis dahin in Preußen seit mehr als einem Jahrhundert geltenden und bewährten Rechtszustand nichts habe ändern wollen. Auch hier würde mit vollem Recht gelten, was seinerzeit das RG. ausgesprochen hatte, daß nämlich eine Abweichung deutlich hätte ausgesprochen werden müssen.

Nach der Auffassung von Stellung: ZurRdsch. 1934, 199 ist das nun freilich auch geschehen, und zwar dadurch, daß das in § 79g PrJagdG. enthaltene Wort „unbefugt“ in § 60 Abs. 2 Nr. 13 PrJagdG. weggelassen worden ist. Damit sei, so meint Stellung a. a. D., „das frühere Recht wiederhergestellt, so daß auch der Jagdberechtigte bei Ruwiderhandlungen im eigenen Jagd- (Wacht-) Revier sich strafbar macht“. Dieser Ansicht muß entschieden widersprochen werden.

Zunächst kann, wie oben dargelegt, von einer „Wiederherstellung des früheren preussischen Rechtes“ keine Rede sein. Die von Stellung für seine Behauptung angeführte Entsch. des RG.: JFG. ErgBd. 7, 308 = R. u. PrVerwBl. 49, 133 = JW.

1927, 3058 behandelt eine gänzlich andere Frage, nämlich die, ob eine PolVD., wonach Hunde an Orten, wo Menschen zu verkehren pflegen, einen beßeren Maulkorb tragen müssen, auch gelte, wenn ein Förster sich mit seinem Hund auf öffentlicher Straße (wenn auch im forstfiskalischen Bezirk) befindet. Wenn das RG. (zweifelslos mit Recht) diese Frage bejahte, so ist ohne weiteres klar, daß daraus für unsere Frage, ob ein Jagdausübungsberechtigter bestraft werden konnte, der seinen Hund unbeaufsichtigt im Revier umherlaufen ließ, keine Folgerungen abgeleitet werden können. Betritt der Hund die öffentliche Straße oder kommt er sonst an Orte, wo Menschen zu verkehren pflegen, so muß er allerdings einen Maulkorb tragen; daraus ergibt sich aber doch keineswegs, daß die PolVD. verbiete, ihn auch im übrigen Revier frei umherlaufen zu lassen.

In Wirklichkeit hat die Weglassung des Wortes „unbefugt“ keine sachliche Bedeutung. Eine Bestrafung setzt immer voraus, daß der Täter unbefugt handelt; wer im Rahmen seiner Befugnisse tätig wird, handelt nicht rechtswidrig und kann deshalb nicht bestraft werden. Die Hervorhebung in gesetzlichen Vorschriften, daß der Täter unbefugt handeln müsse, hat, soweit es sich um den äußeren Tatbestand handelt, regelmäßig nur stilistische Gründe; sie erfolgt meist, wenn die Befugnis zu bestimmten Verhalten in anderen Gesetzen oder anderen Vorschriften desselben Gesetzes geregelt ist und in der Strafvorschrift darauf verwiesen werden soll. Tatsächlich fehlte ja, wie oben dargelegt, sowohl in § 6 Tier- und PflanzenschutzV. wie in den vorangegangenen örtlichen PolVD. das Wort „unbefugt“, und doch war nicht zweifelhaft, daß nur ein „unbefugtes“ Umherlaufenlassen strafbar sei.

Spricht mithin nichts dafür, daß der Reichsgesetzgeber von dem preussischen Recht habe abweichen wollen, so sind zum Überflus auch positive Anhaltspunkte für die wahre Absicht des PrJagdG. vorhanden. Den Sinn der Nr. 13 erläutert das PrJagdG. durch den Klammerhinweis („§ 40 Abs. 2 Nr. 2“). Das kann nicht anders verstanden werden, als daß unter „unbeaufsichtigt laufen gelassenen“ Hunden und Katzen diejenigen zu verstehen sind, die der Jagdausübungsberechtigte und der von ihm beauftragte Jagdgast nach Maßgabe des § 40 Abs. 2 Nr. 2 PrJagdG. töten dürfen. Daß das dort zugewilligte Tötungsrecht nicht für die eigenen Hunde des Jagdausübungsberechtigten gilt, ist so selbstverständlich, daß jedes weitere Wort überflüssig ist. Aber davon abgesehen: § 40 Abs. 1 überträgt dem Jagdschutzberechtigten den Schutz gegen wilde Hunde und Katzen und Abs. 2 stellt die Bedeutung dieses Begriffs dahin klar, daß wildernde Hunde i. S. des Abs. 1 auch (vgl. § 40 Abs. 2: „... sind insbesondere befugt“) solche Tiere sind, die im Jagdbezirk außerhalb der Einwirkung ihres Herrn betrogen werden, selbst wenn sie nicht im eigentlichen Sinn des Wortes „wildern“ (d. h. dem Wild nachstellen und es aufstöbern). § 40 Abs. 2 Nr. 2 stellt also die dort bezeichneten Hunde den „wildernden Hunden“ i. S. des § 40 Abs. 1 nicht etwa lediglich gleich, sondern er begründet eine gesetzliche Vermutung, daß der unbeaufsichtigt im Jagdbezirk befindliche Hund ein „wildernder Hund“ i. S. des Abs. 1 sei. Unter „wildernden Hunden“ aber hat die Rspr. (vgl. die oben angeführte Entsch. des RG.: GoldArch. 73, 361) von jeher nur auf fremdem Jagdrevier umherlaufende Hunde verstanden. Dem entspricht es, wenn in dem durch die Nov. v. 5. Febr. 1937 (RGBl. I, 179) neu eingefügten Abs. 2 des § 60 der AusfV. zum PrJagdG. vorgesehen ist, daß neben einer Verurteilung aus § 60 Abs. 2 Nr. 13 PrJagdG. auf Verlangen des Geschädigten auf eine an ihn zu zahlende Buße erkannt werden könne. Diese Vorschrift läßt deutlich genug erkennen, daß der Gesetzgeber davon ausging, Täter und Geschädigter (das ist der Jagdausübungsberechtigte) könnten nicht in einer Person zusammentreffen.

Der hier vertretenen Auffassung läßt sich auch nicht, wie es in dem Urteil des OLG. München geschieht (ebenso Stellung a. a. D.), entgegenhalten, § 60 Abs. 2 Nr. 13 müsse auch den Jagdausübungsberechtigten treffen, weil die Vorschrift den Schutz des Wildstandes bezwecke. Allerdings hat das PrJagdG. gemäß seiner Grundanschauung, daß der Wildstand ein wertvolles, dem deutschen Volke zu erhaltendes Volksgut darstellt (vgl. Vorwort zum PrJagdG.), auch dem Jagdausübungsberechtigten weitgehende Beschränkungen der Jagdausübung im Interesse der Erhaltung des Wildstandes auferlegt und deren Richtinnehaltung in § 60 PrJagdG. und § 60 AusfV. unter Strafe gestellt. Allein nicht alle Tatbestände des § 60 PrJagdG. und § 60 AusfV. richten sich gegen den Jagdausübungsberechtigten (vgl. Michale-Schäfer, Vorbem. 2 zum XI. Abschnitt), und das PrJagdG. hat nicht zum Ausdruck gebracht, daß § 60 Abs. 2 Nr. 13 auch für den Jagdausübungsberechtigten gelte, obwohl dazu alle Veranlassung bestanden hätte, wenn das Gesetz eine dahingehende Absicht gehabt hätte. Es kann auch nicht zugegeben werden, daß zwingende praktische Gründe zu dieser Auslegung nötigten. Ein

Jagdausübungsberechtigter, der seinen Hund in der Schonzeit umherlaufen läßt, macht sich je nach den Umständen des Falles des vorsätzlichen oder fahrlässigen Schonzeitvergehens (§ 60 Abs. 1 RJagdG.) schuldig. Reißt sein Hund (innerhalb oder außerhalb der Schonzeit) Wild, das nur im Rahmen eines Abschussplanes bejagt werden darf, so wird ihm dieses ohne weiteres auf seinen Abschussplan angerechnet; auch muß er es dem Kreisjägermeister melden (Erlaß des Reichsjägermeisters v. 19. Sept. 1935, R 3575, abgedruckt bei Mißschke-Schäfer, „RJagdG.“ [Textausgabe], 3. Aufl., S. 158). Schon das wird den Jagdausübungsberechtigten zur Vorsicht mahnen. Notfalls kann gegen den, der Beunruhigung des Wildes durch seine umherlaufenden Hunde nicht hindert, im Wege des ehrengerichtlichen Verfahrens eingeschritten und auf Strafen erklart werden, die für den Jagdausübungsberechtigten weit fühlbarer sind, als eine Übertretungsstrafe nach § 60 Abs. 2 Nr. 13 RJagdG.

Bestehen danach genügend Möglichkeiten, gegen unweidmännisch den Wildstand schädigende Jäger einzuschreiten, so sind auf der anderen Seite die Gefahren, die dem Jäger drohen wüßten, wenn das Verbot des unbeaufsichtigten Laufens auch ihm gälte, unverkennbar. Eine Abführung junger Hunde, um sie fertig zu machen, wäre ihm vielfach praktisch geradezu unmöglich gemacht, und das, obwohl immer wieder der Grundsatz aufgestellt wird, daß ohne einen brauchbaren Jagdhund eine weidgerechte Jagdausübung nicht möglich sei (Anweisung des Reichsjägermeisters v. 11. Jan. 1937, Mißschke-Schäfer, S. 147) und obwohl § 34 RJagdG. unter den dort bestimmten Voraussetzungen den Jagdausübungsberechtigten zur Haltung eines brauchbaren Jagdhundes verpflichtet.

Die hier verfochtene Auffassung wurde im Schrifttum zum RJagdG. bisher schon von Mißschke-Schäfer, „Nomn.“, Anm. zu § 60 Nr. 13 und von Klob, „RJagdG.“, Anm. 17 zu § 60 vertreten; abweichende Auffassungen sind nicht bekanntgeworden. DGR. Dr. R. Schäfer, Berlin.

Strafverfahrensrecht

**** 14. RG.** — § 145 StPD. Auch wenn der Angell. daran schuld ist, daß sein Verteidiger die Verteidigung niederlegt, muß das Gericht im Falle der notwendigen Verteidigung dem neuen Verteidiger Gelegenheit zu einer ausreichenden Vorbereitung der Verteidigung geben.

Die Ablehnung des Antrages, die Hauptverhandlung gemäß § 265 Abs. 4 StPD. zur besseren Vorbereitung der Verteidigung auszusetzen, kann auf Rechtsirrtum beruhen.

Der Beschw. ist zwar in der Hauptverhandlung stets durch einen Anwalt, der ihn schon vorher verteidigt hatte, verteidigt gewesen. Er war zu Beginn der Hauptverhandlung sogar im Beistand der beiden Anwälte, die er zu seinen Verteidigern gewählt hatte, erschienen. Diese hatten ihre Verrichtungen aber unter sich geteilt (§ 227 StPD.). Während der Verhandlung legte sodann der eine seiner beiden Verteidiger die Verteidigung nieder. Dadurch wurde eine „veränderte Sachlage“ i. S. des § 265 Abs. 4 StPD. geschaffen (vgl. RG. 1 D 487/25 v. 15. Dez. 1925). Es handelte sich in der Person des zurücktretenden Verteidigers außerdem um denselben Verteidiger, der in dieser rechtlich wie tatsächlich schwierigen Sache gerade die bei weitem wichtigsten Aufgaben übernommen hatte. Der zweite Verteidiger, der dem Beschw. allein noch verblieben war, stellte nunmehr den Antrag, die Hauptverhandlung zur besseren Vorbereitung der Verteidigung auszusetzen, weil er die Verantwortung für die Aufgaben der Verteidigung auf dem Gebiet, das bisher sein Mitverteidiger bearbeitet hatte, nicht ohne weiteres übernehmen zu können glaubte. Diesen Antrag hat das LG. abgelehnt, weil sich der Beschw., der gegen den zurückgetretenen Verteidiger gewisse Vorwürfe erhoben hatte, selbst in diese Lage gebracht habe. Das LG. hat dabei den wesentlichen rechtlichen Gesichtspunkt verkannt, daß die Verteidigung hier notwendig war (vgl. §§ 140 Abs. 2, 145 Abs. 2 StPD.; §§ 42 a Nr. 6, 421 StGB.). Demgemäß hat es gar nicht erwogen, daß nur ein solcher Verteidiger, der den Stoff beherrscht, die notwendige Verteidigung mit jener Sicherheit führen kann, die das Gesetz (vgl. § 145 Abs. 3 StPD.) für erforderlich hält, um die Findung des richtigen Rechts zu gewährleisten.

Das Urteil war somit gemäß § 338 Nr. 8 StPD. aufzuheben.

(RG., 5. StrSen., v. 20. Sept. 1937, 5 D 524/37.)

Zivilrecht

Bürgerliches Gesetzbuch

15. §§ 30, 31, 89, 823 ff., 839 BGB.

a) Die Schadenshaftung einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft ist dem Grunde und dem Maße nach verschieden, je nachdem ob die schädigende Handlung im bürgerlich-rechtlichen Geschäftskreis und in Wahrung ihrer rein privatrechtlichen Belange (§§ 89, 30, 31, 823 ff. BGB.) oder bei Ausübung anvertrauter öffentlicher Gewalt (§ 839 BGB.; Art. 131 WeimVerf.) begangen ist.

b) Es besteht Haftungskonkurrenz, wenn sich dieselbe Handlung eines Beamten zugleich als eine auf Grund einer Betätigung innerhalb des bürgerlich-rechtlichen Geschäftskreises seines öffentlich-rechtlichen Dienstherrn begangene unerlaubte Handlung i. S. der §§ 823 ff. BGB. und als eine in Ausübung öffentlicher Gewalt schuldhaft begangene Amtspflichtverletzung darstellt. Dann muß der öffentlich-rechtliche Dienstherr für eine solche Handlung seines Beamten, auch wenn er sich von der Haftung aus Art. 131 WeimVerf. nach § 839 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 3 freimachen könnte, immer noch nach den §§ 89, 30, 31, 823 ff. BGB., evtl. § 831 BGB. einstehen.

c) Dadurch, daß sich der Beamte im privatrechtlichen Geschäftskreis des Staates bei seinen Entschlüssen und Handlungen auch von dem Gesichtspunkt der Wahrung der Staatsautorität leiten läßt, wird seine Tätigkeit nicht zur Ausübung öffentlicher Gewalt und auch nicht zum Mittel zur Durchsetzung der obrigkeitlichen Macht des Staates. †)

(RG., III. ZivSen., U. v. 1. Juni 1937, III 289/35.)

Bemerkung: Der Auszug aus Tatbestand und Entscheidungsgründen ist in diesem Heft S. 3244⁴⁰ abgedruckt. D. S.

*

16. RG. — § 138 BGB. Wie in der Entsch. des Großen Senats für Zivilsachen des RG. v. 13. März 1936 (RGZ. 150, 1 = JW. 1936, 1281¹ m. Anm.) ausgesprochen ist (vgl. auch RGZ. 152, 251 [254] = JW. 1937, 149¹) ist zwar der Begriff eines Verstoßes gegen die guten Sitten nach dem jetzt herrschenden Volksempfinden zu bestimmen. In den beiden vorerwähnten und in weiteren Entsch. des RG. (vgl. JW. 1936, 2129¹) wird jedoch betont, daß für die Beurteilung, ob ein Vertrag i. S. des § 138 BGB. rechtsgültig oder nichtig ist, nur die Verhältnisse maßgebend sein können, die bei seinem Abschluß bestanden.

Eine Feststellung, ob eine Vergütung übermäßig hoch ist oder nicht, und ob sich der Versprechensempfänger dessen bewußt war, kann daher nur auf Grund einer Prüfung und unter Zugrundelegung der tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse getroffen werden, wie sie zur Zeit der beurteilenden Verpflichtungserklärung bestanden haben. Wurden damals Grundstücke besonders hoch bewertet, so bedeutet es auch nach den jetzt geltenden Anschauungen keinen Verstoß gegen die guten Sitten, wenn der Kl. seine Preisbemessung der damaligen Marktlage anpaßte, selbst wenn diese durch eine Wirtschaftspolitik hervorgerufen war, die sich hinterher als ungesund erwiesen haben mochte. Dies um so weniger, wenn einerseits der Kl. keinen Einfluß auf diese Wirtschaftspolitik hatte, andererseits gerade auf Seiten des Bekl. ein ausgesprochenes Spekulationsgeschäft vorlag. Fehlt es somit unter Berücksichtigung der zur Zeit des Vertragsabschlusses maßgebenden Verhältnisse objektiv an einem Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung und subjektiv auf Seiten des Kl. an einem Bewußtsein solchen Mißverhältnisses, so entfällt damit schon die Anwendbarkeit des Abs. 1 wie des Abs. 2 des § 138 BGB. War der Vertrag weder wucherisch noch sonst sittenwidrig, so verstößt es nicht gegen die guten Sitten, wenn der Kl. die aus ihm erlangten Rechte geltend macht. Vielmehr muß der Bekl. nach dem Grundsatz, daß Verträge zu erfüllen sind, seinen Verpflichtungen nachkommen, er kann nicht die Folgen seiner fehlerhaften Spekulation auf den Kl. abwälzen.

(RG., V. ZivSen., U. v. 16. Okt. 1937, V 87/37.) [v. B.]

17. RG. — § 157 BGB. Auslegung einer in einem Werkvertrage enthaltenen Vereinbarung, daß die Ansprüche des Unternehmers verwirkt sein sollen, wenn er sie vor Empfangnahme der Vergütung nicht bestimmt bezeichnet und sich ihre Geltendmachung vorbehält. Bei einer derartigen Vereinbarung über die Verwirkung von Ansprüchen lediglich aus Formgründen dürfen an die Voraussetzungen, unter denen die Verwirkung als ausgeschlossen zu gelten hat, keine allzu strengen Anforderungen gestellt werden. †)

Nach der Meinung des Vorderrichters ist der Tatbestand der Verwirkung des Klageanspruchs nach den allgemeinen Vertragsbedingungen, die dem Vertragsverhältnis zwischen der beklagten Stadtgemeinde und der Rechtsvorgängerin des Kl. zugrunde liegen, gegeben. Nach diesen Bedingungen muß der Unternehmer vor Empfangnahme des von der städtischen Verwaltung als Restguthaben zur Auszahlung angebotenen Betrags alle Ansprüche, welche er aus dem Vertragsverhältnis über die behördlicherseits anerkannten hinaus etwa noch zu haben vermeint, bestimmt bezeichnen und sich vorbehalten, widrigenfalls die Geltendmachung dieser Ansprüche später ausgeschlossen ist. Der Vorderrichter hält für erwiesen, daß der Rechtsvorgängerin des Kl., der Firma B., die ihr geleisteten 2281,45 *R.M.* erkennbar als Restguthaben auf ihre Schlussrechnung zur Auszahlung angeboten worden seien und daß sie den Betrag auch angenommen habe, ohne irgendwie erkenntlich zu machen, daß sie seine Eigenschaft als Schlusszahlung nicht anerkenne. Ferner stellt er fest, die Rechtsvorgängerin des Kl. habe vor der Empfangnahme jener Zahlung die jetzt eingeklagten Forderungen auch nicht bestimmt bezeichnet und ihre Geltendmachung sich nicht vorbehalten. Dem kann nicht zugestimmt werden.

Ob die dem Vertragsverhältnis zugrunde liegenden gedruckten „Allgemeinen Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauten für die Stadt B.“ als eine sogenannte typische, in der *Rechtswelt* frei auszuliegende Vertragsurkunde zu gelten haben, kann dahingestellt bleiben. Denn der Vorderrichter hat sich nicht auf den Standpunkt gestellt, die dort angewendeten Ausdrücke „bestimmte Bezeichnung“ und „Vorbehalt der Ansprüche“ seien nach dem zu erforschenden Vertragswillen in einem bestimmten, von der allgemeinen Bedeutung dieser Ausdrücke abweichenden Sinne etwa dahin zu verstehen, daß die weitergehenden Ansprüche der Unternehmerfirma schon vor der Empfangnahme des von der Stadtverwaltung als Restguthaben angebotenen Rechnungsbetrags ziffernmäßig bezeichnet und mit Beweisangaben versehen oder daß der Vorbehalt mit ausdrücklichen Worten als solcher gekennzeichnet werden müsse. Hätte aber der Vorderrichter eine derartige Auslegung beabsichtigt, worauf gewisse Redewendungen seiner Urteilsgründe hinzuweisen scheinen, so könnte sie nach *Treu und Glauben* mit Rücksicht auf die Verkehrssitte nicht gebilligt werden (§ 157 BGB.). Da es sich um die vertragsmäßige Verwirkung möglicherweise bestehender Rechtsansprüche — und zwar lediglich aus Formgründen — handelt, so dürfen an die Voraussetzungen, unter denen die Verwirkung als ausgeschlossen zu gelten hat, nach *Treu und Glauben* keine allzu strengen Anforderungen gestellt werden.

1. Ist also vereinbart, daß der Unternehmer, wenn er über den Betrag der Schlusszahlung auf Grund einer Abrechnung hinaus weitergehende Ansprüche erheben will, diese bestimmt bezeichnen muß, so kann beim Mangel besonderer Abreden nicht verlangt werden, daß er diese Ansprüche nach Grund und Betrag so genau darlegt, wie es etwa aus verfahrensrechtlichen Gründen bei einer Klagerhebung (§ 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO.) oder im Mahnverfahren (§ 690 Nr. 3 ZPO.) erfordert wird. Es muß vielmehr in aller Regel eine so genaue Bezeichnung der zu erhebenden Ansprüche genügen, daß der Vertragsgegner ersehen kann, aus welchen Gründen der Unternehmer überhaupt glaubt, noch weitergehende Ansprüche stellen zu können, ohne daß dieser es nötig hätte, seinen Rechtsstandpunkt im einzelnen darzulegen oder die Ansprüche etwa der Höhe nach zu beziffern und mit Beweis zu vertreten, wie es in einem Rechtsstreit zu geschehen hat. Dies hat der Vorderrichter verkannt.

2. Zu Unrecht und aus sachlichem Rechtsirrtum hat der Vorderrichter auch angenommen, die Unternehmerfirma habe sich nicht vor der Empfangnahme des Restbetrags ihre vermeintlichen weiteren Ansprüche vorbehalten. Zur Erfüllung des vertraglich erforderlichen Tatbestandes eines Vorbehaltes vor der Empfangnahme muß es genügen, daß die Unternehmerfirma im Laufe der Verhandlungen vor der Auszahlung und wiederum im Anschluß an diese einen Vorbehalt weiterer Ansprüche erklärt, d. h. der Best. irgendwie zu erkennen gegeben hat, sie wolle sich mit der Auszahlung und Empfangnahme des als Rest angebotenen Betrags nicht wegen aller ihrer Ansprüche für befriedigt erklären. Wie schon hervorgehoben, bedarf es dazu keiner ausdrücklichen Erklärung. Es muß vielmehr genügen, wenn der Wille des Zahlungsempfängers, mehr zu fordern, dem Zahlenden gegenüber deutlich erkennbar gemacht wird. Daß dies hier geschehen, ist aber aus Grund des vom Vorderrichter festgestellten, in diesem Rechtszuge nur noch rechtlich zu würdigenden Sachverhalts unbedenklich anzunehmen.

Hat aber der Unternehmer die Absicht, Mehrforderungen zu erheben, zum Ausdruck gebracht und ist dies dem Vertragsgegner zum Bewußtsein gekommen, so ist es ohne Belang, ob der damit erklärte Vorbehalt, gleichviel aus welchen Gründen, in die Form einer der Höflichkeit genügenden Bitte oder eines Wunsches nach Entgegenkommen gekleidet worden ist oder ob er zugleich eine Anregung über die Art des erstrebten Ausgleichs enthält.

(RG., VII. Zivilsen., II. v. 28. Sept. 1937, VII 62/37.) [R.]

Anmerkung: Der Entsch. ist zuzustimmen. Sie liegt auf der Linie der ständigen *Mspr.* des RG. und des *RArbG.*, die mit Recht eine rücksichtslose Anwendung der Verwirkungsklausel mißbilligen. Das *RArbG.* hat dazu in einer neueren Entsch. (*ArbRSamm.* 28, 59) folgenden Satz geprägt: „Gerade die Schwere der mit der Verjähmung einer Ausschlussfrist verbundenen Folge, die im völligen Verlust des Anspruchs besteht, verlangt, die für die Wahrung solcher Fristen aufgestellten Bedingungen nicht eng, sondern möglichst weit auszulegen.“ (Allgemein vgl. dazu *RRKom.*, Bem. 1 zu § 360 BGB.)

Der Weg, auf dem das RG. im vorl. Falle dieses Ziel erreicht, ist die Auslegung nach § 157 BGB. Darüber hinaus hat das *RArbG.* in neuer Zeit mehrfach geäußert, daß eine Verwirkungsklausel nach § 138 BGB. nichtig ist, wenn sie gegen die guten Sitten verstößt, wobei als Beispiel eine unbillig kurze Frist für die Geltendmachung des Anspruchs behandelt worden ist (*ArbRSamm.* 28, 264): Eine Frist, die dem Gefolgschaftsmitglied eine angemessene Zeit zur Wahrnehmung seines von den Fristen bedrohten Anspruchs überhaupt nicht läßt und geradezu auf dessen Verlust abgestellt zu sein scheint, verstößt gegen das Gerechtigkeitsgefühl aller gerecht und billig Denkenden.

Über die Bestätigung dieses Ergebnisses hinaus gibt die vorliegende Entsch. Veranlassung zu einigen grundsätzlichen Bemerkungen über die Behandlung der Verwirkungsklausel in der Rechtssprechung.

1. Ist durch eine Verwirkungsklausel ein Rechtsnachteil, insbes. der Verlust eines Anspruchs, an den Fall einer Fristverjähmung geknüpft worden, so liegt regelmäßig eine Ausschlussfrist vor; der Fristablauf ist daher von Amts wegen zu berücksichtigen und nicht erst auf Einrede. Damit unterscheidet sich die Verwirkungsklausel praktisch von der Verjährung (§§ 203—207) finden keine Anwendung, wenn nichts Abweichendes bestimmt ist (*RRKom.* 1 zu § 186; *Staudinger-Niebler*, Bem. 3 vor § 194 BGB.). Ebenso ist, wenigstens im Arbeitsrecht, für die „Geltendmachung“ von Ansprüchen mit der Folge einer Vermeidung der Ausschlussfrist keinesfalls eine Geltendmachung durch Klage usw. i. S. der §§ 208, 209 BGB. über die Unterbrechung der Verjährung erforderlich (vgl. *RArbG.*: *ArbRSamm.* 28, 59).

2. Die Verwirkungsklausel ist ferner zu unterscheiden von der gesetzlichen Verwirkung kraft Verstößes gegen *Treu und Glauben* (als Folge unzulässiger

Rechtsausübung); vgl. dazu Siebert: *JW.* 1937, 2495 mit weit. Nachw. Die Anwendung der Verwirkungsklausel setzt nicht voraus, daß der Berechtigte durch sein Verhalten dem Verpflichteten Anlaß gibt zu der Annahme, daß er sein Recht nicht mehr geltend machen würde; entscheidend ist vielmehr grundsätzlich allein der Ablauf der vorher fest bestimmten Frist.

3. Allerdings zeigt sich in der *Rspr.* und im Schrifttum immer deutlicher, daß es vielfach als unbillig empfunden wird, den Verlust des Anspruchs lediglich an den einfachen Ablauf der Frist zu knüpfen. Die Voraussetzungen für den Verlust des Anspruchs werden daher nach verschiedenen Richtungen hin erschwert.

a) Zunächst ist unter diesem Gesichtspunkt häufig die Frage entschieden worden, wie weit für die Folge der Verwirkungsklausel ein Verschulden des Berechtigten erforderlich ist. Wendt (*ArchZivPr.* 92, 190) will für gesetzliche und vertragliche Anschließfristen die Verhinderung durch höhere Gewalt anerkennen (im Anschluß an § 203 Abs. 2 BGB.). Für vertragliche Verwirkungsklauseln im Versicherungszweck (vgl. § 12 Abs. 2 BGB.) wird in ziemlich ständiger *Rspr.* vom RG. im Ergebnis ein Verschulden verlangt, wenn auch unter Umkehrung der Beweislast. So heißt es z. B. in *RGZ.* 62, 191: „Es ist auch unter der Herrschaft des BGB. daran festzuhalten, daß die Verwirkungsklauseln in Versicherungsverträgen im Zweifel mit Vorbehalt der Exkulpation des Versicherten zu verstehen sind.“ Vgl. ferner z. B. *RGZ.* 88, 294; *JurRdsch.* 35, 28. Im Schrifttum wird diese *Rspr.* allerdings bisweilen angegriffen, vgl. z. B. *Prölß*, *Vem.* 8 zu § 12 BGB. mit weit. Nachw. aus der *Rspr.*

Im Zusammenhang mit dieser Frage ist auch darauf hinzuweisen, daß nach § 339 i. Verb. m. § 285 BGB. für den Fall der Vertragsstrafe Verschulden vorausgesetzt ist und daß für die Verfallklausel in § 360 BGB. in ständiger *Rspr.* (z. B. *RG.*: *JW.* 1919, 570) ebenfalls ein Verschulden verlangt wird.

b) In einer noch umfassenderen Weise werden die tatbestandlichen Voraussetzungen der Verwirkungsklausel dadurch erweitert, daß die *Rspr.* gegen die Berufung auf den Verlust des Anspruchs die Einrede der Arglist zuläßt. Dieser Weg ist z. B. vom *RRbG.* eingeschlagen worden, vgl. z. B. *ArbRSamm.* 27, 316 über die „selbstverständliche Zulässigkeit der Arglisteinrede“. Das führt im Ergebnis dazu, daß Verhinderung durch höhere Gewalt, aber auch andere Fälle des Nichtverschuldens (z. B. Unkenntnis von Ansprüchen, vgl. *ArbRSamm.* München: *ArbRSamm.* 24, 119) als rechtserheblich anerkannt werden. Durch die Anwendung des § 242 BGB. wird dabei eine Verbindung zwischen der Verwirkungsklausel und der allgemein gesetzlichen Verwirkung hergestellt; nur hat bei der Verwirkungsklausel der Berechtigte, bei der gesetzlichen Verwirkung der Verpflichtete die Voraussetzungen des § 242 BGB. zu beweisen.

4. Gerade diese Verwendung der Einrede der Arglist zeigt, daß das Recht der Verwirkungsklausel an zwei grundsätzlichen Mängeln leidet, die hier wenigstens noch angedeutet werden sollen: 1. Die Verwirkungsklausel ist in Tatbestand und Rechtsfolgen zu starr, zu sehr auf das Alles-oder-Nichts-Prinzip aufgebaut; 2. die Verwirkungsklausel kann auch mit Hilfe des Grundgesetzes von Treu und Glauben vielfach noch nicht konkret genug erfaßt werden. Richtigerweise müssen Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Verwirkungsklausel jeweils aus demjenigen Rechtsverhältnis und Lebensverhältnis entwickelt und ausgelegt werden, in dem die Verwirkungsklausel ihre besondere Aufgabe erfüllen soll. Das bedeutet z. B., daß die Verwirkungsklausel im Arbeitsrecht im Einklang mit den Grundgedanken des Arbeitsverhältnisses angewendet werden muß, so daß also die Verwirkungsklausel nach Voraussetzungen und Rechtsfolgen hier durch den Gedanken der Fürsorgepflicht des Unternehmers, der Unabdingbarkeit von Tarifordnung und Betriebsordnung usw. weitgehend beeinflusst ist. Im Versicherungsrecht wird bei der Auslegung der Verwirkungsklausel zu beachten sein, daß hierbei z. B. die Pflicht zur Schadensverhütung und die Erziehung zur Beachtung dieser Pflicht eine besondere Rolle spielen können. Die *Rspr.* hat sich zweifellos mit Erfolg bemüht, den Gedanken von Treu und Glauben und den

Maßstab der guten Sitten im Einzelfalle möglichst konkret anzuwenden; es wird aber doch wohl auf die Dauer nötig sein, die Voraussetzungen und die Folgen der Verwirkungsklausel von vornherein und aus sich heraus konkreter und elastischer zu gestalten. Dabei würde auch die Möglichkeit und Zweckmäßigkeit einer richterlichen Gestaltung (Verlängerung) der Frist im Einzelfalle (ähnlich der im § 343 geschaffenen richterlichen Gestaltungsbezugnis) zu prüfen sein.

Prof. Dr. Wolfgang Siebert, Kiel.

*
** 18. RG. — § 249 BGB.; § 304 ZPO. Vorteilsausgleichung. Bei verschiedenen Ansprüchen muß bei jedem die Entstehung eines Schadens vor Erlaß eines Grundurteils feststehen; ist jedoch das schädigende Ereignis derart, daß die geltend gemachten Schäden nach menschlicher Erfahrung entstanden sein müssen, so bedarf es einer besonderen Feststellung dieser Folgen nicht. Mit dem Wegfall des Herstellungsanspruches überhaupt entfällt auch seine besondere Gestaltung in § 249 S. 2: die Möglichkeit, grundsätzlich noch Herstellung zu fordern, bildet die Voraussetzung auch des Anspruches auf die Herstellungskosten. Bei dem Wegfall beschränkt sich der Anspruch des Schadensberechtigten auf Ersatz des Mindertwertes gemäß § 251 BGB. Einnahmen, die dem Anspruchsberechtigten aus dem nach dem Einsturz eines Hauses erfolgten Verkauf zustehen, sind nur dann anzurechnen, wenn das den Grundätzen der Vorteilsausgleichung entspricht. †)

Der Kl. war Eigentümer des Hausgrundstückes D Straße 33 in B. Das Nachbargrundstück H. hatte die Firma X. gekauft, um nach Abbruch des H. seinen Hauses ihr anschließendes Warenhaus durch einen Anbau zu vergrößern. Abbruch und Neubau hatte sie der Firma L. & Co., die Fertigung der Entwürfe und Bauvorlagen, die Oberleitung und sonstige Verpflichtungen aber den Bekl. übertragen. Als nach dem Abbruch des Hauses H. auf dem Grundstück ausgeschachtet wurde, ist das Haus des Kl. in den Mittagsstunden des 11. Juni 1930 eingestürzt.

Der Kl. hat sowohl die Firma L. & Co. wie die Bekl. für den Schaden verantwortlich gemacht. Mit der Klage hat er sie aus unerlaubter Handlung auf Zahlung von 166 073,06 *RM* in Anspruch genommen, nämlich: 135 000 *RM* Wiederherstellungskosten bzw. Mindertwert, 19 666,96 *RM* Kosten der Aufräumungsarbeiten, 1111,10 *RM* Rückvergütung vorausgezahlter Mieten, 5645 *RM* Mietausfall bis 30. Sept. 1930, 4650 *RM* Kosten der Entwürfe für den Wiederaufbau.

Nach Verbindung der Sache mit von anderen Geschädigten eingeleiteten Rechtsstreitigkeiten ist zunächst das Verfahren gegen die Firma L. & Co. durchgeführt worden. Nachdem dieser gegenüber die Ansprüche des Kl. rechtskräftig dem Grund nach für gerechtfertigt erklärt worden waren, hat sie im Vergleichswege 60 000 *RM* an den Kl. gezahlt. In dem inzwischen wieder abgetrennten Verfahren gegen die Bekl. hat der Kl. darauf seinen Anspruch um diese 60 000 *RM* ermäßigt, außerdem aber die Wiederherstellungskosten nur noch auf 60 052 *RM* und die Kosten für die Entwürfe nur noch auf 1200 *RM* beziffert und daher nunmehr Verurteilung der Bekl. zur Zahlung von 87 675,06 *RM* nebst Zinsen abzüglich der gezahlten 60 000 *RM* verlangt. Die Bekl. weisen insbes. darauf hin, daß der Kl. sein Grundstück im Herbst 1930 an die Firma X. zu dem über dem Zeitwert liegenden Preise von 335 000 *RM* verkauft und damit einen über den üblichen Grundstückspreisen liegenden, nur infolge der besonderen Umstände erzielbaren Preis erhalten habe, und behaupten, daß der Kl. noch eine weitere Entschädigung von 7200 *RM* von dem G.-Konzern, sowie eine Sonderentschädigung von 5000 *RM* von der Firma L. & Co. erhalten habe.

Die Reb. meint, die Klagesforderung setze sich aus vier verschiedenen Ansprüchen zusammen (hierbei rechnet sie die beiden Posten Mietausfall zusammen); die Zubilligung der verlangten 27 675 *RM* dem Grunde nach übersteige die Nebenanprüche von 27 623 *RM* und setze daher voraus, daß wenigstens der Hauptanspruch noch nicht voll ausgeglichen sei; ob das nur für den Hauptanspruch oder für alle vier Ansprüche zu gelten habe, sei aber entgegen *RGZ.* 58, 232 aus dem BU. nicht ersichtlich. Diese Rüge kann keinen Erfolg haben. Denn entgegen der

Meinung der Rev. handelt es sich in Wahrheit bei den geltend gemachten Klageposten nicht um vier verschiedene Ansprüche, sondern lediglich um Rechnungsposten des einheitlichen Ersatzanspruchs (vgl. dazu RG.: JW. 1908, 455²³; RGZ. 102, 310 = JW. 1921, 1362). Im übrigen würde die Rüge aber auch erfolglos sein, wenn es sich um mehrere Ansprüche handeln würde. Allerdings darf der Tatsachenrichter, wenn in einer Klage mehrere Ansprüche erhoben werden, ein die ganze Klage dem Grunde nach für berechtigt erklärendes Urteil nach § 304 ZPO. nur erlassen, wenn für ihn von jedem der mehreren Ansprüche außer Zweifel steht, daß er dem Kl. zustehe (vgl. RGZ. 58, 232; 63, 198 f.). Ist aber das schädigende Ereignis derart, daß die geltend gemachten Schäden nach menschlicher Erfahrung für jedermann erkennbar entstanden sein müssen, so ist es nicht erforderlich, daß das Urteil über den Grund des auf Ausgleich der mehreren Nachteile gerichteten Anspruchs diese Folgen ausdrücklich erwähnt; vielmehr liegt ihre Feststellung in der Feststellung der unmittelbaren Schadensstatsache, hier dem Einsturz des Hauses selbst (vgl. RG.: JW. 1906, 346²⁰; 1909, 357¹). Die Notwendigkeit der Aufwendung von Wiederaufbaukosten bzw. der Eintritt einer Minderung des Grundstückswertes, sowie das Entstehen von Kosten für Aufräumungsarbeiten und von Mietausfällen ergaben sich aus der Tatsache, daß das dem Kl. gehörige Haus einstürzte, ohne weiteres von selbst. Es bedurfte daher nicht einer besonderen Erörterung in dem angefochtenen Urteil, ob Schäden nach diesen verschiedenen Richtungen entsprechend der Behauptung des Kl. entstanden seien, da dies nach Lage der Sache und allgemeiner Lebenserfahrung ohne weiteres glaubhaft und anzunehmen ist. Ebenso aber war es auch nicht notwendig, ausdrücklich zu erörtern, inwieweit die einzelnen Ansprüche durch die dem Kl. zugeflossenen 60 000 *RM* abgedeckt seien. Handelte es sich um verschiedene Ansprüche, so hätte die Tilgungsvorschrift des § 366 BGB., zum mindesten entsprechende, Anwendung zu finden, und es waren daher, da für die Anwendbarkeit einer ihrer anderen Bestimmungen ein Anhalt fehlt, die einzelnen Forderungen als durch jene Zahlung verhältnismäßig getilgt anzusehen, ohne daß es weiterer Ausführungen darüber bedurfte. Überdies aber hat der Kl. eine ausdrückliche Vereinbarung dahin behauptet, daß die 60 000 *RM* auf die gesamten einzelnen Klagepositionen geleistet werden sollten, ohne daß die Bekl., soweit ersichtlich, dem widersprochen hätten.

Die Rev. wendet sich weiter dagegen, daß der Vorder Richter dem Verkauf des Grundstücks des Kl. an die Firma X. und dem dabei erzielten Preise keine entscheidende Bedeutung beigemessen habe. Das BG. meint gegenüber dem Hinweis der Bekl. darauf, daß der Kl. nach Abbruch des eingestürzten Gebäudes den Bauplatz und die übrigen Gebäude günstiger verkauft habe als er vor dem Einsturz das ganze Gebäude hätte veräußern können und daß er sich einen Ausgleich dieses Vorteils gefallen lassen müsse, es fehle hierbei an dem Nachweise eines adäquaten ursächlichen Zusammenhanges zwischen dem schädigenden und dem den Vorteil bringenden Ereignis. Diese Ermägung beanstandet die Rev. Sie führt dazu aus, der Kl. könne, da eine Herstellung des eingestürzten Gebäudes und damit eine Geldleistung nach § 249 S. 2 BGB. nicht in Frage komme, nur eine Geldentschädigung für einen etwaigen Minderwert nach § 251 Abs. 1 BGB. beanspruchen; irrig sei es, wenn das BG. die ganze Frage unter dem Gesichtspunkt der Vorteilsausgleichung statt unter dem Gesichtspunkt betrachte, ob ein Minderwert des Grundstücks durch den Einsturz entstanden sei. Auch mit diesen Darlegungen kann die Rev. nicht durchdringen. Das BU. läßt allerdings nicht erkennen, ob der Vorder Richter die Grundlage des klägerischen Hauptanspruchs in § 249 S. 2 oder in § 251 Abs. 1 BGB. findet. Der Kl. hat stets und auch noch in der Revisionsverhandlung seinen Anspruch in erster Reihe auf die Zahlung der zur Wiederherstellung notwendigen Beträge zu richten erklärt, obwohl er das eingestürzte Haus weder wieder aufbauen will noch kann, und nur hilfsweise Ersatz des Minderwertes begehrt. Es muß jedoch der Bekl. dahin Recht gegeben werden, daß bei der gegebenen Sachlage der Kl. Ersatz des zur Wiederherstellung erforderlichen Geldbetrages nicht verlangen, sondern seinen Anspruch nur auf

§ 251 Abs. 1 BGB. stützen kann. Nach dieser Bestimmung ist der Gläubiger in Geld zu entschädigen, soweit die Herstellung nicht möglich ist, wie andererseits § 249 S. 2 bestimmt, daß der Gläubiger „statt“ der Herstellung, die damit also als möglich vorausgesetzt wird, den dazu erforderlichen Geldbetrag verlangen kann. Diese in § 249 S. 2 getroffene Regelung läßt die Natur des Anspruchs als eines Herstellungsanspruches unberührt und gibt ihm lediglich eine andere Form. Daraus aber ist, wie bereits RG., V 68/32 v. 21. Sept. 1932, ausgesprochen ist, zu folgern, daß mit dem Wegfall des Herstellungsanspruches überhaupt auch seine durch § 249 S. 2 geschaffene besondere Gestaltung entfällt, daß also die Möglichkeit, grundsätzlich noch Herstellung zu fordern, die Voraussetzung auch des Anspruchs auf die Herstellungskosten bildet. Als entscheidender Zeitpunkt für die Frage, wann das begründete Herstellungsverlangen noch bestehen muß, ist mit dem 5. ZivSen. derjenige anzusehen, der auch sonst Inhalt und Umfang des Schadensausgleichs bestimmt, nämlich der der Schlussverhandlung vor dem Tatsrichter. Der Kl. geht hier nun selbst davon aus, er wolle mit Rücksicht darauf, daß er inzwischen das Hausgrundstück verkauft hat, sein eingestürztes Haus nicht wieder aufbauen, ist dazu auch gar nicht mehr in der Lage. Er ist also selbst fest entschlossen, den früheren Zustand nicht wieder herzustellen, hat sich vielmehr durch seine eigene freie Entschließung, den ihm angezeigter erscheinenden Verkauf des Grundstücks durchzuführen, selbst auferstande gesetzt, jenen Zustand wieder herbeizuführen. Damit ist der Herstellungsanspruch weggefallen und mit ihm nach dem Dargelegten auch die, dem gesunden Rechtsempfinden widerstreitende Möglichkeit, die Wiederherstellungskosten erstattet verlangen zu können, obwohl der Kl. selbst bewußt bewirkt hat, daß eine Wiederherstellung unterbleibt. Der Kl. kann daher nur die in § 251 BGB. für den Fall der Unmöglichkeit der Herstellung vorgesehene Entschädigung in Geld, also Erstattung des Minderwertes, verlangen. Zu ersehen ist nach § 251 Abs. 1 BGB. grundsätzlich mindestens der Minderwert, den die Sache unmittelbar nach der Schadenszufügung als deren Folge gehabt hat (RGZ. 98, 53 = JW. 1920, 387; ErlB. v. RGW. Romm., Anm. 3 zu § 251). Daß aber der allgemeine Verkehrswert eines bebauten Grundstücks nach dem Einsturz des darauf stehenden Gebäudes in aller Regel ein geringerer ist als vor dem Einsturz, ist der allgemeinen Lebenserfahrung zu entnehmen und bedarf keiner besonderen Begründung. Auch wenn es späterhin dem Kl. tatsächlich gelungen sein sollte, das Grundstück zu einem höheren Preise zu veräußern, als er ihn vorher erzielt hätte, so würde sich daraus noch nicht ohne weiteres ergeben, daß durch den Einsturz tatsächlich der Wert des Grundstücks objektiv ein höherer geworden wäre oder sich nicht vermindert hätte. Zutreffend und ohne Rechtsirrtum betrachtet das BG. daher den späteren Verkauf des Grundstücks unter dem Gesichtspunkte der Vorteilsausgleichung. Wenn es hierbei zum dem Ergebnis gelangt, daß es an einem ursächlichen Zusammenhange zwischen dem schädigenden und dem Vorteil bringenden Ereignis fehle, so ist auch das rechtlich nicht zu beanstanden.

Ram aber der Vorder Richter ohne Rechtsfehler zu der Auffassung, daß der dem Kl. durch den Einsturz erwachsene Gesamtschaden durch die ihm zugeflossenen Ersatzbeträge noch nicht in voller Höhe gedeckt sei, so war er befugt, nach § 304 ZPO. über den Grund vorabzuerkennen. Es genügt, wenn nach der Gesamtheit der Umstände anzunehmen ist, daß die späteren Ermittlungen einen ziffernmäßig feststellbaren, noch nicht abgedeckten Schadensbetrag ergeben werden.

(RG., VI. ZivSen., U. v. 8. April 1937, VI 398/36.) [C.]

Anmerkung: Die Entsch. bietet Anlaß zu einigen Bemerkungen.

I. Ein Grundurteil ist vom Standpunkt des VerK. mit Recht erlassen worden. Trotz des theoretisch einfachen Grundsatzes: *Kein Grundurteil über eine Reihe von Vorprüfungen*, bevor nicht bei jedem einzelnen von ihnen festgestellt ist, daß irgendein Schaden gerade zu diesem Anspruch entstehen kann; *Grundurteil*, wenn bei einem einheitlichen Schadensersatzanspruch die Entstehung irgendeines Scha-

denz feststeht, gibt die Frage, wann ein Grundurteil erlassen werden kann, in der Praxis immer Anlaß zu Schwierigkeiten (vgl. RG.: JW. 1936, 323¹³ und 2138¹¹ und RGWarn. 1936 Nr. 63 = Carl, „Straßenverkehrsrecht“ 1937 Nr. 443 und die dortigen weiteren Hinweise). Es kann nämlich öfter sehr zweifelhaft sein, wann Mehrheit der Ansprüche, wann Rechnungsposten eines Schadenserzaksanspruches vorliegen. Mit Recht ist aber in dem Urteil darauf hingewiesen, daß hier die Frage ohne Bedeutung sei, weil die Entstehung der einzelnen Schadensposten sich zwangsläufig aus der Schadenstatfache selbst ergebe: Bei dem Einsturz eines Hauses muß Schaden im Inneren unvermeidbar werden, muß der Schutt weggeräumt werden und müssen zur Wiederherstellung neue Entwürfe angefertigt werden.

II. Auch bezüglich der Wiederherstellung ist dem Urteil zuzustimmen (vgl. auch RGWArb. u. v., § 251 Anm. 1 und den zweifelhaftesten Fall SenffArb. 75 Nr. 208). Wenn jemand sich selbst außerstande setzt, Wiederherstellung überhaupt vornehmen zu lassen, so darf er auch nicht eine „als-ob“-Rechnung aufmachen, nur weil er glaubt, bei dieser Rechnung besser wegzukommen. Das bürgerliche Recht gewährt Ersatz des im konkreten Falle konkret entstandenen Schadens: Es ist mit dem Gesetz wie mit dem gesunden Rechtsempfinden unvereinbar, daß der Kl. auf der einen Seite sein Grundstück als solches verkauft, also es eben so verwertet, wie es nur ohne Haus verwertet werden kann und dann nachher, nachdem die bauliche Wiederherstellung unmöglich geworden ist, die Ansprüche geltend macht, die den wirklichen Schaden nur dann darstellen würden, wenn der Wiederaufbau noch in Frage käme. In diesem Falle würde er allerdings den für die Wiederherstellung erforderlichen Geldbetrag verlangen können, weil in erster Linie der „Grundsatz der Herstellungspflicht“ gilt (vgl. RGWArb. u. v., § 249 Anm. 1 S. 419 oben mit Nachw.), ohne daß er sich etwa darauf verweisen zu lassen brauchte, daß er das Grundstück vielleicht besser unbebaut verkaufen könne (vgl. RGZ. 76, 146 = JW. 1911, 603). Eine andere vom Kl. im vorl. Falle beanspruchte Berechnungsmethode würde die Einführung der abstrakten Schadensberechnung in das bürgerliche Recht bedeuten, die vom Gesetz eindeutig abgelehnt worden ist, weil auf diesem Gebiet für die Zulassung immerhin spekulativer Berechnungsmethoden, wie sie bei Handelsgeschäften teilweise zwangsläufig sind, kein Grund bestehen kann.

III. Die Frage der Vorteilsausgleichung ist in letzter Zeit häufiger behandelt worden. Walter hat JW. 1937, 846 das Problem der Vorteilsausgleichung gegenüber Haftpflichtansprüchen grundsätzlich behandelt. Er hat m. E. in jedem Falle gezeugt, daß die Einstellung des RG. voll von Widersprüchen ist, auch für den, der dem Lösungsversuch Walters „Unrechnung jeden, aus dem gleichen Ereignis entstandenen Vorteils“ nicht zustimmen kann (vgl. dazu auch Baur: JW. 1937, 1463; Arnold: ArbZ. 1937, 399; Carl das. 402 und Möller, „Summen- und Einzelschaden“, Hamburg 1937). Diese einmal im Zusammenhang zu behandelnden Widersprüche und Folgerungen bedürfen aber hier nicht der Erörterung, weil die vorl. Entsch. sicherlich auch zu diesem Punkte richtig ist. Denn die Tatsache, daß der bauende Nachbar Interesse für das Grundstück hat, hat mit dem Einsturz des Hauses nichts mehr zu tun; der Einsturz hat also die durch dieses Interesse begründete Wertsteigerung nicht hervorgerufen.

Bei dieser Sachlage würde die Unrechnung des durch eine andere Ursachenkette ausgelösten Vorteils auch vom Billigkeitsstandpunkt nicht vertretbar sein.

RA. Carl, Düsseldorf.

*

19. DVG. — § 254 BGB. Zur Frage, in welchem Umfang der Geschädigte zur Verminderung des Schadens mitwirken muß. †)

Zu Unrecht machen die Bekl. dem Kl. den Vorwurf, daß er es unterlassen habe, den Schaden herabzumindern (§ 254 BGB.). Der Kl. hat bereits zwei Tage nach dem Unfall die Bekl. zur Instandsetzung des Wagens aufgefordert und dabei unter genauer Ansetzung seiner Berufstätigkeit darauf hingewiesen, daß er sich einen Ersatzwagen mieten müsse. Er hat dann am 27. und 29. Okt. an die Bekl. geschrieben und auf die Notwendigkeit eines Ersatz-

wagens aufmerksam gemacht. Schließlich hat er am 7. Nov. 1936 nochmals die Versicherungsgesellschaft zu einer Erklärung darüber, ob sie den Schaden ersetzen wolle, aufgefordert.

Erst am 12. Nov. hat dann die Versicherungsgesellschaft sich mit dem Kl. in Verbindung gesetzt, am 13. Nov. ist dann die Reparatur des Wagens in Auftrag gegeben worden. Die während dieser Zeit entstandenen Kosten eines Ersatzwagens gehen allein zu Lasten der Bekl. Der Kl. brauchte, nachdem er den Bekl. und ihrer Versicherungsgesellschaft verschiedentlich geschrieben hatte, nichts weiter zu tun. Man kann insbes. nicht von ihm verlangen, daß er ein Beweissicherungsverfahren hätte einleiten und dann gleich die Reparatur des Wagens hätte in Auftrag geben sollen. Das war durchaus unzumutbar, da er nicht wissen konnte, ob die Versicherungsgesellschaft der Bekl. überhaupt den Wagen reparieren lassen oder ihm Geld zur Anschaffung eines Ersatzwagens geben werde. Wenn der Kl. eine Geldentschädigung vor allem deshalb als möglich schätzte, so kann ihm auch daraus kein Vorwurf gemacht werden, da ihm eine gründliche mit Kosten verbundene Untersuchung des Wagens vor der Stellungnahme der Versicherungsgesellschaft der Bekl. nicht zuzumuten war. Gerade weil er selbst für eine Versicherungsgesellschaft tätig ist, wußte er, daß es unzumutbar war, den Entschließungen der gegnerischen Versicherungsgesellschaft vorzugreifen.

Auch die Dauer der eigentlichen Reparaturzeit geht zu Lasten der Bekl., da vier verschiedene Reparaturfirmen tätig werden mußten, so ist es ohne weiteres verständlich, daß die Reparatur länger als vorgesehen gedauert hat. Daß der Kl. durch ständiges Drängen die Reparaturzeit nennenswert hätte verkürzen können, ist nicht ersichtlich.

(DVG. Celle, Ur. v. 23. Okt. 1937, 6 U 193/37.)

Anmerkung: Der Entsch. kann nicht zugestimmt werden.

Sie betrifft das allgemeine Problem, was vom Geschädigten an Mitwirkung verlangt werden kann, um den Schaden herabzumindern. Was an willensmäßiger Anstrengung gefordert werden kann, damit im Zusammenwirken von Schädiger und Geschädigten der Schaden für Allgemeinheit und Verletzten möglichst gering wird, hat das RG. in einer von mir besprochenen Entsch. VI 145/36: JW. 1937, 2366¹⁹ näher dargelegt. In einer anderen Entsch. VI 334/35: VerfArb. 1936, 289 ist andererseits ausgeführt, daß dem Verletzten, der infolge Mangels an Geldmitteln eine durchgreifende Reparatur unterlasse und eine vorläufige habe machen lassen, nicht der Vorwurf mitwirkenden Verschuldens an einem späteren größeren Schaden gemacht werden könne (vgl. Carl, „Straßenverkehrsrecht“ 1937 Nr. 386). Hier aber wird dem Ersatzberechtigten zugestanden, daß er vor Anerkennung der Ersatzpflicht des Schädigers überhaupt nichts zu tun brauche. Dieser Standpunkt wird aber weder den manchmal erheblichen Schwierigkeiten der Beurteilung der Ersatzfrage noch den berechtigten Belangen des Schädigers gerecht. Von allen Volksgenossen wird Einsatz und Übernahme von Risiko verlangt. So ist auch im Vertragsrecht anerkannt, daß der geschädigte Teil bei Vertragsuntreue des anderen verpflichtet ist, Schaden zu verhüten und zu mindern und sich etwa bei einem Deckungsauf zunächst zu behelfen (RG.: JW. 1937, 1489⁷).

Außerdem hat das obige Urteil sich nicht mit der Frage auseinandergesetzt, daß ja ein etwaiges „Verjähren“ des Geschädigten nicht bei dem schädigenden Ereignis herorgetreten zu sein braucht, sofern es nur bei der Entstehung des Schadens mitgewirkt hat (ständige Rspr.; vgl. JW. 1937, 1057² mit Nachw.). Wenn also der Geschädigte nach seinem übrigen Verhalten von der Berechtigung seines Anspruches überzeugt war und die vorläufige Bezahlung der Reparatur nach seinen Vermögensverhältnissen möglich war, so war die Verzögerung der Auftragserteilung für die Reparatur auf seine freie, aber im Sinne mitwirkenden Verschuldens „schuldhaft“ Entschließung zurückzuführen. Denn Vorsatz oder Fahrlässigkeit wird für die Anwendbarkeit des § 254 BGB. nicht erfordert, es genügt „ein zu mißbilligendes Verhalten bei Wahrung eigener Belange“ (vgl. RGZ. 112, 284 = JW. 1926, 1436 und JW. 1937, 1057³).

Abzulehnen ist also sicherlich der Standpunkt des DVG., daß der Kl. den Wagen nicht habe unteruchen lassen müssen; das war das mindeste, was von ihm verlangt werden konnte und mußte. Darüber hinaus wird aber in solchen Fällen vom Verletzten die Darlegung verlangt werden müssen, aus welchem Grunde bei einem Mann dieser Stellung unzumutbar sein sollte, daß er zunächst einmal die Reparatur in Auftrag gibt. Ein solcher Fall kann natürlich gegeben sein, wenn etwa die Reparatur so hohe Kosten verursacht, daß der Verletzte sie ohne wirtschaftlich nicht vertretbare Schuldaufnahme nicht tragen kann. Aber wenn jemand, wie hier, für einen Ersatzwagen über 700 RM Schulden eingehen kann und das auch tut, so bedarf die Frage sorgfältigster Prüfung,

ob nicht unter Berücksichtigung der oben angeführten Grundsätze der Rspr. ihm auch angefallen werden konnte, das Risiko der Reparatur nach gründlicher Besichtigung des Wagens auf sich zu nehmen. Die Ungewißheit, ob man Ersatz für eine Aufwendung erhält, berechtigt nicht zur Untätigkeit und hat ja auch den Verletzten im vorl. Falle nicht davon abgehalten, die Kosten des Ersatzwagens zunächst auf sich zu nehmen.

Die mehrfache Betonung des Rechts, nichts zu tun und mit beschränkten Armen die Entschließung der gegnerischen Versicherung abzuwarten, berücksichtigt im Übermaß das Interesse des Verletzten an einer *Sicherheit* der Rückzahlung seiner Aufwendungen und nimmt ihm in nicht vertretbarer Weise die Verantwortung für die eigene Entschließung ab, sie steht aber auch mit den angeführten Urteilen des RG. nicht in Einklang. *Mitteilbar* ergibt sich die Unrichtigkeit dieser Auffassung auch aus der Entsch. VI 334/35, wo ja nur die *Unzulänglichkeit* einer Reparatur deshalb dem Geschädigten nicht als Verschulden angerechnet worden ist, weil der Mangel an Geldmitteln ausdrücklich festgestellt ist und gleichzeitig auch der Versuch, im Rahmen der vorhandenen Mittel den Schaden zu vermindern, unternommen war.

RA. S. Carl, Düsseldorf.

20. RG. — § 275 BGB. Nach der Rspr. des RG. (vgl. RGZ. 107, 15 = JW. 1923, 826) ist eine Verurteilung zu einer festgestelltermäßig objektiv unmöglichen Leistung widersinnig und darf deshalb nicht ausgesprochen werden. Einer nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden Unmöglichkeit steht aber das spätere Unvermögen des Schuldners zur Leistung gleich (§ 275 Abs. 2 BGB.). Demnach muß zutreffendfalls dem Unvermögen dieselbe Wirkung beigegeben werden wie der Unmöglichkeit (RGZ. 52, 92 [95]): Zu einer Leistung, von der *feststeht*, daß gerade der Schuldner sie nicht erbringen kann, darf nicht mehr verurteilt werden (Urt. v. 25. Nov. 1924, VI 235/24). Die Vertretungspflicht des Schuldners ändert daran nichts. Sie verwehrt ihm nur die Zulassung zum Beweis seines nachträglichen Unvermögens, wenn dieses bestritten und *nicht* festgestellt ist (RGKomm., Bem. 1 und 5 zu § 275).

(RG., V. ZivSen., U. v. 20. Okt. 1937, V 47/37.) [v. B.]

21. RG. — §§ 389, 812 BGB.

1. Wenn der Vekl. gegenüber der Klageforderung mit wirklichen Gegenforderungen aufgerechnet hat, dann ist die Klageforderung damit erloschen; eine vom Kl. gegenüber den Gegenforderungen nachträglich erklärte Aufrechnung ist daher unwirksam.

2. Wenn eine Gesellschaft eine fremde Schuld bezahlt, ohne dem Schuldner gegenüber zur Zahlung verpflichtet zu sein, dann ist dieser auf Kosten der Gesellschaft bereichert, nicht auf Kosten der einzelnen Gesellschafter, deren Gewinn durch die Zahlung verringert worden ist.

Die beklagte Firma war früher eine KommGes. Die Kl. war Gesellschafterin der KommGes. Sie schied im Jahre 1933 aus der Gesellschaft aus. Alleinhaber der beklagten Firma ist jetzt Dr. B. Die Kl. und ihr inzwischen verstorbener Ehemann haben im Jahre 1920 der KommGes. ein Fabrikgrundstück nebst Wasserkraftanlage verpachtet. Die Kl. hat gegen die Vekl. Klage erhoben auf Zahlung rückständiger Pacht. Die Vekl. hat die geltendgemachte Forderung der Höhe nach bestritten und mit Gegenforderungen aufgerechnet. BG. und VG. haben die Klage abgewiesen. Die Rev. der Kl. war erfolglos.

Das VG. hat festgestellt, daß die Vekl. mit dem Pachtzins in Höhe von 11 000 RM im Rückstand war. Es hat die im Prozeß erklärte Aufrechnung der Vekl. in folgenden Fällen durchgreifen lassen:

a) Die Vekl. hat im Laufe der Jahre an Grund- und Haussteuern etwa 70 000 RM bezahlt. Die Parteien haben darüber gestritten, ob die Vekl. oder der Verpächter zur Begleichung dieser Steuern verpflichtet sei. Das VG. hat die Verpflichtung der Vekl. verneint und deshalb die Rückforderung der gezahlten Beträge als berechtigt anerkannt. Die Rev. beanstandet diese Auslegung des Vertrages, wonach die Vekl. jene Steuern nicht zu tragen hat, nicht.

b) Aus der Unterhaltung der Wasserkraftanlage sind Rechtsstreitigkeiten auf Schadensersatz entstanden, welche Dritte

gegen die Firma oder die Gesellschafter geführt haben. Diese Prozesse haben vor der Verpachtung der Anlage begonnen und rund 10 000 RM Kosten verursacht, welche die Vekl. bezahlt hat und von der Kl. erstattet verlangt. Das VG. hält die Kl. als Eigentümerin der Anlage für erstattungspflichtig.

Die Rev. macht u. a. folgendes geltend:

1. Das VG. habe den Vortrag der Kl. übergegangen, daß die Vekl. nach dem Tode des Ehemanns der Kl., der ebenfalls Gesellschafter der KommGes. gewesen sei, dessen Gehaltsentnahme für die Zeit vom Januar bis September 1927 mit 31 500 RM unberechtigt zurückerstattet habe und der Kl., die ihren Ehemann beerbt habe, diesen Betrag gutbringen müsse. Mit diesem Posten habe die Kl. gegenüber etwaigen Forderungen der Vekl. aufgerechnet.

Das VG. hat jedoch allgemein dargelegt, daß es nicht anständig ist, wenn die Kl., nachdem die Vekl. gegen die eingeklagte Forderung bereits aufgerechnet hatte, nunmehr den Gegenforderungen der Vekl. ihrerseits andere Ansprüche zur Aufrechnung gegenüberstellt. Das gilt auch für den Anspruch aus der behaupteten Rückbuchung von Gehalt. Die Rev. meint allerdings, der Rechtsstandpunkt des VG. sei verfehlt. Es sei selbstverständlich, daß die Kl. die Gegenforderungen der Vekl. durch Aufrechnung mit weiteren Forderungen bekämpfen dürfe, auch wenn diese neuen Ansprüche nicht auf dem Pachtverhältnis beruhten. Hier aber irrt die Rev. Allerdings kommt es nicht darauf an, aus welchem Rechtsgrunde die Kl. weitere Ansprüche erhebt, die sie zur Aufrechnung verwendet. Aber ihre eigene Aufrechnung kann keine Wirkung mehr haben, soweit die Vekl. zeitlich zuerst aufgerechnet hatte und dadurch der eingeklagte Anspruch getilgt (§ 389 BGB.), deshalb also auch in gleicher Höhe die von der Vekl. zur Aufrechnung gestellten Gegenforderungen erloschen waren; denn insoweit stand den neuen Ansprüchen der Kl. zur Zeit ihrer Aufrechnung keine Gegenforderung mehr gegenüber. Nur um eine besondere Gegenforderung der Kl., nicht um einen bei Berechnung des Bereicherungsanspruchs der Vekl. zu berücksichtigenden Rechnungsposten handelt es sich auch bei der angeblich zu Unrecht geschehenen Rückbuchung von Gehaltsbeträgen; denn sie steht in keinem Zusammenhang mit den Vorgängen, die zum Bereicherungsanspruch der Vekl. geführt haben.

2. Ferner macht die Rev. geltend, die von der Vekl. aufgerechneten Gegenforderungen seien Bereicherungsansprüche und beständen nur zu einem Teil, da die Bereicherung nicht auf Kosten des jetzigen Alleinhabers der beklagten Firma, sondern auf Kosten der jeweiligen Gesellschafter, insbes. der Kl., eingetreten sei. Wären die Beträge von der Vekl. nicht ohne Rechtsgrund gezahlt worden, sondern im Gesellschaftsvermögen geblieben, so würden die Bilanzen einen entsprechend höheren Gewinn für die Gesellschafter ergeben haben, der ihnen bei der wirklichen Entwicklung entgangen sei. Deshalb müsse der Hauptanteil der Bereicherungsforderung, nämlich drei Viertel, der Kl. zufallen und abgesetzt werden.

Diese Klüge bedarf keiner endgültigen Entsch. Selbst wenn man dem Gedankengange der Rev. folgt, ist der Gewinn, der anderen Gesellschaftern als der Kl. entgangen ist, aus der Betrachtung ohne weiteres auszuscheiden. Diese Gesellschafter mögen selbst Ansprüche gegen die Vekl. haben, wenn und weil die Vekl. grundlos bewirkte Zahlungen zurückerhält. Das ändert nichts daran, daß die Bereicherung der Kl. oder ihres Erblassers unmittelbar aus dem Vermögen der Vekl. herrührt, deshalb auf ihre Kosten eingetreten ist. Die Ansprüche anderer Gesellschafter geltendzumachen fehlt der Kl. aber jede Befugnis. Nur soweit die Kl. behauptet, der Betrag des Bereicherungsanspruchs sei ihr zu drei Vierteln selbst entgangen, weil sie den Betrag sonst in dieser Höhe als Gewinnauszahlung erhalten hätte, könnte die Rechtslage vielleicht anders sein. Ihr braucht aber nicht nachgegangen zu werden, denn in dem für die Kl. günstigsten Fall könnte nur die Kürzung des vom VG. ermittelten Bereicherungsanspruchs von im ganzen 79 105,98 RM um $\frac{1}{4}$, also um 59 329,48 RM, das Ergebnis sein. Dann bliebe von der Gegenforderung der Vekl. immer noch ein Rest von 19 776,50 RM, der die Klageforderung übersteigt, also tilgt.

(RG., IV. ZivSen., U. v. 4. Okt. 1937, IV 217/36.) [R.]

22. BG. — § 570 BGB. enthält nicht zwingendes, sondern nachgiebiges Recht. Verzicht auf das Kündigungsrecht durch den Beamten ist zulässig.

Der Kl. vermietete an den Bekl. durch Vertrag v. 23. Juli 1935 seine Wohnung in M. Der Bekl. war dort als Lehrer angestellt. In dem Mietvertrag wurde u. a. folgendes bestimmt:

„§ 6: Die Mietzeit läuft vom Einzugsdatum 1935 gerechnet fünf Jahre bis 1940. Sollte Herr Sch. in dieser Zeit behördlicherseits versetzt werden, so ist er verpflichtet, anderweitige Mieter nachzuweisen, die diesen Mietvertrag anerkennen und den Vermietern angenehm sind!

§ 8: Eine Vertragsauflösung innerhalb der oben erwähnten fünf Jahre ist beiderseits nicht möglich. Jegliche mündliche Vereinbarung oder Vergünstigung ändert keinesfalls diesen Vertrag!“

Mit Wirkung v. 1. April 1937 wurde der Bekl. auf eigenen Wunsch versetzt. Er kündigte daraufhin den Mietvertrag zum 1. Juni 1937.

Der Kl. verlangt von dem Bekl. die Miete für Juni 1937. Er behauptet, der Bekl. habe ihm keinen anderen Mieter vorgewiesen. Im übrigen ist er der Ansicht, daß dem Bekl. ein Recht zur Kündigung vor Ablauf der fünfjährigen Mietzeit nicht zustehe, da er im Mietvertrag ausdrücklich darauf verzichtet habe.

Der Bekl. hat Widerklage erhoben mit dem Antrage, festzustellen, daß das zwischen den Parteien am 23. Juli 1935 abgeschlossene Mietverhältnis beendet ist.

Der Bekl. meint, der in den §§ 6 und 8 des Mietvertrages liegende Ausschluß der Kündigung aus § 570 BGB. sei unwirksam. Denn das darin gewährte besondere Kündigungsrecht sei im öffentlichen Interesse gegeben. Auf dieses Vorrecht könne nicht verzichtet werden. Außerdem sei er bei Abschluß des Mietvertrages in einer Zwangslage gewesen. Er habe die Wohnung bereits bezogen gehabt, als ihm der Mietvertrag vom Kl. vorgelegt sei. Eine andere Wohnung habe er nicht bekommen können.

Beide Instanzen haben dem Klageantrage stattgegeben.

Da unter den Parteien unstreitig ist, daß der Bekl. die im § 6 des Mietvertrages übernommene Verpflichtung zur Beschaffung eines anderen Mieters nicht erfüllt hat, hängt der Ausgang des Rechtsstreits davon ab, ob der Verzicht auf das Kündigungsrecht des § 570 BGB., den der Bekl. im § 8 des Mietvertrages ausgesprochen hat, wirksam ist.

Das BG. hält den § 570 BGB. in Übereinstimmung mit dem RG. nicht für zwingendes, sondern für nachgiebiges Recht. Diese Ansicht ist bis zum Jahre 1935 auch in Rpr. und Wissenschaft ausnahmslos vertreten worden. Auch die aus dem Jahre 1937 stammenden neuesten Auflagen der Komm. von Soergel und *Chilless-Greif* zu § 570 BGB. vertreten noch diesen Standpunkt. Im Gegensatz hierzu steht die Entsch. des OLG. Berlin v. 3. Juni 1935: JW. 1935, 2659⁶² mit zust. Bespr. von *Noquette*. Das OLG. Berlin meint, das besondere Kündigungsrecht sei den Beamten nicht allein in ihrem Interesse, sondern zugleich und vor allem im öffentlichen Interesse gegeben worden. Deshalb könne der Beamte darauf nicht verzichten.

Die Ansicht des OLG. Berlin überzeugt nicht.

Der § 570 BGB. knüpft an den § 376 I 2 MN. an. Danach wurde jedem Mieter ein außerordentliches Kündigungsrecht gewährt, wenn er durch eine „nicht freiwillige Veränderung in seiner Person“ außerstande kam, die Mietsache weiterhin zu gebrauchen. Das BGB. übernahm diesen Grundsatz, schränkte ihn aber auf die im § 570 BGB. genannten Personen ein, denen damit ein „Vorrecht“ gewährt wurde. Dieses Vorrecht wurde also nicht mit Rücksicht auf Staatsinteressen geschaffen. Es kann auch nicht zweifelhaft sein, daß grundsätzlich auf ein Vorrecht von jedem dadurch Begünstigten verzichtet werden kann. Für das Vorrecht aus § 570 BGB. ergibt sich das außerdem aus seiner Stellung im Schuldrecht, dessen Bestimmungen die Vermutung der Abänderbarkeit für sich haben. Dementsprechend gehen auch die Materialien des Gesetzes davon aus, daß die Vorschrift nachgiebiges Recht enthalte.

Ist nach alledem der gesetzgeberische Grund für die Einführung des außerordentlichen Kündigungsrechts die Rücksicht auf die veränderten Umstände in der Person des Beamten, so kann auf der anderen Seite zwar nicht verkannt werden, daß dieses Vorrecht auch dem Interesse des Staates dient. Die hier zu entscheidende Frage ist deshalb, ob die Staatsinteressen nach nationalsozialistischem Rechtsempfinden erfordern, die als nachgiebige Rechtsform geschaffene Bestimmung des § 570 BGB. als unanwendbar anzusehen.

Der vom OLG. Berlin dazu angeführte Gesichtspunkt, die

Behörde erlange auf Grund des § 570 BGB. größere Freiheit in der Auswahl der Personen bei Besetzung der öffentlichen Ämter und in der Förderung des Beamten in seiner Laufbahn, überzeugt nicht. Es ist nicht einzusehen, weshalb die Behörde durch § 570 BGB. in ihren Entsch. gehemmt werden könnte. Kraft ihres Hoheitsrechts übt sie im Rahmen der Gesetze das Versetzungsrecht aus, ohne im einzelnen Falle Rücksicht darauf nehmen zu können, ob der Beamte durch langfristigen Mietvertrag gebunden ist oder nicht. Das Interesse, das der Staat an einer leichten Versetzungsmöglichkeit seiner Beamten hat, wird dadurch, daß § 570 BGB. nachgiebiges Recht darstellt, in keiner Weise berührt. Soweit die Versetzung, wie hier, auf eigenen Antrag erfolgt, fällt dieses Interesse ohnehin aus und ist im anderen Falle schon dann befriedigt, wenn die Versetzung ausgesprochen, das Kündigungsrecht daher noch gar nicht zur Auswirkung gekommen ist.

Freilich hat der Staat auch ein Interesse daran, den Aufwand für den Umzug seiner Beamten möglichst zu verringern. Für die Frage jedoch, ob § 570 BGB. zwingendes oder nachgiebiges Recht enthält, kann nicht entscheidend sein, ob die betroffene Person vom Staat Umzugskosten ersetzt bekommt oder nicht, insbes. ob die versetzende Behörde einen Zuschuß infolge unfündbarer Mietverträge des Beamten zu leisten verpflichtet ist oder nicht. Abgesehen davon, würde dieses finanzielle Interesse des Staates auch so gering sein, daß es gegenüber den berechtigten Belangen der übrigen Beteiligten, insbes. des Vermieters, nicht ins Gewicht fallen könnte.

Endlich hat der Staat auch ein Interesse daran, daß seine Beamten nicht durch doppelte finanzielle Belastung in ihrer Arbeitskraft und -freude gehindert werden. Daß aber auch dieses Interesse für die hier maßgebliche Frage nicht entscheidend gewertet werden kann, ergibt sich aus der Möglichkeit des nachträglichen Wegfalls des Kündigungsrechts. So hat der Beamte sein Kündigungsrecht verwirkt, wenn er es nicht zum frühestmöglichen Termin ausübt. Es ist ihm aber auch völlig freigestellt, ob er überhaupt von der gesetzlichen Möglichkeit Gebrauch machen will. Die Bemerkung des OLG. Berlin, es könne nicht in die Hände der Parteien gelegt werden, ob das öffentliche Interesse gewahrt bleibe oder nicht, ist deshalb hier sehr am Platze. Kraft ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung hat der Beamte es in der Hand, ob er insoweit das Interesse des Staates wahren will oder nicht. Dieses Interesse des Staates reicht aber niemals weiter als das des Beamten selbst. Wenn dieser einen Verzicht für tragbar hält, kann ihn der Staat daran ebenso wenig hindern, wie an der Eingehung sonstiger, den Beamten übermäßig belastender Verpflichtungen.

Die öffentlichen Interessen verlangen daher eine Entsch. in dem Sinne, daß der § 570 BGB. zwingender Natur ist, nicht. Auf der anderen Seite würde es aber in den meisten Fällen für den Vermieter eine unbillige Härte bedenten, wenn ihm der Abschluß langfristiger Mietverträge mit Beamten durch eine solche Entsch. versagt würde. Wenn das OLG. Berlin annimmt, ein Beamter scheide für solche Mietverhältnisse, bei denen der Vermieter auf einen langfristigen Vertrag angewiesen sei, aus und das sei nicht zu beanstanden, so mag es damit für die Verhältnisse in Berlin vielleicht recht haben, weil dort die Möglichkeit besteht, daß der Beamte sich eine andere Wohnung sucht. Wenn aber, wie hier, ein verheirateter Beamter in einen kleinen ländlichen Ort versetzt wird, so ist es meistens sehr schwer, eine entsprechende Wohnung zu finden, wenn nicht eine Dienstwohnung zur Verfügung steht. In vielen Fällen wird sich die Notwendigkeit ergeben, eine passende Wohnung erst durch Um- oder Neubau zu gewinnen. Entweder zahlt dann der Mieter die Umbaukosten oder der Vermieter sichert sich durch langfristigen Mietvertrag dagegen, daß er bei Versetzung des Beamten die von ihm aufgewendeten Kosten nicht umsonst gehabt hat.

Ein Aushalten des Bekl. an dem Vertrage erscheint auch um deswillen schon gerechtfertigt, weil der Bekl. ausweislich seiner Karte v. 21. April 1937 an den Kl. bereits seit zwei Jahren — demnach seit Vertragsbeginn — mit einer Versetzung rechnete. Er ist also den Vertrag eingegangen, obschon er damit rechnete, daß er ihn nicht würde aushalten können.

Endlich ist der Ausschluß der Kündigung auch nicht um deswillen unwirksam, weil der Bekl. in einer gewissen Notlage gehandelt hat. Wenn seine Behauptung, er habe in der Wohnung bereits gewohnt und eine andere nicht finden können, als ihm der schriftliche Vertrag zur Unterschrift vom Kl. vorgelegt sei, richtig wäre, würde das eine Anwendung des § 138 Abs. 2 BGB. nicht rechtfertigen. Daß hier nicht von der Ausbeutung einer Notlage, wie es das Gesetz vorschreibt, gesprochen werden kann, ergibt sich schon daraus, daß der Bekl. selbst nicht behauptet, daß er sich gegen den Verzicht auf das Kündigungs-

recht gewährt habe. Im übrigen war der Kl. in der gleichen Zwangslage, da er für den Neubau der Wohnung einen langfristigen Kredit aufgenommen hatte, der durch die Mietentnahmen gedeckt werden sollte. Er mußte deshalb einen langfristigen Vertrag abschließen, um die Mittel für den Umbau aufzubringen.

(LG. Auzich), Urt. v. 10. Nov. 1937, S 148/37.)

*

23. RG. — § 909 BGB. Vertiefung des Grundstücks durch Wasserförderung. Stützverlust des Bodens infolge Beeinträchtigung der Tragfähigkeit von Pfahlrosten. Auch bei einer dauernden Wasserförderung aus einem Grundstück kann die eine Voraussetzung des § 909 BGB. gegeben sein, nämlich ein Vertiefen des Grundstücks, in dem der Brunnen steht und aus dem geschöpft wird. Aber auch eine Beeinträchtigung der Tragfähigkeit des Pfahlrostes durch Fäulnis, verursacht durch eine Senkung des Grundwasserspiegels infolge der dauernden Wasserentnahme, kann rechtlich als Stützverlust des Grundstücksbodens i. S. des § 909 BGB. angesehen werden. †)

Die Kl. ist Eigentümerin von Fabrikgebäuden, die in H. zwischen der Bille und dem Billbrook-Kanal liegen. Die Gebäude sind über Moorboden errichtet und auf Reihen von Holzpfählen gegründet, die in festes Erdreich hinabgetrieben wurden. In der Nähe des Fabrikgrundstücks hat die Bekl. (ein Wasserwerk) vor Jahren eine Anzahl von Brunnen angelegt. Aus diesen pumpt sie Grundwasser zur Wasserversorgung der Stadt H. zu etwa $\frac{1}{3}$ des dortigen Gesamtbedarfs auf. Die Kl. behauptet: Dadurch sei allmählich der Grundwasserspiegel so weit gesenkt worden, daß die Holzpfähle, die zur Erhaltung ihrer Tragfähigkeit vollständig im Grundwasser stehen müßten und auch früher gestanden hätten, über den Grundwasserspiegel herausragten und verfault seien. Weiter seien infolge der Grundwasserentziehung die Bodenschichten, in denen die Pfähle ihren Halt gefunden hätten, in Bewegung geraten, so daß sich die Pfahlgründungen verschoben hätten. Infolge der so herbeigeführten Zerstörung der Fundamente seien Schäden an den Gebäuden entstanden und weiter zu erwarten.

Die Kl. begehrt Schadenersatz.

Die Bekl. bestreitet, Schäden an den Gebäuden der Kl. herbeigeführt zu haben.

Die Kl. ist bisher unterlegen. RG. hob auf und verwies an das BG. zurück.

Die Frage nach der Rechtmäßigkeit der Grundwasserbenutzung ist zunächst eine solche des Wasserrechts (RW. 1913, 267; 1932, 1046), das der Landesgesetzgebung überlassen geblieben ist (Art. 65, 218 GGWB.). Da aber in H. diesbezüglich weder Vorschriften des Hamburger Rechts, noch solche des Gemeinen Rechts eingreifen, besteht grundsätzlich die Befugnis der Bekl., über das in ihrem Gelände befindliche und aus ihm zu schöpfende Grundwasser frei zu verfügen (§§ 903, 905 BGB.). Rechtswidrig wird solches Grundwasser fördern jedoch dann, wenn durch die Art der Ausübung dieses Rechts gegen Vorschriften verstossen wird, die zum Schutz des Nachbarn bestehen. Als solche kommt die des § 909 BGB. in Betracht: „Ein Grundstück darf nicht in der Weise vertieft werden, daß der Boden des Nachbargrundstücks die erforderliche Stütze verliert.“ Das BG. will sie hier schon deswegen nicht anwenden, weil im Tun der Bekl. kein Vertiefen ihrer Grundstücke liege. Dazu erwägt es: In der Rspr. sei der § 909 BGB. in Fällen angewandt worden, wo das Grundwasserpumpen in Verbindung mit Brunnenbauten geschehen sei, um so die Brunnenvertiefung herstellen zu können. Hier aber erfolge die Grundwasserentnahme zur Trinkwasserversorgung und nicht mit dem Endzweck der Herstellung der Vertiefung. Da bestche kein Zusammenhang des behauptungsweise anzunehmenden Stützverlusts bei der Kl. mit dem Vertiefen, sondern lediglich ein solcher mit der Dauerentnahme von Grundwasser.

Diese Ausführungen fassen jedoch den Begriff des „Vertiefens“ zu eng auf. Mag man auch im Grundwasserschöpfen, für sich allein, kein Vertiefen der Grundflächen, in denen die Brunnen stehen, erblicken, so darf doch das jetzt stattfindende Pumpen nicht völlig losgelöst vom

Brunnengraben betrachtet werden. Wie das BG. erwähnt, wurde in der Rspr. des RG. der Tatbestand des Vertiefens i. S. des § 909 BGB. in zahlreichen Fällen als erfüllt angesehen, wo in Verbindung mit der Anlegung von Brunnen, Kanalisationen, Baugruben Wasser gepumpt worden war, um die Durchführung der Arbeiten zu ermöglichen, auch wenn dabei nicht das Ausgraben für sich, sondern erst die mit diesem in Verbindung stehende Wasserentnahme dem Nachbargrundstück schädlich geworden war (RG. 62, 370; JW. 1910, 150; 1911, 939; 1936, 804¹⁶; Gruch. 58, 662). Allerdings enthält das am 7. Dez. 1911: V 280/12 ergangene Urteil (RW. 1913, 267 = Warn. 1913, 96) die Bemerkung, das Graben eines Brunnens bilde keine Vertiefung i. S. des § 909 BGB. Das stimmt aber nicht mit dem Inhalt der sonstigen Rspr. des erf. Sen. überein und ist nicht zu billigen.

Der vorl. Fall enthält, wenn die Behauptungen der Kl. über die Einwirkungen des Tuns der Bekl. auf ihr, der Kl., Grundstück als richtig unterstellt werden, darin eine von der Sachlage in den früher entschiedenen Fällen abweichende Besonderheit, daß die Anlegung der Brunnen, also das, was als Vertiefung anzusehen ist, ohne Schädigung des Nachbargrundstücks vollendet wurde. Unschädlich blieb das Fortbestehen der Vertiefungen für sich allein. Erst nach jahrelangem Betriebe des Wasserwerks trat die Schädigung ein, die auf dem Herausziehen des Wassers in großen Mengen beruhte. Trotz des zeitlichen Abstandes steht dies Wasserschöpfen doch noch im Zusammenhang mit der Anlegung der Brunnen. Jenes war gerade das Ziel dieser früheren Arbeit. Diese Zwerderrfüllung bringt den Schaden. So besteht ein natürlicher Zusammenhang zwischen den Vertiefungsarbeiten des Brunnengrabens und einer späteren Beeinträchtigung der Kl. durch die Grundwasserentziehung. Eine andere Auffassung könnte Platz greifen, wenn etwa eine Wasserentziehung zu der längst abgeschlossenen Brunnenanlegung durch ein unbeabsichtigtes und nicht vorausgesehenes Zufallsereignis (vielleicht eine geologische Veränderung) hinzutreten und diese Entziehung, zwar ermöglicht durch das Vorhandensein der Brunnen, aber ohne daß sie von dem Erbauer gewollt und vorausgesehen war, ein Nachbargrundstück beeinträchtigen sollte. Weil das im vorl. Falle stattfindende Wasserschöpfen nicht nur rein gedanklich in ursächlichem Zusammenhange mit der Brunnenanlegung steht, sondern weil das spätere Wasserfördern deren von vornherein ins Auge gefaßtes Ziel, der Zweck der Bauarbeit war, muß auch rechtlich beides zusammengekommen und als Handlungseinheit aufgefaßt werden. Aus diesem Grunde ist eine der Kl. durch die gegenwärtig stattfindende Wasserentnahme etwa zugefügte Schädigung als durch die Anlegung der Brunnen, das „Vertiefen“ verursacht anzusehen.

Ist so hinsichtlich der Wasserförderung die eine Voraussetzung für Anwendung des § 909 BGB. gegeben, nämlich ein Vertiefen der Grundstücke der Bekl., in denen die Brunnen stehen und aus denen geschöpft wird, so bleibt doch noch die Frage offen, ob der Boden des Nachbargrundstücks infolge des von der Bekl. ausgeübten Wasserpumpens die erforderliche Stütze verloren hat. Die Kl. hatte behauptet: Die Austrocknung des Bodens habe Bewegungen des Untergrunds ihrer Bauten und damit Störungen im Gleichgewicht der Gebäude zur Folge gehabt. Ferner sei durch die Wasserentnahme der Bekl. der Grundwasserspiegel so weit gesenkt worden, daß die Holzpfähle, die zur Erhaltung der Tragfähigkeit im Grundwasser stehen müßten, nun darüber herausragten und durch häufig wiederholtes Steigen und Sinken des Wassers mit der sich daraus ergebenden abwechselnden Durchfeuchtung und Austrocknung verfault seien.

Keiner weiteren Darlegung bedarf es, daß der zuerst geschilderte Sachverhalt, mag es sich dabei um ein Versinken oder eine sonstige Bewegung des die Gebäude oder den Pfahlrost tragenden Untergrunds handeln, einen Stützverlust des Bodens bedeuten würde. Die Stellungnahme des BG. zu dieser Behauptung in tatsächlicher Hinsicht ist nicht völlig eindeutig. Zunächst wird gesagt, die Behauptung, daß die tragenden Bodenschichten in Bewegung geraten seien, sei

widerlegt. Dann aber folgt ein Satz des Inhalts, diese Frage könne unentschieden bleiben. Es bedarf indessen keiner Erörterung, wie das Urteil des BG. in diesem Punkt zu verstehen ist. Denn jedenfalls steht diese Behauptung für die neu zu eröffnende Tatsacheninstanz offen. Das BG. muß sich, ohne irgendeine Bindung, erneut mit ihr befassen.

Aber auch eine Beeinträchtigung der Tragfähigkeit des Pfahlrostes durch Fäulnis, verursacht durch eine von der Befl. bewirkte Senkung des Grundwasserspiegels, könnte rechtlich als Stützverlust des Bodens angesehen werden. Der Rost kann, soweit ersichtlich, bautechnisch zwei voneinander zu unterscheidende Aufgaben haben: Er kann dazu dienen, dem unsicheren Baugrund Halt zu geben, damit der nun so gesicherte Boden das Gebäude trage. Dann bewirkt ein Anfaulen der Pfähle ohne weiteres einen Stützverlust für den Boden des Nachbargrundstücks. Oder aber das Gebäude ist völlig auf dem Pfahlrost gegründet, der seinerseits bis in das feste Erdreich hinabgeht und dort nach wie vor seinen festen Halt findet. Alsdann wären die von Fäulnis ergriffenen Pfähle als Teile des Gebäudes, als vertiefte Fundamente anzusehen. Dann liegt die Sache so, daß dieser Bauteil zu seiner Erhaltung einer bestimmten Beschaffenheit des ihn umgebenden Bodens bedarf, nämlich daß dieser Boden dauernd mit Grundwasser durchsetzt sei. Diese Vorbedingung für einen so anzulegenden Bau war ursprünglich vorhanden. Deswegen konnte gerade so, mit dieser Fundamentierung gebaut werden. Ist nun eine zum Faulen des Rosts führende Grundwasser senkung eingetreten, so wurde dadurch der Boden derart verändert, daß er seine diesen mit Pfählen gegründeten Bau tragende Aufgabe nicht mehr erfüllt. Er hat dann seine ursprünglich vorhandene Eignung verloren, einem so errichteten Gebäude in einem wichtigen Teil, dem Rostfundament, eine zur Erhaltung nötige Umgebung und damit eine tragfähige Unterlage zu bieten. Eine solche Veränderung der natürlichen Bodenbeschaffenheit ist, auch wenn damit keine Bewegung des Erdreichs verknüpft sein sollte, doch als Stützverlust des Grundstücksbodens i. S. des § 909 BGB. anzusehen. Unwesentlich wäre dabei, wenn, was in der mündlichen Verhandlung vom Vertreter des RevBefl. erörtert wurde, nicht so sehr die Senkung des Grundwasserspiegels für sich allein, als vielmehr die Abwechslung in der Durchfeuchtung und Austrocknung zur Fäulnis geführt haben sollte. Denn auch dann bleibt es dabei, daß die natürliche Beschaffenheit des ursprünglich zu solcher Fundamentierung geeigneten Bodens infolge der Grundwasser senkung zum Schaden der Nachbarn verändert wurde.

Da nach den früheren Ausführungen der Grund, aus dem das BG. zur Klageabweisung gelangt ist, rechtlich nicht zu billigen ist und da ein Eingreifen des § 909 BGB. auch nicht aus anderen Gründen (§ 563 ZPO.) von vornherein zu verneinen ist, bedarf die Sache erneuter tatsächlicher Prüfung durch das BG. Sollten die Voraussetzungen des § 909 BGB. bestehen, so wäre doch eine Abwehrklage (§ 1004 BGB.) wegen der Gemeinnützigkeit des Betriebs der Befl. undurchführbar. Dafür könnte dann ein vom Verschulden der Befl. unabhängiger Schadensersatzanspruch bestehen.

(RG., V. ZibSen., II. v. 13. Okt. 1937, V 64/37.) [v. B.]

Anmerkung: Die Entsch. unterliegt sowohl hinsichtlich ihres Ergebnisses als auch ihrer Begründung erheblichen Bedenken. Zunächst erscheint die Ausdehnung des Begriffs der Vertiefung i. S. des § 909 BGB. auf das „Brunnengraben“ — in Wirklichkeit handelt es sich wohl um ein Bohren von Brunnen — nicht haltbar. Die Bezugnahme der Entsch. auf die sonstige RG- Rspr. ist nicht begründet, da die sämtlichen angeführten sonstigen RG-Entsch. RGZ. 62, 370 usw. nach ihrem Tatbestand eine tatsächliche Vertiefung im Wortsinne voraussetzen, zu deren Ausführung die Grundwasser senkung unerlässliche Vorbedingung war. Dort konnte das Vorliegen einer Vertiefung i. S. des § 909 nicht beanstandet werden, wiewohl der Schaden nicht auf die Vertiefung als solche, sondern auf die dazu erforder-

liche Grundwasser senkung zurückgeführt wird. Der Tatbestand der vorl. Entsch. deckt sich in Wirklichkeit vollkommen mit der ebenfalls angeführten, jedoch zu Unrecht abgelehnten Entsch. v. 7. Dez. 1912 (ZB. 1913, 267), bei welcher Klageabweisung erfolgte, weil eine tatsächliche Grundstücksvertiefung nicht vorgenommen, sondern ebenfalls lediglich für die Wasser versorgung Wasser gefördert war. Das Ergebnis beider Entsch. steht somit in direktem Gegensatz zueinander.

Schon die RG-Entsch. desselben Senats v. 16. Juni 1937 (ZB. 1937, 2594), nach deren Tatbestand der Baugrund des geschädigten Hauses infolge Ansteigerung des Grundwassers aufgetrieben und hierdurch Schaden entstanden — d. h. also die bisherige Stütze beeinträchtigt — war, und in deren Begründung zutreffend bemerkt ist, daß man die in § 909 für einen klar umschriebenen Sonderfall getroffene Regelung nicht bei anderen Tatbeständen entsprechend anwenden sollte, hätte im vorl. Fall das getroffene Ergebnis verbieten müssen. Der gesetzgeberische Grund für das in § 909 getroffene Verbot ist der, daß die Tiefverlegung eines Grund und Bodens nach allgemeiner Erfahrung für jedes benachbarte Grundstück die Gefahr der Versackung mit sich bringt. Das Verbot würde auch dann Platz zu greifen haben, wenn die Vertiefung erst nach vorheriger Grundwasser senkung möglich ist, und diese nach allgemeiner Erfahrung die gleiche allgemeine Gefährlichkeit besäße. Daß letzteres gar nicht zutrifft, sei hier zunächst unberücksichtigt. Daß aber die Herstellung von Brunnen der vorl. Art, die regelmäßig Bohrlöcher von 30 oder 40 cm Durchmesser erfordern, irgendwie eine Gefahr für das benachbarte Grundstück mit sich brächte, wird niemand behaupten. Hinzukommt, daß die Wasserförderung, die selbst erst den Schaden verursacht haben soll, hier nicht das Mittel zur Brunnenherstellung, sondern Selbstzweck ist. Der gesetzgeberische Grund für die Anwendung des § 909 entfällt im vorl. Falle schon in bezug auf die Brunnenherstellung. Er tut es aber auch in bezug auf die Wasserförderung selbst. Die Grundwasser senkung ist bekanntlich heute ein unerlässliches Hilfsmittel der Tiefbautechnik. Würde ihr eine allgemeine, der tatsächlichen Grundstücksvertiefung ähnliche Gefährlichkeit innewohnen, so müßten z. B. schon alle Häuser in Berlin wegen der dort früher und der in den letzten Jahren vorgenommenen Grundwasser senkungen (der Reichsbank und der Reichsbahn) versackt sein und schweren Schaden erlitten haben. Daß hiervon keine Rede sein kann, lehrt der Augenschein¹⁾. Häuserschäden infolge Grundwasser senkung werden erfahrungsgemäß nur dort behauptet, wo, wie im Falle der vorl. Entsch., der Untergrund nicht tragfähig ist. Auch da, wo, wie im vorl. Fall, die Schädlichkeit der fehlenden Tragfähigkeit durch Holzpfahlgründungen ausgegaltet werden soll, kann der etwa feststellbare Einfluß einer Grundwasser senkung auf das Verfaulen des Holzes hinsichtlich seiner allgemeinen Gefährlichkeit keineswegs der in § 909 vorausgesetzten Grundstücksvertiefung gleichgeachtet werden. Einmal ist die Beschaffenheit des verwandten Holzes bei seinem Einbau nicht einheitlich, so daß seine Beeinflussbarkeit durch Trockenlegung auch nicht annähernd in gleicher Weise erkennbar ist wie die Gefährlichkeit der tatsächlichen Tiefverlegung eines Grundstücks in bezug auf das Nachbargrundstück. Des weiteren sind nach dem Urteil der zuständigen Sachverständigen mindestens eine Reihe von Jahrzehnten erforderlich, um die im Untergrunde befindlichen Holzpfähle durch Trockenlegung zum Faulen zu bringen. Schließlich ist Holz seiner Natur nach ein Baustoff, der im Laufe der Zeit zum Faulen verurteilt ist. Mauer- oder Betonfundamente faulen auch bei verändertem Grundwasserspiegel nicht. Diese auch im vorl. Entscheidungsfall der Holzpfahlgründung ihrer Natur nach innewohnende Unzulänglichkeit kann bei der Haftungsfrage, besonders der auf Grund des § 909 BGB. nicht übergangen werden. Dieser Sachlage muß vielmehr durch die Anwendung des § 254 BGB. Rechnung getragen werden, denn es kann nicht zweifelhaft sein, daß die Gründungsart des geschädigten Gebäudes, nämlich ihre Konstruktion aus Holz die wesentlichste Be-

¹⁾ Zur näheren Unterrichtung sei auf die allgemein verständliche Abhandlung von André, „Neuzeitliches Bauverfahren des Tiefbaues und Unschädlichkeit der Grundwasserabsenkung“, 1937, Otto Elsner Verlagsgesellschaft Berlin, verwiesen.

dingung für den Stützverlust gefehlt hat. Dabei ist entsprechend der Tendenz der RGRpr. (RGZ. 112, 287 = JW. 1926, 1436) in fortschrittlicher Entwicklung des dem § 254 zugrunde liegenden Rechtsgedankens nicht auf das Verschulden des Geschädigten, sondern auf die Verursachung durch ihn abzustellen. Damit wird im Ergebnis für das Gebiet der Immission i. S. des § 906 BGB. die Parallele gewonnen zu der RGEntsch. v. 30. April 1904: Gruch. 48, 941, nach welcher die Erträglichkeit des einem Grundstück zugefügten Geräusches nur nach dem Empfinden eines normalen Durchschnittsmenschen und nicht eines Kranken zu beurteilen ist. Unrichtig erscheint auch die Feststellung des Verlustes der Stütze in der vorl. Entsch. deshalb, weil die Grundwasserentkennung für sich allein den Stützverlust gar nicht herbeiführt, sondern dazu erst ein weiterer selbständiger, und zwar chemischer Vorgang, nämlich die Zersetzung des Holzes erforderlich ist, der noch dazu eine jahrzehntelange Entwicklung zu seiner Vervollendung benötigt.

Berechtigtem Zweifel unterliegt die Anwendung des § 909 im vorl. Fall auch aus dem Grunde, weil in der Vorschrift des § 909 selbst nicht von dem Verlust der Stütze des geschädigten Gebäudes, sondern der des Bodens des Nachbargrundstücks gesprochen wird und hier der nicht tragfähige Boden des klägerischen Grundstücks, der ja die Pfahlgründung erforderlich gemacht hat, seine Stütze erst in dem darunterliegenden tragfähigen Erdbreich gehabt und gar nicht verloren hat (vgl. hierüber auch *M a r w i t z*: JW. 1916, 1179; *M e i ß n e r*, „Preuß. Nachbarrecht“ 1927, S. 234/35).

Auch in tatsächlicher Beziehung muß die Feststellung der Entziehung der Stütze erhebliche Schwierigkeiten bereiten. Der vorl. Tatbestand stellt fest, daß die Wasserförderung der Bekl. $\frac{1}{5}$ des Gesamtbedarfs ausmacht. Die übrigen $\frac{4}{5}$ werden ebenfalls irgendwie dem Untergrunde entnommen werden, so daß zum Nachweise der Ursächlichkeit der Grundwasserentkennung der Bekl. die wohl kaum jemals mögliche positive Feststellung gehört, daß die übrige Wasserförderung ohne Einfluß auf den Schaden gewesen ist. Schon hierdurch wird eigentlich die Unmöglichkeit aufgezeigt, aus Anlaß von Grundwasserentkennungen Einzelner einen Erfahungsanspruch auf § 909 BGB. zu stützen. Wenn man weiter berücksichtigt, daß das Grundwasser ja auch von Natur aus, d. h. ohne menschliche Beeinflussung natürlichen Schwankungen unterworfen ist, so führt dies weiter dazu, die Haftungsfrage aus einem ganz anderen Gesichtswinkel zu betrachten.

Luft und Wasser sind unerläßliche Bedingungen für die menschliche Existenz. Ihre Behandlung und Verwendung für die Befriedigung von Lebensbedürfnissen können nicht als rechtswidrige Maßnahmen Entschädigungsansprüche auslösen, wenn die Nuhbarmachung insbes. des Wassers den allgemeingültigen Erfahrungen und Regeln entspricht. Dies gilt insbes. von Einrichtungen und Maßnahmen, die zum allgemeinen Wohl das Grundwasser in Anspruch nehmen oder darauf einwirken müssen. Die natürliche Beweglichkeit des Wassers und die Unsicherheit der Beobachtung unterirdischer Vorgänge lassen regelmäßig eine Erfassung und Abgrenzung des Einflusses einzelner Eingriffe gar nicht zu. Hierin liegt wohl der Hauptgrund für die Bestimmung des § 200 PrWassG., wonach ein Anspruch auf einen gleichbleibenden Grundwasserstand und auf Schadenserfah wegen Grundwasserstandsveränderung abzulehnen ist. Lediglich die Förderung des Grundwassers zum Gebrauch und Verbrauch über den Bedarf der eigenen Wirtschaft hinaus ist beschränkt und verpflichtet zum Schadenserfah, jedoch nur insoweit, als „nach den Umständen die Billigkeit eine Entschädigung erfordert“. Der hier niedergelegte Grundsatz der Billigkeit sieht bewußt davon ab, wasserwirtschaftliche Vorgänge in einem Tatbestand des BGB. einzuzwängen und hat, weil er den jeweiligen tatsächlichen Verhältnissen Gerechtigkeit verschaffen will, allgemeine Berechtigung. Da, wo die Einwirkung auf das Grundwasser im Interesse der Allgemeinheit notwendig ist, kann nicht der Einzelne oder gar das Unternehmen, das lediglich die Befriedigung des Allgemeinen Bedürfnisses vermittelt, mit einem Schadenserfahanspruch belastet werden, es sei denn, daß dabei allgemein gültige Regeln der Technik verletzt werden. Andernfalls muß die Allgemeinheit, der die Wasserbenutzung oder -förderung dient, Staat oder Gemeinde, den Ausgleich von

Härten vornehmen, die sich aus der Ablehnung eines Erfahanspruches gegenüber dem einzelnen Unternehmen ergeben. Zum mindesten sollten die sämtlichen das Grundwasser in Anspruch nehmenden Unternehmen eines Bezirks nach Art der in § 206 PrWassG. behandelten Wassergenossenschaften zusammengeschlossen und mit der auf dem oben erwähnten Grundsatze des § 200 PrWassG. aufzubauenden Ausgleichspflicht belastet werden. Das Hineinzwängen einzelner Einwirkungen auf den Grundwasserbereich in den Tatbestand des § 909 BGB. wird immer zu ansprechbaren und unbefriedigenden Ergebnissen führen.

Al. Dr. E p l i n i u s, Berlin.

*

24. RG. — §§ 925, 177, 182, 185 BGB. Lassen einige Erben ein Grundstück auf, so bedarf die Genehmigung der übrigen Erben auch dann nicht der Form des § 925 BGB., wenn die auflassenden Erben ihre Erklärungen nur im eigenen Namen abgegeben haben.

Eigentümer des Grundstücks sind 7 Miterben. 3 von ihnen, darunter Fritz D., verkauften das Grundstück an Fritz H. und ließen es ihm auf. Die nichterfahrenen Beteiligten genehmigten später einzeln den Kaufvertrag und die Auflassung. Das OLG. beanstandete den Eintragungsantrag des Erwerbers durch Zwischenverfügung. Es ist der Ansicht, daß die Genehmigungsurkunden der Form des § 925 BGB. nicht entsprechen, weil die Genehmigungen nicht in Anwesenheit des Erwerbers erklärt worden seien. Es verlangte deshalb, daß die genehmigenden Miterben ihre Genehmigung in beurkundeter Form dem dabei anwesenden Erwerber gegenüber erklärten und jeweils das Grundstück nochmals aufließen. Es stellte den Beteiligten zur Vereinfachung des Verfahrens anheim, Auflassungsvollmachten der übrigen Miterben zu beschaffen und danach die Auflassung durch den Bevollmächtigten wiederholen zu lassen. Die Beschwerde des Antragstellers blieb ohne Erfolg. Seiner weiteren Beschw. gab das OLG. statt.

Die Ausführungen des OLG. beruhen auf Rechtsirrtum. § 925 Abs. 1 BGB. verlangt zwar die gleichzeitige Anwesenheit beider Teile vor dem OLG. (oder dem Notar). Er schreibt aber (im Gegensatz zu den §§ 1317, 2064, 2256 Abs. 3, 2274, 2281, 2290 Abs. 2, 2347 Abs. 2 BGB.) die persönliche Anwesenheit des Veräußerers und des Erwerbers nicht vor, und er besagt seinem Wortlaut nach nichts darüber, ob die Auflassung auch durch Vertreter oder durch Nichtberechtigte mit Zustimmung der Berechtigten erklärt werden kann. Auf dem Gebiet des Sachenrechts sind die Vorschriften des allgemeinen Teiles anzuwenden, soweit sich nicht aus besonderen Vorschriften des Sachenrechts anderes ergibt (RGRKomm. § 925 Anm. 7; *Pl a n c k*, Vorbem. zum 3. Buch Anm. 15 S. 5). Unzweifelhaft kann deshalb die Auflassung auch durch Bevollmächtigte erklärt werden. Es bestehen weiterhin keine begründeten Bedenken, den § 177 BGB. auf die Auflassung anzuwenden. Da die Auflassung ferner eine Verfügung ist (*Pl a n c k*, Vorbem. zum 3. Buch Anm. II 5 S. 23 mit Nachweisen), sind auch die §§ 182 ff. BGB. anzuwenden. Deshalb ist eine Auflassung durch einen Nichtberechtigten wirksam, wenn der Berechtigte eingewilligt hat (RGZ. 129, 286 = JW. 1930, 2924); sie wird mit rückwirkender Kraft wirksam, wenn der Berechtigte sie genehmigt (RGZ. 152, 382 = JW. 1937, 621¹⁰ [m. Anm.]).

Es kann sich deshalb nur fragen, in welcher Form die Vollmacht, die Einwilligung oder die Genehmigung des Berechtigten erklärt werden muß. Grundsätzlich bedürfen diese Erklärungen nicht der Form des Hauptgeschäftes (§§ 168 Abs. 2, 182 Abs. 2 BGB.), und anscheinend will auch das OLG. diesen Grundsatz dann gelten lassen, wenn der (nichtberechtigte) Auflassende die Auflassung im Namen des Berechtigten erklärt hat. Es hält die Form des § 925 BGB. im Hinblick auf den damit verfolgten Zweck für die Genehmigung nur dann für erforderlich, wenn der Auflassende seine Erklärung nur im eigenen Namen abgegeben hat. Dieser Unterschied ist aber innerlich nicht begründet. Die Er schwerung der Form im § 925 BGB. gegenüber der Form des § 128 BGB. wird in den Motiven (Bd. 3 S. 314) und in den Protokollen (Bd. 3 S. 171, 174) u. a. damit gerechtfertigt, daß den Beteiligten der Eigentumswechsel als unmittelbare Folge ihrer Erklärungen zum Bewußtsein gebracht und daß sie vor Übereilungen geschützt werden sollten. Hätte aber der Gesetzgeber diesem Zweckgedanken ausschlaggebendes Gewicht beilegen wollen, dann hätte er die Auflassung nur bei persönlicher Anwesenheit des Veräußerers und des Erwerbers zulassen dürfen. Das hat das Gesetz aber nicht getan, offenbar, um den Rechtsverkehr nicht über Gebühr zu erschweren. Die Ansicht des OLG., jeder auf der Veräußererseite Beteiligte müßte seine Auflassungserklärung bei gleich-

zeitiger Anwesenheit des Erwerbers abgeben, würde dieselbe ungebührliche Erschwerung zur Folge haben, wenn die Beteiligten an verschiedenen Orten wohnen. Daraus ergibt sich zwingend, daß trotz des mit dem § 925 BGB. verfolgten Zweckes die Auflassungsvollmacht nicht der Form des § 925 BGB. bedarf. Vom Zweckgedanken dieser Vorschrift aus ist es aber belanglos, ob der Berechtigte seine Ermächtigung zur Auflassung in der Art einer Vollmacht, einer Einwilligung oder einer Genehmigung abgibt, und im letzteren Falle wiederum, ob er die Erklärung eines Vertreters ohne Vertretungsmacht oder eines Nichtberechtigten genehmigt. Dieses Ergebnis entspricht auch der weitläufig herrschenden Meinung in Rpr. und Schrifttum (vgl. die Nachweise bei Pland, § 925 Anm. 4a). Notwendig ist nur, daß die Genehmigung einem der Beteiligten gegenüber erklärt wird. Das ist aber dadurch hinreichend nachgewiesen, daß der Urkundsnotar die Genehmigungsurkunde überreicht hat und der Urkundsnotar durch § 3 der Verhandlung v. 19. März 1937 zur Entgegennahme der Genehmigungen ermächtigt war.

(RG., 1. Zivilsen., Beschl. v. 21. Okt. 1937, 1 Wx 506/37.) [S.]

*

25. BG. — §§ 1333, 1337, 1339 BGB. Rassistische Zugehörigkeit eines Menschen ist persönliche Eigenschaft. Anfechtung der Ehe auch nach dem Ablauf der Anfechtungsfrist zulässig bei kinderloser Ehe im Einverständnis des rassenfremden Ehepartners.

Die Parteien haben am 19. Sept. 1931 geheiratet. Sie leben seit Anfang 1935 getrennt. Der letzte eheliche Verkehr war um die Jahreswende 1934/35. Aus der Ehe sind keine Kinder hervorgegangen. Die Frau ist Arierin. Der Mann ist Volljude. Sie sind aber in der evangelischen Kirche in A. getraut worden.

Die Frau behauptet, sie habe erst durch die Nürnberger Gesetze, insbes. durch das BlutschutzG., eingehende Kenntnis davon erhalten, daß ihr Mann als Volljude ein Mensch anderer Rasse sei. Sie sei sich dessen im Zeitpunkt der Eheschließung nicht bewußt gewesen, zumal sie beide dem evangelischen Glaubensbekenntnis angehörten. Wenn sie damals volle Kenntnis von der Sachlage gehabt hätte, hätte sie den Mann nicht geheiratet. Sie habe sich damit über wesentliche persönliche Eigenschaften ihres Mannes geirrt. Sie scheidet die Ehe an.

Der Mann hat gegen die Klage nichts eingewendet und sich damit einverstanden erklärt, daß die Ehe für nichtig erklärt werde.

Das LG. hat die Ehe für nichtig erklärt.

Bekanntlich ist das deutsche Volk in seiner überwiegenden Mehrheit erst durch die nationale Revolution und insbes. erst durch die Nürnberger Gesetze zum Schutze des deutschen Blutes von dem grundsätzlichen Unterschied zwischen der arischen und der nichtarischen Rasse unterrichtet worden. Während vorher der Jude allgemein nur als Angehöriger eines anderen Glaubensbekenntnisses betrachtet wurde, sah man jetzt, daß er einer Rasse angehört, die der deutschen in ihren rassistischen Merkmalen völlig entgegengesetzt ist. Gleichzeitig damit kam dann auch die Erkenntnis, daß bei der Fortpflanzung der jüdischen Ehepartner seine rassistischen Eigentümlichkeiten selbst dann auf die Nachkommen vererbt, wenn sie bei ihm selbst nicht stark in Erscheinung getreten sein sollten. Eine solche Rassenmischung bringt, wie heute ebenfalls erkannt worden ist, ernste Gefahren für die Gesundheit und Stärke des Volksganzen mit sich. Unter diesen Umständen ist davon auszugehen, daß die rassistische Zugehörigkeit eines Menschen eine persönliche Eigenschaft i. S. des § 1333 BGB. ist.

Diese Eigenschaft ihres Mannes konnte die Frau bei ihrer Eheschließung im Jahre 1931 noch nicht in ihrer ganzen Tragweite richtig würdigen. Sie hätte auch aus den oben angeführten Gründen den Mann bei Kenntnis der Sachlage nicht geheiratet.

Die Voraussetzungen des § 1333 BGB. liegen damit vor. Der Rechtswirksamkeit der Anfechtung stehen hier die Vorschriften der §§ 1337 Abs. 2, 1339 BGB. (Bestätigung der Ehe und Verjährung) i. Verb. m. § 622 ZPO. nicht entgegen.

Sinn und Zweck dieser Vorschriften ist, eine Ehe nach Möglichkeit aufrechtzuerhalten, an deren Bestehen die Allgemeinheit grundsätzlich interessiert ist. Denn die Ehe ist die Keimzelle des Staates. Daneben waren noch gesetzgeberische Gründe für diese Vorschriften maßgebend, die Belange der Kinder am Elternhaus und die Belange des anderen Ehegatten an der Fortführung des fürs Leben geschlossenen Bundes.

Von diesen Gründen steht aber hier keiner der Nichtigkeitsklärung der Ehe entgegen.

Die Belange von Kindern fallen weg, weil aus der Ehe keine Kinder hervorgegangen sind.

Die Allgemeinheit hat ebenfalls keine Belange an der Aufrechterhaltung der Ehe. Das geht schon daraus hervor, daß durch die Nürnberger Gesetze nicht nur die Eheschließung, sondern auch der außererheliche Geschlechtsverkehr zwischen Arieren und Nichtariern verboten wurde, um eine weitere rassische Durchsetzung deutschen Blutes mit fremdem zu verhindern. Ist schon deshalb die Eheschließung zwischen Arieren und Nichtariern verboten, so kann die Allgemeinheit auch keine Belange an der Aufrechterhaltung einer solchen Mischehe haben. Es könnten daher nur die Belange des Mannes an dem Fortbestand der Ehe gegeben sein. Dieser hat jedoch erklärt, er habe nichts gegen die Nichtigkeitsklärung der Ehe einzuwenden.

Grundsätzlich ist zwar eine solche Erklärung in Ehesachen unerheblich und unbeachtlich, aber nur deshalb, weil die Belange der Allgemeinheit an dem Weiterbestehen der Ehe unter regelrechten Verhältnissen keinen Verzicht der Partei auf die Einwendungen zulassen. Nachdem aber, wie oben dargelegt wurde, diese öffentlichen Belange hier nicht vorhanden sind, ist hier für die Anwendung des im § 622 ZPO. aufgestellten Ermittlungsgrundsatzes kein Raum.

(LG. Rudolstadt v. 22. Febr. 1937, 1 R 71/36.)

*

26. RG. — §§ 1343, 1345—1347 BGB. Bei Nichtigerklärung der Ehe auf Anfechtung wegen Irrtums wird der Anspruch der Frau auf Vergütung für das nach § 1356 BGB. Geleistete im allgemeinen durch die Ansprüche des Mannes auf Rückzahlung des zum Unterhalt der Frau Geleisteten ausgeglichen sein. Abt die Frau das ihr nach § 1346 zustehende Wahlrecht aus, so kann sie auch dann eine Vergütung für diese Leistungen nicht beanspruchen.

Die Ehe der Parteien ist auf Anfechtung des Vell. rechtskräftig für nichtig erklärt worden, da bei der Kl. eine Anlage zur Schizophrenie festgestellt worden ist. Sie verlangt nunmehr unter dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung eine Vergütung für die Dienste, die sie dem Vell. während der acht Jahre ihrer Ehe geleistet hat. Das LG., das ein dahingehendes Armenrechtsgesuch der Kl. zurückgewiesen hat, ist der Ansicht, daß die vermögensrechtlichen Folgen der Anfechtung einer anfechtbaren Ehe erschöpfend in § 1345 BGB. geregelt sind. Dem kann allerdings nicht gefolgt werden, ohne daß das Ergebnis sich aber ändern könnte.

Gemäß § 1343 Abs. 1 BGB. wird die mit Erfolg angefochtene Ehe so angesehen, als ob sie von Anfang an nichtig wäre. Daraus ergibt sich, daß die Leistungen beider Teile ohne rechtlichen Grund erfolgt sind, also an sich sowohl die Unterhaltsleistungen des Mannes (RGZ. 104, 247 = JW. 1924, 969; SenfUrh. 59 Nr. 159) wie auch der Gegenwert des von der Frau gemäß § 1356 BGB. Geleisteten unter dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung zurückgefordert werden können. Dieser Rechtsgrund kann sich für die gutgläubige Frau auch aus § 687 Abs. 1 BGB. ergeben. Praktisch werden sich die beiderseitigen Ansprüche aber meist ausgleichen, so daß die Erhebung einer Bereicherungsklage aussichtslos ist.

Nicht anders ist die Rechtslage aber dann anzusehen, wenn die Kl. das ihr gemäß § 1347 i. Verb. m. § 1346 Satz 2 BGB. zustehende Wahlrecht ausübt (vgl. auch RWRomm., 8. Aufl., § 1346 Anm. 2). Dann kann sie allerdings beanspruchen, daß ihr Verhältnis zum Vell. in vermögensrechtlicher Beziehung, insbes. auch in Ansehung der Unterhaltspflicht, so behandelt wird, wie wenn die Ehe mit Alleinschuld des irrenden und demgemäß anfechtungsberechtigten Teils geschieden worden wäre. Dieses Verlangen kann aber nur für ihren zukünftigen Unterhaltsanspruch Wirkungen äußern (§§ 1579 ff. BGB.); aus der Zeit des Bestehens der Ehe haben beide Teile nach Scheidungsrecht hingegen kein Rückforderungsrecht hinsichtlich der beiderseitigen Leistungen (RGZ. 104, 247), so daß auch insofern ein Anspruch der Kl. entfällt.

(RG., Beschl. v. 19. Aug. 1937, 13 W 4113/37.)

*

27. BG. — §§ 1346, 1578, 122 BGB. Eine Gesetzesbestimmung ist in besonderen Fällen nicht anzuwenden, wenn das sonst festzustellende Ergebnis mit dem jetzigen Rechtsempfinden nicht zu vereinen wäre; dies kann für § 1346 BGB. zutreffen. †)

Die Parteien haben am 22. April 1936 miteinander die Ehe geschlossen. Am 1. Mai kehrten sie von der Hochzeitsreise in ihre Wohnung zurück. Am 8. Mai erkrankte die Kl. Sie wurde am 11. Mai zunächst in einem Privatklinikum untergebracht. Später fand sie Aufnahme in der Heilanstalt S., wo festgestellt wurde, daß sie an Schizophrenie leide. Während des Aufenthalts der Kl. in der Heilanstalt reichte der jetzige Vell. die Klage auf Anfechtung der Ehe ein. Das die Ehe der Parteien für nichtig er-

klärende Urteil wurde am 8. Febr. 1937 rechtskräftig. Kinder sind aus der Ehe nicht hervorgegangen.

Die Kl. nimmt den Vekl. auf Zahlung von Unterhalt in Anspruch und hat beantragt, den Vekl. zu verurteilen, an die Kl. vierteljährlich im voraus beginnend mit dem 1. April 1937 240 *R.M.* an Unterhalt zu zahlen.

Das O.G. hat der Klage stattgegeben, und zwar mit folgender Begründung: Der Vekl. sei nach § 1346 S. 2 i. Verb. m. den §§ 1345, 1578 B.G.B. zum Unterhalt der Kl. verpflichtet. Erwerb aus eigener Arbeit brauche die Kl. sich nicht anrechnen zu lassen, da die Parteien während der Ehe gelebt hätten und leben wollten, nicht üblich sei. Die Kl. sei zur Zeit allerdings im Hausstand ihres Vaters beschäftigt und werde dafür auch von diesem unterhalten. Diesen Unterhalt erwerbe sie aber nicht aus dem Ertrag ihrer Arbeit, sondern auf Grund der gesetzlichen Verpflichtung des § 1617 B.G.B. Anzurechnen seien deshalb nur die Einkünfte der Kl. aus ihrem Vermögen in Höhe von monatlich 32,50 *R.M.* Bei den Einkommensverhältnissen des Vekl. sei die Höhe des eingeklagten Unterhalts von 80 *R.M.* monatlich angemessen.

Die Berufung des Vekl. ist begründet.

Nach den Akten wegen Anfechtung der Ehe haben die Parteien am 22. April 1936 geheiratet. Am 8. Mai 1936 begann die ärztliche Behandlung der Kl. Am 11. Mai 1936 wurde die Kl. in die Heilanstalt überführt. Inzwischen führte der Vekl. die Anfechtungsklage durch. Nach ihrer Genesung half die Kl. ihrem Vater im Haushalt und seinem Geschäft. Der Vater konnte deshalb seine Haushälterin entlassen. Vor der Eheschließung hatte die Kl. ihren Eltern in deren Läden, einem Zigarrenladen und einem Papiervarenladen, sowie im Haushalt gegen eine monatliche Vergütung von 40 *R.M.* geholfen. Die Kl. ist wegen Schizophrenie inzwischen sterilisiert worden. In dem Leben der Kl. hat sich demnach, soweit die für ihren Lebensunterhalt wichtigen Umstände betrachtet werden, durch ihre kurze eheliche Gemeinschaft mit dem Vekl. nichts geändert. Sie ist in ihre Beschäftigung bei ihrem Vater zurückgekehrt und füllt hier den ihr übertragenen Pflichtenkreis wieder voll aus, so daß der Vater die Haushälterin entlassen konnte. Die Kl. kann deshalb auf Grund ihrer Arbeitsleistungen von ihrem Vater ihren vollen Unterhalt verlangen. Denn der Umfang ihrer Tätigkeit ist doch so bedeutsam, daß § 1617 B.G.B. nicht mehr angewandt werden kann. Wenn eine volljährige Tochter ihre ganze Arbeitskraft einsetzt, ist es nicht anständig, anzunehmen, daß sie hierzu nach § 1617 B.G.B. verpflichtet ist, weil sie unterhalten wird. Vielmehr stellt sich dann ihr Unterhalt als Gegenleistung ihrer Arbeit dar. Die Kl. ist daher nach der Rückkehr in den väterlichen Haushalt nicht in eine Lage gekommen, daß sie sich unterhalten lassen muß, sondern sie verdient sich ihren Unterhalt ebenso wie vor der Ehe. Nicht einmal die Möglichkeiten einer neuen Eheschließung haben sich durch die Ehe verringert. Denn wenn sonst die Aussichten einer gesunden Frau, die bereits einmal verheiratet war, für eine Wiederverheiratung geringer sein mögen als bei einem noch nicht verheiratet gewesenen Mädchen, so scheidet eine Heirat für die Kl. wegen ihrer Erkrankung nach § 1 d. EhegesundhG. v. 18. Okt. 1935 aus, außer wenn auch der Verlobte unfruchtbar ist. Schließlich hat sich während der kurzen ehelichen Gemeinschaft die ganze Lebenshaltung der Kl. nicht in dem Sinne verändert, daß sie nun größere Ansprüche an eine eigene Wohnung stellt, wie sie nach einer längeren Ehe wohl von jedem Gatten auch nach Auflösung der Ehe gestellt werden. Denn die Kl. ist nach knapp zwei Wochen ehelicher Gemeinschaft und ihrem Anstaltsaufenthalt in dieselben Verhältnisse zurückgekehrt, in denen sie als junges Mädchen gelebt hat.

Bei diesem Sachverhalt widerspricht es dem Rechtsgefühl und dem gesunden Volksempfinden, daß die Kl. gegen ihren früheren Ehemann Unterhaltsansprüche stellt. Denn er hat die Auflösung der Ehe nicht verschuldet, ebensowenig allerdings auch die Kl. Aber in der Person der Kl. lagen doch die Gründe für die Aufhebung der Ehe. Die Krankheit der Kl. ist eine Erbkrankheit. Nach dem nationalsozialistischen Gesetz, dem EhegesundhG. v. 18. Okt. 1935, ist die Eingehung der Ehe zwischen einem Erbkranken und einem Erbgesunden verboten. Die Kl. mußte nach dem Erbkr.-NachhG. v. 14. Juli 1933 unfruchtbar gemacht werden. Die Aufrechterhaltung einer derartigen Ehe zwischen einer erbkranken und unfruchtbar gemachten Frau und einem gesunden Mann ist aus Gründen der Erhaltung des deutschen Volkes unerwünscht. Aus den gleichen Gründen ist heute der erbsunde Teil geradezu verpflichtet, die unfruchtbare Ehe zu lösen und eine andere, fruchtbare, einzugehen. Auch der Vekl. hat daher der Volksgemeinschaft gegenüber die Pflicht, nach Lösung der Ehe mit der Kl. wieder zu heiraten und eine Familie zu gründen. Er wird dabei durch eine Pflicht zur Unterhaltsleistung an die Kl. beeinträchtigt. Deshalb widerspricht es dem gesunden Volksempfinden, wenn er bei

einer neuen Eheschließung beeinträchtigt wird, weil er die Kl. unterhalten muß, mit der er eine fruchtbare Ehe nicht führen konnte. Nun ist zwar nach dem Wortlaut des § 1346 B.G.B. der Unterhaltsanspruch der Kl. begründet. Allein das Gericht hat diese Bestimmung hier in diesem besonderen Fall nicht anzuwenden vermocht, weil das sonst festzustellende Ergebnis mit dem jetzigen Rechtsempfinden nicht zu vereinen wäre. Bei einem Zurückgehen auf den Zweck des § 1346 i. Verb. m. § 1578 B.G.B. ist jedoch eine Übereinstimmung mit dem jetzigen Rechtsempfinden zu erzielen. Denn in der Begründung zu § 1346 (Protokoll IV, 92 IX) wird diese Bestimmung damit gerechtfertigt, daß wie bei der Anfechtung eines Vertrages nach § 122 B.G.B. auch der irrende Gatte „den anderen Gatten in gleichem Umfange entschädigen müsse, als hätte er die Anfechtbarkeit bei dem Abschluß der Ehe gekannt“. Nach dieser Begründung wird die Ehe lediglich als Vertrag zwischen den Ehegatten, losgelöst von der Volksgemeinschaft, angesehen. Wenn es nun auch nicht Sache des Richters sein wird, ein bestehendes Recht nicht anzuwenden, weil sich die Anschauungen über eine Rechtsanordnung wie die Ehe gewandelt haben, so wird doch im Wege der Auslegung zu prüfen sein, ob im Einzelfall das Gesetz angewendet werden darf, ohne daß damit gegen den Zweck des Gesetzes und das jetzige Rechtsempfinden verstoßen wird. Die oben angestrebte Entschädigung sieht das Gesetz in den Unterhaltsleistungen des irrenden Gatten. Die Unterhaltspflicht des schuldig geschiedenen Gatten wird nun nach den Protokollen zu § 1578 B.G.B. (IV, 519) nicht als Entschädigung begründet, sondern ihre Grundlage wird in den Nachwirkungen der Ehe gefunden. Der Unterhaltsanspruch eines Gatten nach § 1346 B.G.B. würde deshalb auch heute noch begründet sein, wenn solche Nachwirkungen der Ehe eingetreten sind. Wenn aber wie im Streitfall keine Nachwirkungen der Ehe, die für den Lebensunterhalt bestimmend sind, bei der Kl. festgestellt werden können, entspricht es nicht dem Zweck des Gesetzes, der Kl. einen Unterhaltsanspruch zuzuerkennen. Denn nur der Umstand, daß sie eine Zeitlang, nämlich bis zur rechtskräftigen Nichtigkeitserklärung der Ehe auf Grund der Anfechtung des Vekl. als verheiratet gegolten hat, kann die Kl. nicht zum Fordern von Unterhalt berechtigen. Da der Kl. deshalb kein Unterhaltsanspruch zusteht, ist ihre Klage abzuweisen.

(O. Lübeck, 1. Zk., Art. v. 22. Sept. 1937, 1 S 53/37.)

Anmerkung: Die Entsch. versucht den Widerspruch zwischen der formellen Unterhaltspflicht aus §§ 1578, 1346 B.G.B. und einer dem Volksempfinden entsprechenden Regelung eines besonderen Falles unter drei Gesichtspunkten zu lösen. Sie stellt zunächst fest, daß die Grundlage der Unterhaltspflicht nach den Protokollen zum B.G.B. in den Nachwirkungen der Ehe gesehen wurde. Da hier die Frau nach 14tägiger Ehe an Schizophrenie erkrankte und in die Verhältnisse ihrer Jungmädchenzeit zurückkehrte, wird die Frage, ob die Ehe überhaupt Nachwirkungen gehabt hat, und damit der Unterhaltsanspruch verneint. Dieser Gesichtspunkt erscheint verlockend, ist aber doch bedenklich. Die Nachwirkungen einer Ehe sind oft im Rechtsstreit nicht faßbar. Ich möchte sehr bezweifeln, daß in den meisten Fällen eine der wirklichen Sachlage entsprechende Entsch. gefunden werden kann. Fast in jedem Rechtsstreit kann man die „Nachwirkung“ der Ehe in Zweifel ziehen. Mühte nicht außerdem folgerichtigerweise auch die Höhe des Unterhaltsanspruchs von dem Umfang der Nachwirkung abhängen? Andererseits macht sich der Gedanke, daß die Zumutbarkeit einer Unterhaltspflicht zu prüfen ist, immer wieder geltend. Es sei hier nur auf die Entsch. JW. 1937, 1303³ verwiesen. Auch die hier zu besprechende Entsch. liegt etwas in dieser Richtung.

Ich würde es aber doch für richtiger halten, an der grundsätzlichen Unterhaltspflicht nach § 1578 B.G.B. im Wege der Abspr. nicht zu rütteln, sondern mehr daran zu denken, daß die nationalsozialistische Weltanschauung das, was üblich i. S. des § 1578 B.G.B. ist, grundlegend geändert hat. Es gibt in Deutschland keine Kreise mehr, in denen Erwerb durch Arbeit der Frau „nicht üblich“ ist. Früher wurde Lohnarbeit von manchem als entehrend angesehen. Heute zweifelt niemand mehr, daß der Lohnarbeiter die gleiche Ehre hat wie jeder andere Volksgenosse. Außerdem haben wir gelernt, daß jede rechte Hausfrau verantwortungsvolle und schwere Arbeit leistet, also zu arbeiten gewohnt ist. Schließlich ist es in der heutigen Zeit nicht mehr zu verantworten, daß arbeitsfähige Menschen nur deshalb nicht arbeiten, weil sie von anderer Seite unterhalten werden. Denn Arbeit ist nicht nur Mittel zum Lohnverwerb, sondern schafft außerdem wirtschaftliche Werte, von ihrem ethischen Gehalt ganz zu schweigen. Die Volksgemeinschaft kann heute keine Arbeitskraft brach liegen lassen. Deshalb ist eine Übung, daß die Ehefrau nicht arbeitet, weil

sie es nicht nötig hat oder ihr Erwerbsarbeit nicht standesgemäß erscheint, unfittlich und damit unbeachtlich. Es ist deshalb in solchen Fällen stets davon auszugehen, daß „nach den Verhältnissen, in denen die Ehegatten gelebt haben, Erwerb durch Arbeit der Frau üblich ist“, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob die Frau tatsächlich gearbeitet hat oder nicht. Beachtlich sind dagegen die auch von der nationalsozialistischen Volksgemeinschaft gebilligten besonderen Verhältnisse der Ehegatten, wie die Tatsache, daß die Frau Kinder aufzuziehen hat, bejahrt ist oder lange Zeit als Hausfrau selbständig war. Daß die Unterhaltspflicht des Mannes, die nach dieser Auffassung oft verkürzt wird, gleichzeitig dem Umfang nach stärker sein kann, weil die Frau von ihm — dem meist ja allein schuldigen Teil! — u. U. auch die Ausbildungskosten für einen entsprechenden Beruf fordern kann, soll hier nur andeutend werden. Ich glaube, daß eine vorrichtige Rechtsentwicklung durch Rspr. in dieser Richtung möglich ist und sich sehr segensreich auswirken würde.

Die Entsch. stellt zweitens darauf ab, daß der Anfechtungsgrund in der Person der Frau entstanden ist. Dieser Gedanke ist m. E. nicht anwendbar. Das unverschuldet über die Frau hereinbrechende Unglück ist viel eher ein Anlaß, den Mann unter dem Gesichtspunkt der Treue zu verpflichten, als ihn von der Unterhaltspflicht zu befreien.

Schließlich betont die Entsch. die Erbgesundheits des Mannes im Gegensatz zu der Erbkrankheit der Frau. Sie macht den Fehler, die Erbgesundheits einfach zu unterstellen. Dazu besteht keine Veranlassung. Wer eine schizophreniekranke Frau heiratet, darf nicht ohne weiteres als erbggesund behandelt werden. Schizophrenie sind oft schon vor dem Ausbruch der Krankheit geistig abnorm, auch wenn sich dies ärztlicher Feststellung entzieht, und die Erfahrung lehrt, daß sich die geistig Abnormen oft zur Ehe finden. Andererseits sind aber auch die Ehegatten von Schizophrenen oft gesund. Man kann weder ihre Erbgesundheits noch ihre Abartigkeit unterstellen. Beides bedarf vielmehr einer genauen Prüfung, bevor an das eine oder andere Rechtsfolgen geknüpft werden. Nicht nur die Erbkrankheit, sondern auch die Erbgesundheits muß behauptet und bewiesen werden. Erbgesund ist nur, wer selbst nicht an einer schweren Erbkrankheit leidet und auch keine nahen Blutsverwandten hat, die an solchen schweren Erbkrankheiten leiden, die als vererbter Erbschaden in ihm stecken können. Da hier über die Verwandtschaft des Mannes nichts gesagt ist, kann er auch nicht als erbggesund bezeichnet werden. An seine noch gar nicht erörterte Erbgesundheits dürfen deshalb auch keine Rechtsfolgen geknüpft werden. Aber selbst wenn er erbggesund wäre, so müßte abgewartet werden, ob er tatsächlich wieder heiratet und ob die neue Frau erbggesund ist. Die Vermählung mit einer familiär Belasteten wird ja durch das Ehegesundheits. nicht unmöglich gemacht. Weiter ist die Frage offen, ob und wann er Kinder haben wird. Die sicher zu bejahende Pflicht zu neuer Familiengründung schließt die Unterhaltspflicht gegenüber der früheren Frau nicht aus, sondern erst die Familiengründung selbst macht eine doppelte Unterhaltspflicht unmöglich. Hierauf sollte m. E. schon deshalb streng geachtet werden, weil die angebliche Erbgesundheits und Fortpflanzungswilligkeit des Unterhaltspflichtigen bereits ein gern gebrauchter Vorwand geworden ist, um sich einer an sich bestehenden Unterhaltspflicht zu entziehen. Schließlich ist darauf hinzuweisen, daß es durchaus nicht nationalsozialistisch ist, Erbkrankes stets zu benachteiligen. Die Zurücksetzung erblich minder Tüchtiger ist eine oft gerechtfertigte Maßnahme. Ihr Sinn ist, das wenig Tüchtige möglichst aus dem Erbstrom zu drängen. Die Unfruchtbar gemachten sind aber bereits aus dem Erbstrom ausgeschaltet und dürfen deshalb nicht mehr als erbggesundlich behandelt werden.

WR. Meinhof, Hamburg.

28. AG. — §§ 1603, 1609 BGB.; §§ 850, 850b ZPO.; Gef. v. 13. Dez. 1934. Ein früher arbeitsloser Schuldner wird bei der späteren Lohnpfändung von seiner Unterhaltspflicht gegenüber seinen ehelichen Kindern aus erster Ehe nicht befreit.

Durch den angef. Beschluß ist wegen 480 RM rückständigen Unterhalts für die Zeit v. 1. Juni 1935 bis 31. Mai 1936 und wegen Kosten des Gehalts des Schuldners wegen des Unterhalts in Höhe des 24 RM wöchentlich oder 103 RM monatlich übersteigenden Nettobetrag und wegen der übrigen Beträge in Höhe von $\frac{2}{3}$ des wöchentlich 35 RM oder monatlich 150 RM übersteigenden Bruttobetrag gepfändet und überwiesen worden. Hiergegen hat der Schuldner Erinnerung erhoben. Sie ist nur teilweise begründet.

Die Gläubiger, die Kinder des Schuldners aus seiner ersten Ehe, haben nach den § 1609 BGB., § 850 ZPO. gleichen Rang mit der jetzigen Ehefrau und dem Kinde des Schuldners aus seiner zweiten Ehe. Sie können daher von dem Mehrbetrag, der über 24 RM wöchentlich oder 103 RM monatlich als

notwendigen Unterhalt des Schuldners hinausgeht, den gleichen Betrag verlangen, wie die jetzige Frau und das weitere Kind des Schuldners. Der Mehrbetrag geht daher in vier Teile, von denen zwei den Gläubigern zusteht, so daß also $\frac{1}{2}$ des Mehrbetrags für sie zu pfänden ist.

Der weitergehende Antrag des Schuldners kann nur auf das VollstrMißbrG. v. 13. Dez. 1934 (RGBl. I, 1234) gestützt werden. Nach Angabe des Schuldners war er v. 23. Mai 1935 bis 4. Sept. 1937 erwerbslos. Nach dem Beschluß der Abteilung 307 des hiesigen Gerichts v. 22. Juni 1937, 307 M 2512/36, und dem Beschluß des BeschwG., ZivR. 9 des LG. Berlin v. 16. Juli 1937, 209 T 6766/37; ZW. 1937, 2830¹³ braucht ein arbeitsloser Schuldner keinen Unterhalt für seine Kinder zu bezahlen. Folgt man dieser Rechtsansicht, so müßte der angef. Beschluß aufgehoben werden, soweit sich der Schuldner nicht freiwillig bereit erklärt hat, daß $\frac{2}{3}$ seines monatlich 150 RM übersteigenden Gehalts, also 840 RM monatlich gepfändet werden. Die unterzeichnete Abteilung 309 hat sich jedoch bzgl. der unehelichen Kinder schon im Beschluß v. 12. Febr. 1937, 309 M 3947/36; ZW. 1937, 1274²⁸ und bzgl. des Unterhalts einer geschiedenen Frau im Beschluß v. 2. Nov. 1937, 309 M 305/37, gegen diese Rechtsansicht gemandt, weil sie mit den zur Zeit gültigen gesetzlichen Bestimmungen nicht zu begründen ist und die böswilligen Schuldner noch mehr in ihrer etwaigen Absicht, sich ihrer Unterhaltspflicht zu entziehen, bestärkt werden würden.

Nach anerkannter Rechtsansicht greift das VollstrMißbrG. v. 13. Dez. 1934 nur subsidiär in ganz besonderen Fällen ein (vgl. RG. v. 25. Aug. 1936, 8 W 4233/36; HöchstRspr. 1937 Nr. 27 = Recht 1937 Nr. 1757). Auch das BeschwG., ZivR. 9, hat im Beschluß v. 4. März 1936, 209 T 2345/36 in 309 M 1678/35; ZW. 1936, 182 = Beitr. Führer Brdbg. 1937, 28 (vgl. auch ferner noch AG. Berlin, 315 M 1922/37 in Beitr. Führer Brdbg. 1937, 165) ausgeführt, daß als besondere Umstände im Sinne des Gesetzes v. 13. Dez. 1934 insbes. nur gelten außergewöhnliche Aufwendungen infolge von schweren und langanhaltenden Krankheiten, Todesfällen und ähnliches. Nach der Behauptung des Schuldners lag sein Kind allerdings 13 Wochen an doppelseitiger Lungenentzündung und Rippenfellvereiterung im Kinderkrankenhaus und ist noch sehr erholungsbedürftig. Es ist jedoch demgegenüber zu berücksichtigen, daß in erster Linie die Krankenkasse des Schuldners für diese Krankenhauskosten aufzukommen hat und nicht näher dargelegt ist, welche besonderen Aufwendungen der Schuldner hierfür zu tragen hat. Wenn er angibt, daß er 10 RM monatlich Krankenhauskosten abzahlen hat, so stehen diese ihm dadurch zur Verfügung, daß nach Auskunft des Arbeitgebers das Tarifgehalt, das an sich zum Unterhalt des Schuldners und seiner Familie ausreichen soll, um 20 RM von ihm erhöht ist, und vorliegend nur $\frac{1}{2}$ davon, also nur 10 RM, gepfändet werden.

Soweit der Schuldner seine Monatsfahrkarte von 9 RM als abzugsfähige Ausgabe angibt, sind diese Fahrkosten nach dem Standpunkt des BeschwG., ZivR. 9, in 209 T 14587/36 in 309 M 3365/36; ZW. 1937, 1166²⁸ (a. M. 209 T 15253/35 in 309 M 4479/35; Arbgeb. Brdbg. 1936, 91) und auch nach dem Standpunkt des AG. im Beschluß v. 9. April 1937, 8 W 1151/37 in 309 M 1661/37 (SeuffArch. 1937 Nr. 137) bei dem notwendigen Unterhalt von 103 RM monatlich für den Schuldner schon berücksichtigt worden.

Man kann auch nicht sagen, daß, wenn die Gläubiger auf Grund der Pfändung $\frac{1}{2}$ des Mehrbetrags über 103 RM, also bei einem Nettoeinkommen von 150,04 RM nach Auskunft des Arbeitgebers $\frac{1}{2}$ von 47,04 RM, also zusammen 23,52 RM, erhalten, dieses zuviel wäre. Denn nach der ständigen Rspr. der Berliner Vollstreckungsgerichte werden für den Unterhalt eines Kindes wöchentlich 8 RM oder monatlich rund 35 RM gerechnet. Die Gläubiger erhalten also mit der vorf. Pfändung von dem Schuldner noch nicht einmal das, was zu ihrem Unterhalt notwendig ist. Wenn unter diesen Umständen das Gehalt des Schuldners für ihn und seine Familie nicht ausreicht, so bleibt es ihm überlassen, sich an die Wohlfahrtsbehörden zu wenden, zumal er nach Auskunft des Arbeitgebers auch noch Beiträge für die Winterhilfe zahlt.

Nach Angabe der Gläubiger hat das Arbeitsamt Worms dem Angestellten B., mit dem jetzt die Mutter der Gläubiger in zweiter Ehe verheiratet ist, sogar 50 RM monatlich von den Kinderzulagen mit Rücksicht auf die Anstellung des Schuldners abgezogen, obwohl B. außer den beiden Kindern des Schuldners auch noch zwei weitere Kinder aus seiner jetzigen Ehe mit zu unterhalten hat. Hiernach greift das VollstrMißbrG. vom 13. Dez. 1934 nicht ein und war wie geschehen zu beschließen.

(AG. Berlin, Abt. 309, Beschl. v. 10. Nov. 1937, 309 M 3213/37.)

29. RG. — §§ 1676, 114 BGB.; § 59 FGG.; § 65 Abs. 5 RJugWohlfG.

I. Die Befugnis des Mündels zur selbständigen Ausübung des Beschwerderechts gemäß § 59 FGG. beschränkt sich auf die gerichtlichen Verfügungen, die in persönlichen Angelegenheiten des Mündels selbst ergehen.

II. Soweit eine in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Person nach bürgerlichem Recht die Fähigkeit hat, bestimmte Rechts-handlungen selbst vorzunehmen oder Rechte selbständig auszuüben, ist sie im Bereiche der freiwilligen Gerichtsbarkeit auch zur selbständigen Ausübung der in Durchführung dieser Rechte erforderlich werdenden Rechtsakte, also auch zur selbständigen Beschwerde-einlegung ohne Einwilligung des gesetzlichen Vertreters, fähig.

III. Der in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Elternteil, dem noch die tatsächliche Personensorge gemäß § 1676 Abs. 2 BGB. zusteht, kann gegen die Anordnung der Fürsorgeerziehung seiner Kinder selbständig Beschwerde erheben.

Das Recht eines Beteiligten, im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit selbständig Anträge zu stellen und Beschwerden zu erheben, also die Frage der Prozeßfähigkeit hat im FGG. keine erschöpfende Regelung gefunden. Die Grundsätze der ZPO. lassen sich auf dieses Verfahren nicht ohne weiteres übertragen. Vielmehr richtet sich nach allgemeiner anerkannter Ansicht in diesem Verfahren die Fähigkeit, selbst sein Recht vor Gericht vertreten zu können, soweit eine gesetzliche Regelung fehlt, nach bürgerlichem Recht. Die Vorschriften des BGB., die zunächst sich nur auf die Abgabe rechtsgeschäftlicher Erklärungen beziehen, müssen sinngemäß auch für die Vornahme sonstiger Rechts-handlungen, insbes. der Einlegung von Rechtsmitteln gegen gerichtliche Entsch., angewendet werden, sofern nicht etwa besondere Vorschriften des Gesetzes dem entgegenstehen. Demgemäß gilt für die Prozeßfähigkeit im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit zunächst der allgemeine Grundsatz, daß vollgeschäftsfähige Personen Prozeßfähigkeit haben, dagegen in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Personen von ihrem Beschwerderecht nur mit Einwilligung ihres gesetzlichen Vertreters oder durch diesen Gebrauch machen können (vgl. auch Schlegelberger, „FGG.“, 5. Aufl., § 13 Anm. 7, 8).

Demgegenüber enthält § 59 FGG. allerdings eine Sonderregelung. Die hier vorgesehene Erweiterung der Beschwerdebefugnis des beschränkt Geschäftsfähigen erstreckt sich jedoch, wie der Senat in der Entsch. RGZ. 25, A 184 und seitdem in ständiger Rspr. angenommen hat, lediglich auf die gerichtlichen Verfügungen, die in persönlichen Angelegenheiten des Mündels selbst ergehen, nicht aber auch auf Entsch., die die Angelegenheiten eines Angehörigen oder Verwandten des Beschw. zum Gegenstand haben (Schlegelberger a. a. D., § 59 Anm. 3; RG.: Recht 1904, 248; BayObLG.: SeuffBl. 70, 205).

Von dem Grundsatz, daß bei Fehlen besonderer Bestimmungen beschränkt geschäftsfähige Personen ihr Beschwerderecht nur mit Einwilligung ihres gesetzlichen Vertreters oder durch diesen wahrnehmen können, hat jedoch der Senat eine Ausnahme für die Fälle zugelassen, daß nach bürgerlichem Recht einem beschränkt Geschäftsfähigen die Fähigkeit verliehen ist, gewisse Rechts-handlungen selbst vorzunehmen und Rechte selbständig auszuüben. Der Senat hat angenommen, daß im Bereiche dieser bürgerlich-rechtlichen oder aus anderen Ges. folgenden Befugnis der in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Person auch die Fähigkeit zugesprochen werden müsse, alle in Ausübung dieser Rechte oder Rechts-handlungen erforderlich werden den Rechtsakte selbständig zu betreiben, andererseits sich auch gegen Beeinträchtigungen dieser Rechte selbst mit den dagegen gesetzlich gegebenen Rechtsbehelfen zu wehren. In diesem Umfange erachtet der Senat mithin auch beschränkt geschäftsfähige Personen für unbeschränkt prozeßfähig auf dem Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit (1a X 95/26; auch RGZ. 37, A 39; Schlegelberger a. a. D., § 13 Anm. 13).

Diese Rechtsgrundsätze bieten Veranlassung, die Fähigkeit des geschäftsbeschränkten Vaters zur selbständigen Einlegung der Beschw. und weiteren Beschw. gegen die Anordnung der Fürsorgeerziehung seiner Kinder anzunehmen. Die Wahrnehmung der Interessen oder doch jedenfalls der vermeintlichen Interessen der Kinder, der die Einlegung der Beschw. gegen die Anordnung der Fürsorgeerziehung dient und auch nur dienen kann (höchst Rspr. 1928 Nr. 1831), muß, sofern der beschwerdeführende Elternteil personensorgeberechtigt ist, als eine zur tatsächlichen Personensorge für die Kinder zu rechnende Maßnahme aufgefaßt werden. Dem steht nicht entgegen, daß die Beschwerdeberechtigung der Eltern an den Besitz des Personensorgerechts nicht geknüpft ist, sondern ihnen auch dann zusteht, wenn ihnen gem. § 1635 oder § 1666 BGB. dieses Recht genommen ist (FGG. 9, 61). Denn darin liegt lediglich eine Erweiterung der

elterlichen Befugnisse mit Rücksicht auf das zwischen ihnen und den Kindern bestehende Blutsband. Das hindert jedoch die Annahme nicht, daß, wenn ihnen gesetzlich auch das Personensorgerecht zusteht, die Ausübung des Beschwerderechts als eine ihrer Natur nach zur tatsächlichen Personensorge gehörende Sorgerechtsmaßnahme aufzufassen ist. Das Personensorgerecht des beschränkt geschäftsfähigen Vaters ist nun zwar nach § 1676 Abs. 2 BGB. weitgehend gemindert. Es ruht danach seine elterliche Gewalt, und er ist nur zur tatsächlichen Personensorge mit Ausschluß der gesetzlichen Vertretung in persönlichen Angelegenheiten neben dem gesetzlichen Vertreter befugt, dessen Meinung überdies bei Meinungsverschiedenheiten vorgeht. Gleichwohl steht ihm doch, wenn auch in diesem eingeschränkten Umfange, die tatsächliche Personensorge für seine Kinder im Rechtsinne zu (RG. in 1a X 95/26). Da aber nach der dargelegten Ansicht des Senats die Wahrnehmung der Interessen der Kinder im Fürsorgeerziehungsverfahren durch den sorgeberechtigten Elternteil bei Einlegung der Beschw. auch als Ausübung der tatsächlichen Personensorge aufzufassen ist, also des Rechts, das der beschränkt geschäftsfähige Elternteil nach bürgerlichem Recht selbständig wahrzunehmen vermag, muß er auch insoweit als unbeschränkt prozeßfähig angesehen werden. Dieses Ergebnis, daß der geschäftsbeschränkte Elternteil ohne Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters die Anordnung der Fürsorgeerziehung seiner Kinder selbständig anfechten kann, erscheint auch deshalb billig, weil nach § 65 Abs. 5 RJugWohlfG. auch das geschäftsbeschränkte Kind selbst, sofern es nur über 14 Jahre alt ist, ebenfalls selbständig gegen die Anordnung der Fürsorgeerziehung ein Rechtsmittel erheben kann. Es kann deshalb nicht angenommen werden, daß der Gesetzgeber den beschränkt geschäftsfähigen Elternteil, der die tatsächliche Sorge für das Kind ausübt, in der Ausübung seines im Interesse des Kindes gegebenen Beschwerderechts hat schlechter stellen wollen.

(RG., ZivSen. 1a, Beschl. v. 1. Okt. 1937, 1a Wx 1110/37.)

30. RG. — § 2368 BGB. Ist das Amt eines Testamentsvollstreckers erloschen, so hat das Nachlaßgericht das Testamentsvollstreckerverzeugnis, obgleich es bereits kraft Gesetzes kraftlos geworden ist, von Amts wegen zu den Akten zu ziehen oder auf ihm zu vermerken, daß und seit wann das Amt des Testamentsvollstreckers erloschen ist.

Ein Testamentsvollstreckerverzeugnis wird mit der Beendigung des Amtes des ausgewiesenen Testamentsvollstreckers ohne weiteres kraftlos. Es kann deshalb in diesem Falle nicht mit der Wirkung eingezogen werden, daß es erst durch die Einziehung kraftlos wird (RZL. 16, 67; OLG. 21, 359). Damit ist aber die Frage noch nicht beantwortet, ob das Nachlaßgericht ein kraftlos gewordenenes Zeugnis unverändert im Verkehr lassen muß. Der Senat hat bereits in der Entsch. RGZ. 28, A 200 = RZL. 5, 37 es für zulässig erklärt, daß auf dem ursprünglichen richtigen, aber durch die Beendigung des Amtes kraftlos gewordenen Zeugnis vermerkt werden könne, zu welchem Zeitpunkt das Amt des Testamentsvollstreckers beendet worden sei. Ähnlich sieht § 61 BayNachlD. in Satz 3 vor, daß das Nachlaßgericht das Zeugnis nach der Beendigung des Amtes des Testamentsvollstreckers einzuziehen habe, womit im Hinblick auf die vorhergehenden Sätze wohl nicht eine Einziehung im Sinne des § 2361 BGB., sondern nur eine Rückforderung zu den Akten gemeint sein soll. Auch im Schrifttum wird die Einforderung des Zeugnisses befürwortet (vgl. Dreves: JW. 1926, 2428, der sogar die Kraftlosklärung für zulässig hält; Staubinger, § 2368 Anm. 2e).

Der Gesetzgeber hat bewußt die Wirkungen des Erbscheins und des Testamentsvollstreckerverzeugnisses verschieden geregelt (Prot. V, 690). Die verschiedene Behandlung wurde damit zu rechtfertigen versucht, daß das im Erbschein bezugte Erbrecht einer Veränderung nicht ausgesetzt sei, während der Inhalt des Testamentsvollstreckerverzeugnisses seiner Natur nach (vgl. die §§ 2197, 2199 ff., 2225 ff. BGB.) dem Wechsel unterliege. Jedoch ist auch das Erbrecht häufiger Änderungen unterworfen, nämlich dann, wenn der Erbe durch Nacherben oder Testamentsvollstrecker in der Verfügung über den Nachlaß beschränkt ist und die Beschränkungen fortfallen. Der Unterschied in der Behandlung der beiden Ausweise ist deshalb innerlich nicht begründet. Ferner besteht ebenso wie beim Erbschein auch beim Testamentsvollstreckerverzeugnis ein praktisches Bedürfnis, unrichtig gewordene Ausweise aus dem Verkehr zu ziehen, um Schädigungen Dritter zu verhüten. Allerdings kann sich angesichts der ausdrücklichen Bestimmung in § 2368 Abs. 3 BGB. niemand darauf verlassen, daß der im Zeugnis genannte Testamentsvollstrecker noch berechtigt ist, über den Nachlaß zu verfügen. Da die Kenntnis dieser Bestimmung und die unterschiedliche Behandlung gegenüber dem Erbschein aber nicht bei

allen Beteiligten vorausgesetzt werden kann, muß es als Amtspflicht des Nachlaßgerichtes angesehen werden, unrichtig geordnete Testamentvollstreckzeugnisse aus dem Verkehr zu ziehen. Soweit ein neuer Testamentvollstreckter oder der Erbe des unrichtig gewordenen Zeugnisses bedarf, um die Wirksamkeit der von dem bisherigen Testamentvollstreckter während der Dauer seines Amtes vorgenommenen Rechtshandlungen nachzuweisen, wird nichts im Wege stehen, das Zeugnis wieder auszuhandigen, nachdem auf ihm vermerkt worden ist, wann das Amt sein Ende gefunden hat.

(RG., 1. ZivSen., Beschl. v. 28. Okt. 1937, 1 Wx 528/37.) [S.]

Kartellrecht

**** 31. RG. — § 1 Gef. über Errichtung von Zwangskartellen (ZwKartGes.) v. 15. Juli 1933; §§ 1041 ff. ZPO. Das Recht der Gerichte zur Auslegung einer vom RWiM. auf Grund des ZwKartGes. erlassenen Anordnung umfaßt nicht das Recht zur Prüfung, ob sich der RWiM. bei der Anordnung im Rahmen des durch §§ 1 und 2 ZwKartGes. umschriebenen Zweckes der Marktregelung gehalten hat. Die Anordnung, deren Inhalt durch Auslegung festzustellen war, ist als staatlicher Hoheitsakt ohne weiteres gültig und bindend.**

Unter dem 7. Juni 1935 erließ der RWiM. folgende Anordnung: „Auf Grund des Gef. zur Errichtung von Zwangskartellen v. 15. Juni 1933 (RGBl. I, 588) ordne ich an: Die Firmen (u. a.) Eisenhütten- und Emailierwerk L. ... werden dem Gufswannen-Verband, Berlin, angeschlossen mit gleichen Rechten und Pflichten, wie sie für die übrigen Mitglieder des Verbandes nach der mir vorliegenden Fassung der Satzung bestehen. Ich behalte mir vor, die Rechte und Pflichten abweichend von den vertraglichen Vereinbarungen zu regeln. ...“

Zu der vorgenannten „Satzung“ ist in § 12 vorgeesehen, daß alle Streitigkeiten aus dem Vertrag ... unter Ausschluß des ordentlichen Rechtswegs durch ein Schiedsgericht entschieden werden. Über die Berufung und Zusammenfassung des Schiedsgerichts werden nähere Bestimmungen getroffen. Als Gerichtsstand i. S. der §§ 1045, 1046 ZPO. ist das RG. Berlin bestimmt.

Nach § 9 der Satzung haben die Mitglieder zur Erhaltung und Förderung des Exports für jede im Inland veräußerte Wanneneinheit eine Abgabe zu tragen; diese beträgt je Stück für die Antragstellerinnen 8 *R.M.*; für die Antragsgegnerin ist sie auf Veranlassung des RWiM. vom Verband auf 4,50 *R.M.* festgesetzt worden. Die Antragsgegnerin hat seit der Anordnung ihres Anschlusses bis Ende Febr. 1936 im Inland 5865 Wanneneinheiten vertrieben, jedoch Zahlung der Abgabe von danach insgesamt 26 392,50 *R.M.* verweigert.

Die Antragstellerinnen klagten unter Berufung auf die Schiedsgerichtsklausel des § 12 der Satzung vor dem dort vorgesehenen Schiedsgericht auf Zahlung dieses Betrages. Die Antragsgegnerin, welche die Unzuständigkeit des Schiedsgerichts erfolglos rügte, unterlag zum vollen Betrag von 26 392,50 *R.M.*; sie wurde auch zu den Kosten des Schiedsverfahrens und ferner dazu verurteilt, den Antragstellern die vorgezeichneten 2033,80 *R.M.* (für Kosten und Gebühren des Schiedsgerichts) sowie 592 *R.M.* außergerichtliche Kosten zu erstatten. Nach ordnungsmäßig erfolgter Niederlegung des Schiedspruchs haben die Antragstellerinnen nunmehr beantragt, den Schiedspruch für vollstreckbar zu erklären. Die Antragsgegnerin begründete ihre Bitte, den Antrag zurückzuweisen, aus § 1041 Abs. 1 Ziff. 1, 2 und 4 ZPO. dahin: Das Schiedsgericht sei unzuständig gewesen, der fehlende Schiedsvertrag habe nicht durch einen „Verwaltungsakt“ ersetzt werden können; eine solche Anordnung des RWiM. würde auch gegen § 16 Satz 2 BGB. verstoßen haben. Der Minister habe seine gesetzliche Vollmacht überschritten, weil der Anschluß der Antragsgegnerin an den Verband nur mit Exportfragen zusammenhänge, aber nichts mit der Marktregelung zu tun habe. Die Anordnung verstoße gegen den das Kartellrecht beherrschenden Grundfah der Gleichheit, der nicht erlaube, daß die Antragsgegnerin, die nicht exportiere, zu Exportabgaben herangezogen werde. Die Anordnung des RWiM. sei deshalb nichtig; in der Ablehnung solcher Prüfung durch das Schiedsgericht liege eine Verweigerung rechtlichen Gehörs; das Schiedsgericht habe keinesfalls über die Wirksamkeit einer ministeriellen Anordnung entscheiden können, da dies (§ 12 Abs. 1

Satzung) keine Streitigkeit aus der Satzung darstelle. Die Schiedsrichter hätten ferner in unzulässiger Weise selbst die Höhe ihrer Vergütung sowie der Kosten und Gebühren festgesetzt. Die Antragstellerinnen sind alle dem entgegengetreten.

Das RG. Berlin hat den Schiedspruch in vollem Umfang für vollstreckbar erklärt. Mit dem angefochtenen Urteil hat das RG. diese Entsch. abgeändert und den Antrag auf Vollstreckbarerklärung unter Aufhebung des Schiedspruchs zurückgewiesen.

Die Rev. hatte Erfolg.

Das RG. hält das schiedsrichterliche Verfahren für unzulässig. Der Anordnung des RWiM. sei eine Verpflichtung der Antragsgegnerin, sich der Schiedsgerichtsbarkeit zu unterwerfen, nicht zu entnehmen. Der RWiM. sei durch §§ 1 Abs. 1, 2 Satz 1 ZwKartGes. v. 15. Juli 1933 (RGBl. I, 488) nur zu solchen Maßnahmen ermächtigt, die zum Zwecke der Marktregelung erforderlich seien. Eine Anordnung rein prozessualer Art, wie die Zuweisung der Antragsgegnerin an die Verbands-Schiedsgerichtsbarkeit, hänge aber mit diesem Zweck „nicht beachtlich und wesentlich“ zusammen. Es sei auch kein Grund ersichtlich, welches Interesse der RWiM. an solcher Zuweisung gehabt haben könnte. Die Antragsgegnerin habe ihrem gesetzlichen Richter (§ 16 Satz 2 BGB.) auf rechtlicher Grundlage nur durch eine auf Grund des § 8 des oben genannten Gesetzes erlassene Rechtsverordnung entzogen werden können. Eine solche habe der Minister nicht erlassen; er habe es deshalb bei dem Grundfah bewenden lassen, daß die Staatsgerichte die Regel und private Schiedsgerichte nur infolge freier Wahl der Beteiligten zulässig seien; an letzterer fehle es aber hier.

Von diesen Erwägungen hält keine der rechtlichen Nachprüfung stand. Die Anordnung des RWiM. v. 7. Juni 1935, deren Fassung der in solchen Fällen üblichen (vgl. Müllensiefen-Dörinkel, „Das neue Kartell-, Zwangskartell- und Preisüberwachungsrecht“, 2. Aufl., S. 127) entspricht, stellt keine eigentliche Verordnung im Rechtsfihn, sondern eine „Verfügung“, einen staatlichen Hoheitsakt dar, der als solcher der richterlichen Nachprüfung nur in ganz beschränktem Umfang unterworfen sein kann. Insbes. ist die Frage, ob die Unterwerfung der Antragsgegnerin unter die Schiedsklausel der Verbandsatzung noch in den Rahmen von Maßnahmen fällt, die dem Zwecke der Marktregelung dienen und hierzu erforderlich sind, und ob der RWiM., wenn er durch seine Anordnung v. 7. Juni 1935 eine solche Unterwerfung verfügt hat, diesen Rahmen überschritten hat, der Nachprüfung des Gerichts entzogen (vgl. Müllensiefen-Dörinkel a. a. O. S. 131 bis 132). Dagegen kann grundsätzlich der Entsch. der Gerichte nicht die Auslegung der Anordnung des RWiM. v. 7. Juni 1935 zwecks Prüfung der Frage entzogen sein, ob der Minister durch sie die Antragsgegnerin auch der Regelung des § 12 der Verbandsatzung unterworfen hat. Das Schiedsgericht hat die Anordnung i. S. der Bejahung dieser Frage ausgelegt und deshalb seine Zuständigkeit bejaht. Nach Maßgabe der §§ 1041 Abs. 1 Nr. 1, 1042 Abs. 2 ZPO. ist das ordentliche Gericht daran nicht gebunden, sondern hat diese Prüfung selbständig vorzunehmen. Diese Auslegung steht auch dem Revisionsrichter offen, da es sich, wie erwähnt, um die Prüfung des Inhalts eines staatlichen Hoheitsaktes handelt. Sie ergibt die Richtigkeit der Auslegung des Schiedsgerichts und damit des RG.

Der Schiedsvertrag (§ 1025 ZPO.) ist ebensowenig wie eine „Anordnung“ der Schiedsgerichtsbarkeit (§ 1048 ZPO.) „rein prozessualer Art“, wie das RG. meint. Der Schiedsvertrag ist vielmehr ein materiellrechtlicher Vertrag über prozessrechtliche Beziehungen (vgl. RGZ. 144, 98 unten mit Anführungen), und das gilt entsprechend für „Anordnungen“ i. S. des § 1048 ZPO. Unhaltbar ist die Auffassung des BG., als lasse der Gesetzgeber die ordentliche Gerichtsbarkeit zugunsten der Schiedsgerichtsbarkeit nur mehr in den Fällen einer vertraglichen Vereinbarung (§ 1025 ZPO.) zurücktreten; die Vorschriften des § 1048 ZPO. gelten vielmehr unverändert fort (vgl. RGZ. 144, 99/100 = JW. 1934, 1351¹² (m. Anm.)). Deshalb kann für den vorl. Fall offenbleiben, ob es sich bei diesem Satzungsschiedsgericht um ein vereinbartes oder um ein durch eine „lex contractus“ (Satzung) „angeordnetes“ Schiedsgericht handelt (vgl. RGZ. 144, 99/100; 147, 213 [S. 220 Ziff. 4] = JW. 1935, 1850⁹ m. Anm.; RGZ. 153, 267 [270] = JW. 1937, 1557¹⁸ m. Anm.). Aus der sach-

lich-rechtlichen Natur des Schiedsvertrags (ebenso wie der Schiedsgerichtsordnung nach § 1048 ZPO.) ergibt sich aber weiter, daß durch beide sachlich-rechtlich „Rechte und Pflichten“ begründet werden; die Anordnung des RWiM., die Vertragsgegnerin werde dem Verbands „mit gleichen Rechten und Pflichten, wie sie für die übrigen Mitglieder des Verbandes nach der ... Satzung bestehen“, angeschlossen, ergibt daher ohne weiteres die Erstreckung des Bereiches jener Anordnung auf den § 12 der Satzung. Es fehlt jeder Anhaltspunkt dafür, daß der RWiM. gerade den durch § 12 der Satzung umschlossenen Bereich von Rechten und Pflichten von der Erstreckung auf die angeschlossenen Firmen habe ausnehmen wollen. Er hat sich in seiner Anordnung ausdrücklich auf die ihm vorl. Fassung der Satzung bezogen, die unstreitig den § 12 enthielt. Die gegenteilige Annahme würde zu dem unhaltbaren Ergebnis führen, daß ein Teil der Verbandsfirmen der Schiedsgerichtsbarkeit unterstände, der andere Teil aber nicht. Es kann auch keine Rede davon sein, daß die Erstreckung die Vorschrift des § 16 Satz 2 BGB. verletzen würde, wenn sie nicht auf einer „freien Wahl (der Schiedsgerichtsbarkeit seitens) der Beteiligten“ oder auf einer nach § 8 ZwKartGes. erlassenen Rechtsverordnung beruhen würde. Ihre Rechtsgrundlage findet die Anordnung in der gesetzlichen Ermächtigung des RWiM., die in §§ 1 Abs. 1, 2 Halbs. 1 und Nr. 1 des vorgenannten Gesetzes enthalten ist. Die Anordnung ersetzt die Einwilligung der Antragsgegnerin, falls man § 1025 ZPO. (vertragliche Vereinbarung der Schiedsgerichtsbarkeit) für anwendbar halten will, im Hinblick auf § 12 der Satzung ebenso, wie im Hinblick auf alle sonst darin enthaltenen Bestimmungen; sie stellt die „Anordnung“ (§ 1048 ZPO.) dar, falls man (vgl. das mehrfach erwähnte Urteil des erf. Sen. RGZ. 144, 99 unten, wie auch RGZ. 153, 270) in diesem „Satzungsschiedsgericht“ ein angeordnetes Schiedsgericht sehen will. Daß es, wie die Revisionsbeantwortung meint, unter der Herrschaft des Ges. zur Änderung des Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten v. 27. Okt. 1933 (RGBl. I, 780) unmöglich sei, in Aufhebung der Unterwerfung unter ein schiedsrichterliches Verfahren den Parteilichen durch eine behördliche Anordnung zu ersetzen, ist völlig abwegig. Die dort getroffenen Bestimmungen (Abschnitt IX Ziff. 32 und 33) ergeben dafür nicht den geringsten Anhalt; schon die unveränderte Aufrechterhaltung des § 1048 ZPO. spricht dagegen (vgl. RGZ. 144, 101 oben), abgesehen davon, daß eine Einschränkung der Befugnisse oberster Reichsbehörden, auf gesetzlicher Grundlage Anordnungen zu erlassen, gewiß nicht im Sinne jenes AbändG. v. 27. Okt. 1933 gelegen haben kann.

Nach dem Ausgeführten ergibt sich, daß Schiedsgericht und BG. in zulässiger Weise an die Auslegung der Anordnung vom 7. Juni 1935 herangetreten sind und daß ihre Auslegung richtig ist. Wie eingangs erwähnt wurde, umfaßt das Recht zur Auslegung der Anordnung nicht auch das Recht der Gerichte, zu prüfen, ob sich der RWiM. bei der Anordnung (deren Auslegung ergeben hat, daß sie die Antragsgegnerin der Satzungsbestimmung des § 12 unterwirft), im Rahmen des durch §§ 1 Abs. 1, 2 Ziff. 1 ZwKartGes. umschriebenen Zweckes der Marktregelung gehalten habe. Vielmehr ist die Anordnung, deren Inhalt durch Auslegung festzustellen war, als staatlicher Hoheitsakt ohne weiteres gültig und bindend. Von den Möglichkeiten, unter denen auch solche Hoheitsakte ganz ausnahmsweise aufrechtbar oder nichtig sein können (vgl. Urteil des RG. vom 14. Juni 1932, II 450/31; KartRdsch. 1932, 565 ff. unter Nr. 3 und 4 = ZW. 1932, 3262 und ZW. 1933, 843), kommt hier keine in Frage. Gleichwohl mag bemerkt werden, daß es durchaus verfehlt wäre, anzunehmen, die Anordnung habe mit dem Zwecke der Marktregelung nichts zu tun. Es ist vielmehr klar, daß die Anschließung der Antragsgegnerin (und anderer Firmen) an den Verband als Ganzes genommen eine der Marktregelung sogar unmittelbar dienende Maßnahme darstellte, auch wenn debienwirtschaftliche (Ausfuhr-) Fragen im Vordergrund gestanden haben sollten (vgl. M ü l l e r s e n, „Von der Kartellpolitik zur Marktordnung und Preisüberwachung“, Berlin 1935, S. 40/41), und daß alle Einzelheiten, die zur Durchführung dieser Anschließung dienten, den Voraussetzungen der §§ 1 Abs. 1, 2 Halbs. 1 und Ziff. 1 ZwKartGes. entsprachen.

(RG., VII. ZivSen., U. v. 2. Nov. 1937, VII 120/37.) [Fu.]

32. KartG. — Vorwegentscheidung des KartG. über eine Kündigung aus § 8 KartZD., wenn das Ausscheiden eines Mitglieds auf Grund bürgerlich-rechtlicher Vorschriften streitig ist. Auslegung einer Satzungsbestimmung in Anwendung des § 39 Abs. 2 BGB. †)

Die Antragsgegnerin war seit 1. Jan. 1936 Mitglied des Antragstellers. Mit Schreiben vom 30. Dez. 1936 hat sie diesem mitgeteilt, daß sie sofort ausscheide.

Auf den rechtzeitig gestellten Antrag des Antragstellers hat der Vorsitzende des KartG. durch Beschl. v. 11. März 1937 die fristlose Kündigung der Antragsgegnerin für unzulässig erklärt. Die Antragsgegnerin hat die Entsch. des KartG. anrufen.

Die Entsch. des Vorsitzenden des KartG. war aufrechtzuerhalten.

Die Antragsgegnerin hat mit Schreiben vom 30. Dez. 1936 aus wirtschaftlichen Gesichtspunkten ihre Kartellzugehörigkeit fristlos gekündigt. Nach Einleitung des kartellgerichtlichen Verfahrens hat sie weiterhin vorgebracht, sie sei überdies nach bürgerlich-rechtlichen Grundsätzen schon mit Zugang ihres Schreibens am 31. Dez. 1936 aus dem antragstellenden Kartell ausgeschieden, da die in dessen Satzung unter § 3 Ziff. 6 a aufgeführten Kündigungsbeschränkungen nach § 39 Abs. 2 und § 139 BGB. nichtig seien.

Dem Verlangen der Antragsgegnerin, vorerst die Entsch. des ordentlichen Gerichts über ihr nachträgliches Vorbringen abzuwarten, auf das § 8 KartZD. an sich nicht anwendbar ist, war nicht stattzugeben. Denn das den vorl. Rechtsstreit veranlassende Schreiben der Antragsgegnerin v. 30. Dez. 1936, neben dem seine Bestätigung vom 12. Jan. 1937 keine rechtliche Selbständigkeit beanspruchen kann, ist rein auf wirtschaftsrechtliche Erwägungen gestützt, die so umfangreich und für die Mitglieder des antragstellenden Kartells so dringlich sind, daß ein besonderes Interesse an einer baldigen Klärung im vorl. Verfahren nicht zu verkennen ist. Da nun, wenn das nachträgliche Vorbringen der Antragsgegnerin begründet wäre, sich eine Entsch. aus § 8 KartZD. erübrigte, beharrt es vorweg einer Stellungnahme zu der Berufung der Antragsgegnerin auf die §§ 39 und 139 BGB.

§ 3 Ziff. 6 a der Satzung des Antragstellers lautet: „Der Austritt kann nur bis zum 31. März jedes Jahres erfolgen und ist nur unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von zwei Jahren mittels eingeschriebenen Briefes an den Vereinsführer zulässig.“ Diese Satzungsbestimmung widerspricht der Vorschrift des für den Antragsteller als eingetragenen Verein gültigen § 39 Abs. 2 BGB., nach welchem durch die Satzung bestimmt werden kann, daß der Austritt entweder am Schlusse eines Geschäftsjahres oder erst nach Ablauf einer Kündigungsfrist zulässig sei, die höchstens zwei Jahre betragen dürfe. Der Antragsteller hat also in seiner Satzung beide Austrittsarten unzulässigerweise miteinander verbunden und dadurch die höchstzulässige Kündigungsfrist überschritten. Daraus ist aber nicht mit der Antragsgegnerin die Nichtigkeit der erwähnten Satzungsbestimmung in allen ihren Teilen herzuleiten. Das würde weder im Einklang stehen mit Sinn und Zweck des Gesetzes noch mit den allgemeinen Kündigungsregeln. Unstreitig setzt eine zu kurze Kündigung die regelrechte Kündigungsfrist in Lauf. Daraus ist zu schließen, daß eine zu lange Kündigungsfrist sich kraft des Gesetzes auf den nach ihm zulässigen Zeitraum verfürzt. Eine übermäßige Kündigungsfrist ist also nur für den überschreitenden Teil ungültig und erzeugt nicht i. S. von § 139 BGB. eine Nichtigkeit der Kündigungsfrist im ganzen. Eine solche Nichtigkeit ist weder im Gesetz ausdrücklich ausgesprochen, noch bei seinem Erlaß beabsichtigt worden. Das ist aus der Bemerkung auf S. 1074 der Protokolle zum BGB. zu entnehmen: „Daß das Recht der Mitglieder, aus dem Verein auszutreten, höchstens an eine zweijährige Kündigungsfrist oder an den Ablauf des Geschäftsjahres geknüpft werden darf, entspreche der auch sonst im Entwurf befolgten Tendenz, die unbedingte Bindung der Person für unbegrenzte Zeit auszuschließen.“ In dem gleichen Sinne führt das Erläuterungsbuch von RGR. zu § 39 BGB. aus: „Eine die Kündigung unzulässig verlängernde Satzungsbestimmung ist insofern ungültig, als das Mitglied berechtigt bleibt, nach Ablauf von zwei Jahren seit der Kündigung auszuscheiden.“

Zu dem gleichen Ergebnis gelangt man, wenn man den Willen der Vertragsschließenden bei Eingehung des Kartellvertrags zugrunde legt. Ein Kartellvertrag ohne jede zeitliche Bindung der Mitglieder ist ein Unding, da ein jederzeit zulässiger Austritt dem inneren Wesen des Kartellzwangs widerspricht. Zweifellos beabsichtigte der Antragsteller eine möglichst lange Bindung seiner Mitglieder; das mußte auch die Antragsgegnerin erkennen, als sie beim Eintritt ins Kartell von der Satzung Kenntnis erhielt. Unter diesen Umständen ist selbst bei Anwendung des § 139 BGB. im Gegensatz zu den Ausführungen der Antragsgegnerin vorliegend die Regelung in § 3 Ziff. 6 a der Satzung keineswegs ohne weiteres als im ganzen nichtig anzusehen; vielmehr könnte dann die

Nichtigkeit nur auf die Austrittsmöglichkeit zum Schlusse des Geschäftsjahres bezogen werden, soweit sich sonst die Kündigungsfrist über zwei Jahre verlängern würde. Nur eine solche Gesetzesanwendung entspricht Treu und Glauben und berücksichtigt genügend die Erfordernisse des Lebens, da andernfalls die Bestimmung im § 39 Abs. 2 im Verein mit § 139 BGB. Strafcharakter annehmen würde, wofür jeder Anlaß fehlt.

(KartG., Beschl. v. 26. Mai 1937, K 76/37.)

Anmerkung: Der Entsch. ist beizupflichten.

Ein Antrag aus § 8 KartW.D. erfordert eine rasche Klärung, so daß die Aussetzung der Entsch. des KartG. hierüber bis zur Klärung der Frage, ob ein von dem Mitgliede anhängig gemachter bürgerlicher Rechtsstreit über die Wirksamkeit seiner Zugehörigkeit zu dem Kartellverein die Entsch. der KartW.D. aus § 8 überflüssig macht, regelmäßig nicht am Platze sein wird. Allerdings bleibt für eine Entsch. des KartG. aus § 8 KartW.D. kein Raum mehr, wenn das einen Antrag nach § 8 KartW.D. stellende Mitglied zum Zeitpunkt der Antragsstellung oder der Entsch. des KartG. nach bürgerlich-rechtlichen Vorschriften aus der Kartellvereinigung schon wirksam ausgeschieden wäre. Das KartG. hat daher von sich aus die Frage geprüft, ob das antragstellende Mitglied dem Kartell noch angehört. Das Mitglied hatte behauptet, daß es nach § 39 Abs. 1 BGB. jederzeit aus dem Kartellverein durch fristlose Kündigung ausscheiden könne, da die Satzungsbestimmung dahin, die Kündigung sei nur auf den Schluß eines Geschäftsjahres und unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von zwei Jahren zulässig, gegen die Vorschrift des § 39 Abs. 2 BGB. verstoße, nach welcher die Kündigung eines Vereinsmitgliedes nur dahin beschränkt werden kann, daß sie entweder zum Schlusse eines Geschäftsjahres zulässig oder an die Einhaltung einer Kündigungsfrist von höchstens zwei Jahren gebunden werden kann. Zutreffend kommt das KartG. zu der Auffassung, daß eine gegen § 39 Abs. 2 BGB. verstoßende Satzungsbestimmung nicht ohne weiteres die fristlose Kündigungsbezugnis nach § 39 Abs. 1 BGB. auslöst, vielmehr dahin geprüft werden muß, ob nicht nach dem ihr zugrundeliegenden vernünftigen Zweck die Beschränkung der Kündigung i. S. der gesetzlich zulässigen größtmöglichen Dauer der Bindung aus ihr zu entnehmen ist. Diese Auffassung des KartG. entspricht auch dem Sinne von RGZ. 90, 311. Eine Satzungsbestimmung, welche die beiden Beschränkungsmodalitäten der Kündigung eines Vereinsmitgliedes miteinander verbindet, statt die eine oder die andere zur Anwendung zu bringen, ist nicht schlechthin ungültig. Sie ist mit Sicherheit dahin auszulegen, daß jedenfalls die Beschränkungsmodalität zur Anwendung gelangt, welche die größtmögliche Bindung des Mitgliedes an die Zugehörigkeit zum Verein in sich schließt. Das ist die Bindung des Mitgliedes an die Einhaltung einer zweijährigen Kündigungsfrist.

Wenn auch nicht im vorl. Falle, in welchem auch der bürgerlich-rechtliche Rechtsstreit m. E. unzweifelhaft zumungunsten des Kartellmitgliedes zu entscheiden war, so kann sich doch theoretisch sonst der Fall ergeben, daß bei Fällung einer Entsch. nach § 8 KartW.D. das KartG. die Zugehörigkeit eines Mitgliedes zum Kartell unterstellt, während das ordentliche Gericht dessen Kochzugehörigkeit zum Kartell verneint. Schwierigkeiten hieraus können jedoch nicht entstehen, so daß auch aus diesem Grunde der eingangs hervorgehobenen Auffassung des KartG. zugestimmt werden muß.

RM. Dr. Alfons Roth, Berlin.

Neuregelung des Straßenwesens

**** 33. RG. — Ges. über die einstweilige Neuregelung des Straßenwesens und der Straßenverwaltung v. 26. März 1934; DurchW.D. v. 7. Dez. 1934. Der im § 3 RGes. v. 26. März 1934 verordnete Übergang der Rechte und Pflichten aus dem Eigentum an der Straße erstreckt sich auch auf die Rechte und Pflichten aus dem Eigentum am Straßenzubehör. Die Frage, was Straßenzubehör ist, ist nach wie vor auf Grund des in Kraft gebliebenen Landesrechts zu beurteilen. Auslegung des § 21 DurchW.D.: Grundstücke, die ein Grundbuchblatt mit Straßenzubehören teilen, sollen mit der Straße auf den neuen Träger der Straßenbaukosten übergehen; Grundstücke, die im Grundbuch ein eigenes Blatt für sich allein besitzen, sollen grundsätzlich von dem Übergang ausgeschlossen und eine abweichende Regelung besonderer Vereinbarung vorbehalten sein.**

Der bekl. Kreis ist Eigentümer der Landstraßen erster Ordnung S.—M. und M.—S. An der erstgenannten Straße liegt in

B., an der letztgenannten in D. je ein Haus, das ursprünglich als Chauffeehaus für die Chauffeegelderhebung errichtet und benutzt worden war, später nach dem Wegfall der Chauffeegelder von Straßenwärtern des Bekl. bewohnt wurde. Beide Häuser gehören dem Bekl. Das Haus in B. war bis zum 18. Nov. 1935 im Grundbuch nicht vermerkt; erst an diesem Tage hat es auf Antrag des Bekl. ein eigenes Grundbuchblatt für sich allein erhalten. Das Haus in D. war schon vor dem 1. April 1934 im Grundbuch eingetragen, und zwar als besondere Nummer im Bestandsverzeichnis eines Grundbuchblatts, auf dem auch Teile der an dem Hause vorüberführenden Straße gebucht waren.

Gestützt auf das Ges. über die einstweilige Neuregelung des Straßenwesens und der Straßenverwaltung v. 26. März 1934 (RGBl. I, 243) nimmt die klagende Provinz in ihrer Eigenschaft als neue Trägerin der Straßenbaukosten an den beiden Landstraßen nunmehr auch die aus dem Eigentum an den erwähnten Häusern sich ergebenden Rechte der Ausübung nach für sich in Anspruch und klagt auf Herausgabe der Häuser, hilfsweise auf Feststellung, daß ihr die Eigentumsrechte daran der Ausübung nach zustehen.

Beide Vorinst. haben die Klage abgewiesen. Die Kl. hat Rev. eingelegt, jedoch ohne Erfolg.

Beide Vorinst. haben den Rechtsweg für zulässig erachtet. Das OLG. hat diese von Amts wegen zu prüfende Frage zwar nicht für bedenkenfrei erklärt, die bejahende Antwort aber dahin begründet: Weder das RGes. v. 26. März 1934 selbst noch die dazu ergangene DurchW.D. v. 7. Dez. 1934 (RGBl. I, 1237) enthielten eine Vorschrift, die den vorl. Rechtsstreit dem ordentlichen Gericht entzöge. Entscheidend sei also nach § 13 BGB., ob es sich hier um eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit handle. Der Streit gehe um Eigentums- und Besitzrechte an Grundstücken. Mögen auch die Befugnisse, welche die Kl. für sich in Anspruch nehme, auf einen öffentlich-rechtlichen Übertragungsakt, nämlich das RGes. v. 26. März 1934, zurückgehen, so behalte doch der Streit inhaltlich seine bürgerlich-rechtliche Natur.

Die Rev. läßt diese Begründung gelten. Auch von Amts wegen sind Bedenken gegen die Zulässigkeit des Rechtswegs um so weniger zu erheben, als der Generalinspektor für das deutsche Straßenwesen in die Parteien an die ordentlichen Gerichte verwiesen hat. Die bürgerlich-rechtliche Natur des Rechtsstreits ist unerkennbar. Vorschriften, die den Streit an Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichte oder andere Stellen verwiesen oder auch nur den ordentlichen Rechtsweg ausschließen oder beschränken, sind nicht vorhanden.

Die Kl. hatte im zweiten Rechtszuge die Anwendung des § 3 Ges. v. 26. März 1934 zu ihren Gunsten schon dadurch zu rechtfertigen versucht, daß sie die beiden Häuser als Teile der eigentlichen Straßenzubehöre ansprach. Dieser Auffassung war der Bekl. entgegengetreten. Das OLG. hat sich ihm angeschlossen und die Entsch. darauf abgestellt, ob die Häuser Straßenzubehöre im wegerrechtlichen Sinne sind. Dem ist beizutreten. Wie § 21 DurchW.D. klar erkennen läßt, hat es dem Gesetzgeber ferngelegen, außerhalb des eigentlichen Straßenzubehörs liegende Grundstücke selbst dann, wenn sie Straßenzwecken dienen, als Straßenteile zu behandeln. Er hat vielmehr den althergebrachten Unterschied zwischen der eigentlichen Straße und dem Straßenzubehör in seine Neuregelung übernommen. Dieser Erkenntnis hat sich auch die Rev. nicht mehr verschlossen. Denn sie beschränkt sich darauf, die Ansicht des BG. zu bekämpfen, daß die Häuser kein Straßenzubehör seien.

Bei der Prüfung der Frage, ob die Häuser als Straßenzubehöre anzusehen sind, geht das OLG. zugunsten der Kl. davon aus, daß im Falle der Bejahung dieser Frage die Klage wenigstens in Ansehung des Hauses in B. begründet wäre. Es erstreckt also den im § 3 RGes. v. 26. März 1934 verordneten Übergang der Rechte und Pflichten aus dem Eigentum an der Straße rechtsgrundsätzlich auch auf die Rechte und Pflichten aus dem Eigentum am Straßenzubehör. Diese Gesetzesauslegung ist rechtlich nicht zu beanstanden. Rechtsirrig ist es aber, wenn das BG. für das Haus in D. eine Ausnahme von der rechtsgrundständigen Regelung

schon aus § 21 DurchfV.D. glaubt herleiten zu können. Solange zu unterstellen wäre, daß das Haus in D. Zubehör der Straße R.—S. sei, würde die Klage in Ansehung dieses Hauses nicht am § 21 DurchfV.D. scheitern. Das BG. meint freilich, für das Haus in D. sei beim Inkrafttreten des Ges. v. 26. März 1934 und der DurchfV.D. v. 7. Dez. 1934 „ein besonderes Grundbuchblatt angelegt“ gewesen und deshalb sei dieses Grundstück mangels einer Übernahmevereinbarung nicht von dem neuen Träger der Straßenbaulast mit übernommen worden. Diese Ansicht verkennt indessen die Abgrenzung des Begriffs „besonderes Grundbuchblatt“ im § 21 DurchfV.D. Das DLG. versteht den Begriff dahin, daß das außerhalb des Straßenkörpers liegende Grundstück „überhaupt im Grundbuch eingetragen“ sei, gleichviel ob die Eintragung auf einem Einzelgrundbuchblatt oder auf einem Gemeinschaftsblatt für Grundstück und Straße erfolgt sein sollte. Denn es sei kein innerer Grund dafür ersichtlich, daß unter dem „besonderen Grundbuchblatt“ gerade nur ein Einzelgrundbuchblatt verstanden sein sollte. Dieser Gesetzesauslegung tritt die Rev. mit Recht entgegen. Hätte der Gesetzgeber im § 21 DurchfV.D. die Grundbuchanlegung als solche ohne Rücksicht auf die Art der Buchung (Gemeinschaftsblatt oder Einzelblatt) für genügend gehalten, so hätte er gewiß nicht von einem „besonderen“, sondern schlechthin von „einem“ Grundbuchblatt gesprochen. Der Begriff des „besonderen“ Blatts steht hier wie in den §§ 3, 4 G.B.D. ersichtlich im Gegensatz zu dem Begriff des „gemeinschaftlichen“ Blatts für mehrere Grundstücke desselben Eigentümers. Sinn und Zweck der unterschiedlichen Behandlung von Grundstücken, die für sich ein Einzelblatt hatten, und solchen, die auf Gemeinschaftsblättern standen, war beim Erlass der DurchfV.D. offenbar der, die Übergangsfrage der außerhalb des Straßenkörpers liegenden, als Straßenzubehör in Betracht kommenden Grundstücke möglichst der Grundbuchlage anzupassen. Grundstücke, die ein Grundbuchblatt mit Straßenparzellen teilten, sollten mit der Straße auf den neuen Träger der Straßenbaulast übergehen; Grundstücke, die im Grundbuch ein eigenes Blatt für sich allein besaßen, sollten grundsätzlich von dem Übergang ausgeschlossen und eine abweichende Regelung der besonderen Vereinbarung vorbehalten sein. Da nun aber das D. Haus kein „besonderes“ Grundbuchblatt für sich allein hatte, sondern auf einem „gemeinschaftlichen“ Blatt mit Straßenparzellen — wenn auch unter besonderer Nummer des Bestandsverzeichnisses — verbucht war, traf § 21 DurchfV.D. dieses Grundstück nicht in dem Sinne, daß sein Übergang mangels anderweitiger Vereinbarung kraft Gesetzes ausgeschlossen gewesen wäre.

Das DLG. hatte seine Auffassung, daß die streitigen Häuser in P. und D. kein Straßenzubehör seien, aus dem § 97 BGB. abgeleitet. Es hatte die Voraussetzungen des bürgerlich-rechtlichen Zubehörbegriffs bei den Häusern verneint. Mit Recht hat das DLG. sich diese Erwägung nicht zu eigen gemacht, sondern ist von dem seit altersher bekannten öffentlich-rechtlichen Begriff des Zubehörs oder auch der Zubehörung an öffentlichen Wegen und Straßen ausgegangen. Von diesem Standpunkt aus, den § 21 DurchfV.D. ersichtlich teilt und den auch die Rev. ausdrücklich gutheißt, gelangt das DLG. zur Verneinung der Frage, ob die beiden Häuser Straßenzubehör seien, durch Anwendung der §§ 5, 6 WegeD. für die Provinz Sachsen vom 11. Juli 1891 (PrGS. 316), die es vergleicht mit anderen örtlich beschränkten Wegerechten (z. B. für Hannover und für Lauenburg). Die Anwendung der WegeD. für die Provinz Sachsen vom Jahre 1891 hält es auch gegenüber dem RGes. v. 26. März und der DurchfV.D. v. 7. Dez. 1934 für geboten. Es sagt dazu: Wenn es im § 21 DurchfV.D. heißt „wenn sie bisher Zubehör waren“, so kann das nur bedeuten, „wenn sie nach der örtlich geltenden Auffassung Zubehör waren“.

Die Rev. hält schon die Auslegung, die das BG. den §§ 5, 6 WegeD. für die Provinz Sachsen hat zuteil werden lassen, für rechtsirrig, sieht aber ein, daß ihr ein Revisionsangriff insoweit durch § 549 ZPO. veragt ist. Sie glaubt indessen, jene das Urteil des BG. tragende Auslegung durch das neue Reichsrecht gänzlich ausschalten zu können. Zur Begründung ihres Rechtsstandpunktes führt sie aus: Der Begriff des Straßenzubehörs richte sich heute nicht mehr nach alten örtlichen Wegeordnungen,

sondern nur noch nach § 21 DurchfV.D. v. 7. Dez. 1934. Ein Zurückgreifen auf jene überholten Sonderrechte sei mit dem Sinn und Zweck der reichsgesetzlichen Neuordnung des deutschen Straßenzubehörs unvereinbar. Das RGes. v. 26. März 1934 wolle die Zersplitterung auf diesem Gebiet beseitigen. Wenn es nun einen allgemeinen Begriff wie Straßenzubehör verwende, so sei es undenkbar, ihr bei der Gesetzesanwendung wieder i. S. verschiedener früherer örtlicher Regelungen aufzuspalten. Spreche das Gesetz selbst in seiner Überschrift auch nur von einer „einstweiligen Neuordnung“, so beziehe sich das „einstweilig“ doch lediglich auf die organisatorischen, nicht auf die materiellrechtlichen Vorschriften des Gesetzes. Unter Straßenzubehör i. S. des § 21 DurchfV.D. müsse also ein einheitlicher reichsrechtlicher Begriff verstanden werden.

Diese Ausführungen der Rev. halten einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand. So wünschenswert es wohl wäre, daß ein einheitlicher reichsgesetzlicher Begriff des Straßenzubehörs geschaffen und damit den alten zersplitterten Begriffsabgrenzungen der verschiedenen Landesrechte ein Ende gesetzt würde, so wenig kann der Rev. zugegeben werden, daß dieses Ziel bereits durch die Reichsgesetzgebung des Jahres 1934 erstrebt und erreicht worden wäre. Das RGes. v. 26. März 1934 ist ein reines Organisationsgesetz; darüber hinaus ist es nur ein einstweiliges Gesetz, das der künftigen Gestaltung des Reichsstrassenrechts nicht vorgreifen will, sondern bewußt eine Lösung gewährt hat, die auf dem bisher bestehenden Rechtszustand aufbaut und alle Möglichkeiten einer endgültigen Neugestaltung dem künftigen Gesetzgeber im Rahmen des Neuaufbaus des Reiches offen läßt (vgl. Pfundtner-Neubert, „Das neue Deutsche Straßensrecht“, Teil VI a Nr. 2 Einführung zum RGes. v. 26. März 1934, S. 2). Daß dem Gesetzgeber des Jahres 1934 die Absicht geseht hat, materiellrechtliche Grundbegriffe des Straßensrechts, insbes. den Begriff des Straßenzubehörs, einheitlich für das ganze Reichsgebiet neu zu regeln, ergibt sich eindeutig schon aus dem Gesetz selbst, das solche Fragen überhaupt nicht berührt. Jeden Zweifel in dieser Richtung beseitigen aber auch die §§ 12, 21 DurchfV.D. Wenn § 12 vorschreibt, daß der Umfang der Straßenbaulast sich weiterhin bis zur Regelung durch ein Reichsgesetz nach den landesrechtlichen Bestimmungen richtet, so kann der Gesetzgeber nicht daran gedacht haben, dem bisher geltenden Landesrecht gerade zur Frage des Straßenzubehörs, einer Frage, die mit dem Umfang der Straßenbaulast untrennbar verknüpft ist, den Garaus zu machen und dieses Gebiet von sich aus einheitlich neu zu ordnen. Und ebenso spricht § 21 für das Fehlen einer solchen Absicht. Denn die hier getroffene Regelung, die darauf abstellt, was „bisher Straßenzubehör war“, wäre unverständlich, wenn der Reichsgesetzgeber mit den alten Zubehörexlegungen des Landesrechts hätte aufräumen und das bisher geltende Partikularrecht insoweit durch ein neues Reichsrecht hätte ersetzen wollen. Ist aber die Straßenzubehörfrage nach wie vor auf Grund des in Kraft gebliebenen Landesrechts zu entscheiden, so scheitert die Rev. an der unangreifbaren Auslegung, die das BG. für die §§ 5, 6 SächsWegeD. v. 11. Juli 1891 gefunden hat.

(RG., V. ZivSen., U. v. 16. Okt. 1937, V 56/37.) [v. B.]

Reichsstrassenverkehrsordnung

34. DLG. — § 27 RStraßVerfD. Vorfahrtsberechtigt ist auch ein Kleinkraftrad, das nur mit den Pedalen vorwärts bewegt wird. f)

Der Kl. verlangt vom Bekl. Ersatz des Schadens, der ihm dadurch entstanden ist, daß der Bekl. ihn mit seinem PKW. angefahren hat. Der Bekl. fuhr die D.straße entlang. Der Kl. kam auf seinem Kleinkrafttrabe von der M.straße, die in die D.straße von rechts her einmündet, und fuhr im Bogen nach links in die D.straße hinein. Er hatte den Motor noch nicht eingeschaltet, sondern bewegte das Rad nur erst durch Treten der Pedale vorwärts. Der Bekl. meint, daß das Kleinkrafttrab deshalb nicht als ein Kraftfahrzeug i. S. des § 27 RStraßVerfD. anzusehen gewesen wäre und daß er daher mit seinem PKW. zur Vorfahrt vor ihm berechtigt gewesen sei. Das DLG. ist ihm darin gefolgt und hat die Klage abgewiesen. Das DLG.

hat das Vorfahrtrecht für das Kleinkraftrad dagegen bejaht und hat der Klage stattgegeben.

Auch ein Kleinkraftrad ist ein Kraftfahrzeug i. S. der RStRafVfVd., das nach deren § 27 zur Vorfahrt an Straßen- einmündungen berechtigt ist, wenn es von rechts kommt, wie das hier der Fall war. Der Auffassung des OLG., diese Regelung des Vorfahrtrechts gelte nur, sofern das Kleinkraftrad mit Motorantrieb fahre, und es rechne, solange es nur durch Pedal treten bewegt wird, zu den „anderen Verkehrsteilnehmern“ i. S. des § 27, vor denen Kraftfahrzeuge zur Vorfahrt berechtigt sind, kann nicht zugestimmt werden. Nach der gesetzlichen Regelung ist für die Frage, ob ein Fahrzeug Kraftfahrzeug i. S. der RStRafVfVd. ist, lediglich seine Bauart und die Möglichkeit danach, es durch maschinellen Antrieb in Bewegung zu setzen, entscheidend (§ 1 Abs. 1 u. 2 KraftfG., § 2 Abs. 1 RStRafVfVd.). Der Begriff des Kleinkrafttrads hat im Gesetz nur insofern Bedeutung bekommen, als Kleinkraftträder gem. § 27 KraftfG. den verschärften Haftungsgrundsätzen des KraftfG. nicht unterworfen werden sollten. Deshalb bleibt das Kleinkraftrad ein Kraftfahrzeug i. S. der RStRafVfVd. auch dann, wenn es einstweilen nur durch Pedal treten bewegt wird, weil allein das Vorhandensein des Motorantriebs dafür wesentlich und entscheidend ist. Daß ein Kleinkraftrad bei bloßem Pedalantrieb nicht auch in seiner Eigenschaft als Kraftfahrzeug in Betrieb gesetzt ist, ein dabei sich ereignender Unfall demnach nicht als „bei dem Betrieb eines Kraftfahrzeugs“ entstanden angesehen werden kann (vgl. Müller, „RStRafVfVd.“, § 2 Anm. 3a), ist eine andere Frage, die mit der Eigenschaft auch des Kleinkrafttrads an sich als Kraftfahrzeug i. S. der RStRafVfVd. nichts zu tun hat.

Diese Auffassung entspricht auch allein den Anforderungen des Verkehrs und seiner Sicherheit. Wollte man das Kleinkraftrad einmal als Kraftfahrzeug i. S. der RStRafVfVd. behandeln und ein anderes Mal als einfaches Fahrrad, je nachdem ob gerade der Motor läuft oder nicht, dann würde das zu Ergebnissen im Verkehrsleben führen, die dessen Sicherheit nur zu gefährden vermöchten. Denn der andere Verkehrsteilnehmer wird nicht selten gar nicht erkennen können, ob bei einem Krafttrader, auf das er sich irgendwie einzustellen hat, der maschinelle Antrieb gerade arbeitet oder ob das nicht der Fall ist. Dagegen wird er aus der ganzen Bauart in der Regel auch schon weiter ab erkennen können, daß das Fahrzeug kein einfaches Fahrrad, sondern ein Krafttrader ist. Deshalb muß von ihm verlangt werden, daß er bei dem Zusammentreffen mit einem Kleinkrafttrader sein Verhalten grundsätzlich stets entsprechend den von der RStRafVfVd. gegebenen Vorschriften über Zusammentreffen mit Kraftfahrzeugen einrichtet, auch wenn das Krafttrader ohne Motorantrieb fährt.

(OLG. Raumburg, Urf. v. 5. Okt. 1937, 7 U 114/37.)

Anmerkung: Ich halte die Entsch. für unpraktisch. Auch zwingt m. E. das Gesetz keineswegs zu den hier gezogenen Schlußfolgerungen. Es ist durchaus richtig, daß zu den Kraftfahrzeugen i. S. der RStRafVfVd. auch die Kleinkrafttrader gehören. Grundsätzlich finden daher auf sie sämtliche Vorschriften für Kraftfahrzeuge Anwendung. Mit Recht hat daher das OLG. Dresden in der Entsch. v. 18. Dez. 1935 (WVZ. 1936, 147) einem fahrfreien Lieferdreirad das Vorfahrtrecht nach § 27 Abs. 1 RStRafVfVd. gewährt. Anders liegt aber der Sachverhalt im vorl. Falle, da das Krafttrader im Augenblick des Zusammenstoßes nur durch das Treten der Pedale bewegt wurde. Das OLG. erkennt auch an, daß infolge dessen der Unfall sich nicht bei dem Betriebe eines Kraftfahrzeugs ereignet hat. Trotzdem will es die Vorschrift über das Vorfahrtrecht der Kraftfahrzeuge aus Gründen der Verkehrssicherheit anwenden. Dabei wird m. E. übersehen, daß der entscheidende Anlaß für die bevorzugte Einräumung des Vorfahrtrechts für Kraftfahrzeuge darin gelegen hat, daß die Flüssigkeit des Verkehrs gefördert werden sollte. Ein Kleinkrafttrader, das nur durch die Bedienung der Pedale vorwärts bewegt wird, kann aber keine höhere Geschwindigkeit entwickeln als ein gewöhnliches Fahrrad. Deshalb ist es m. E. unzweckmäßig, ihm dasselbe Vorfahrtrecht zu verleihen wie einem Kraftfahrzeug. Es bedeutet auch keineswegs eine Überspannung der den übrigen Verkehrsteilnehmern obliegenden Sorgfaltspflicht, darauf zu achten, ob ein Kleinkrafttrader mit Motorantrieb fährt oder nicht. Sanktioniert, daß die Zahl dieser Kleinkrafttrader auch nicht so erheblich ist, daß man von einer Unsicherheit des Verkehrs sprechen könnte.

RA. Dr. Wagner, Breslau.

Grundbuchrecht

35. RG. — § 62 GBD. Werden bei einer Hypothek Rangänderungen in das Grundbuch eingetragen, so ist auf dem Hypothekenbrief nicht die Ranglage in ihrem Endergebnis, sondern jede einzelne Eintragung zu vermerken.

Im Grundbuch von L. Blatt 202 waren in Abt. III acht Rechte unter den Nummern 4—11 eingetragen. Am 11. Okt. 1935 wurden die Rechte Nr. 5 und 6 sowie Teilbeträge der Rechte Nr. 7 und 8 gelöscht und bei den verbleibenden Hypotheken Nr. 4 und 7a Zinsänderungen eingetragen. Ferner wurde der Vorrang der Rechte Nr. 9, 10 und 11 vor den Rechten Nr. 7b von 1100 G.M. und Nr. 8 gebucht sowie eine Hypothek Nr. 12 mit dem Rang vor den Rechten Nr. 4, 7, 8, 9, 10 und 11 neu in das Grundbuch eingetragen. Die Gläubiger der Hypotheken Nr. 9, 10 und 11 beantragten, die Briefe entsprechend zu berichtigen. Das GBA. vermerkte darauf unter dem 11. Okt. 1935 auf dem Hypothekenbrief Nr. 9:

„Nach Eintragungen von neuen Belastungen, Veränderungen und Löschungen am 11. Okt. 1935 sind vorhanden an vorgehenden oder gleichstehenden Eintragungen: Abt. III Nr. 4: 3000 G.M., Nr. 7a: 2600 G.M., Nr. 12: 3700 G.M. — sämtlich im Range vorgehend —.“

Entsprechende Vermerke setzte das GBA. auf die Hypothekenbriefe Nr. 10 und 11.

Demnächst beantragten die Hypothekengläubiger, auf den Briefen 9, 10 und 11 in Ergänzung des Vermerks v. 11. Okt. 1935 die Veränderung der Vorlasten nachzutragen. Das GBA. wies den Antrag zurück. Es führte aus, daß für die nachträgliche Ergänzung des Briefes gem. § 57 Abs. 3 GBD. die kurze Bezeichnung der im Range vorgehenden oder gleichstehenden Eintragungen gem. § 57 Abs. 2d GBD. genügen müsse, und daß der Ergänzungsvermerk v. 11. Okt. 1935 hierüber erschöpfend Auskunft gebe. Nach dem Eingang des Vermerks könne niemand auf den Gedanken kommen, daß in den Briefen als vorgehend aufgeführte Rechte vom GBA. in dem Ergänzungsvermerk verfehentlich fortgelassen worden seien. Auf die Richtigkeit einer derartigen Erklärung des GBA. müsse und dürfe sich jeder verlassen. Außerdem brauche der Ergänzungsvermerk das rechtliche Schicksal der vorgehenden Eintragungen im einzelnen nicht wiederzugeben. Das OLG. wies die Beschwerde der Gläubiger mit derselben Begründung zurück. Die weitere Beschwerde hatte Erfolg.

Das GBA. hat, anstatt zahlreiche einzelne Veränderungen auf den Briefen zu vermerken, sich darauf beschränkt, den jetzigen Stand des Grundbuchs in seinem Endergebnis darzustellen. Es hat sich offenbar von dem Bestreben leiten lassen, die Lesbarkeit der Briefe durch eine klare und übersichtliche Zusammenfassung zu erleichtern. Es ist ihm auch zuzugeben, daß im vorl. Falle der Ergänzungsvermerk v. 11. Okt. 1935 die Rangfolge der Hypotheken richtig und vollständig wiedergibt. Wenn auch das Bestreben, die Vermerke auf den Briefen klar und übersichtlich zu halten, anzuerkennen ist, so ergibt doch eine nähere Betrachtung der Rechtslage, daß dieses Verfahren für den Gläubiger, für das GBA. und für den Staat eine Gefahrenquelle bildet, die zur Ablehnung des Verfahrens nötig ist.

Die Vorinstanzen haben nicht berücksichtigt, daß die Zulässigkeit des beanstandeten Vermerks nicht ausschließlich nach § 57 GBD. zu beurteilen ist, sondern auch nach § 62 GBD. Danach sind Eintragungen, die bei der Hypothek erfolgen, von dem GBA. auf dem Brief zu vermerken, und zwar von Amts wegen. Daß unter diese Bestimmung auch Rangänderungen der Hypothek fallen, ist außer Zweifel. Veränderungen anderer Art, die nicht unter § 62 GBD. fallen, sind nur auf Antrag gem. § 57 Abs. 3 GBD. zu vermerken. Hierzu gehören die Inhaltsänderungen (Zinsänderungen) und Löschungen vorgehender und gleichstehender Hypotheken. Für Änderungen der letzteren Art trifft die Ansicht des OLG. zu, daß die Hypothekenbriefe das rechtliche Schicksal der vorgehenden oder gleichstehenden Rechte im einzelnen nicht wiederzugeben brauchen. Wenn z. B. bei einer vorgehenden Hypothek zunächst die Zinsen erhöht, dann aber unter den ursprünglichen Satz gesenkt worden sind, braucht auf einen nummehr gestellten Antrag nicht die Zinserhöhung, sondern nur noch die Zinssenkung im Brief einer nachstehenden Hypothek vermerkt zu werden.

Anders ist die Rechtslage aber für die nach § 62 GBD. zu beurteilenden Rangänderungen. In welcher Weise diese auf dem Brief zu vermerken sind, wird im Gesetz nicht ausdrücklich bestimmt. Es wird allgemein anerkannt, daß die wörtliche Wiedergabe der Eintragungsvermerke nicht notwendig ist. Mit Recht wird in Rpr. und Schrifttum aber empfohlen, den

Bemerk möglichst genau an den Wortlaut der Eintragung anzuschließen (ZFG. 13, 417 = JW. 1936, 2751⁵³; Güthe-Triebe!, § 62 Anm. 9; Henke-Mönch, § 62 Anm. 3 B).

Wie der Vermerk im einzelnen Falle zu fassen ist, läßt sich nur aus dem Zweck des Hypothekenbriefes und aus dem mit § 62 GBD. verfolgten Zweck beurteilen. Der Brief soll die für den Bestand und die Sicherheit der Hypothek maßgebenden Verhältnisse zweifelsfrei kundtun und damit die Eintrags des Grundbuchs für den Besizer überflüssig machen (RG. JW. 1929, 772; RG.: ZFG. 13, 417). § 62 GBD. soll gewährleisten, daß der Brief und das Grundbuch in den für die Beurteilung der Hypothek maßgebenden Gesichtspunkten übereinstimmen. Das ist wichtig, weil nur das Grundbuch, nicht aber der Brief öffentlichen Glauben besitzt, wenn der Brief den öffentlichen Glauben des Grundbuchs auch zerstören kann (§§ 1140, 1157 BGB.; RGZ. 38, A 298; Güthe-Triebe!, § 41 Anm. 3; Henke-Mönch, § 56 Anm. 1 c; Heise-Saage, § 62 Anm. I). Ist also im Grundbuch eine Rangänderung richtig eingetragen, ist aber ein vorgehendes Recht in dem Brief der nachfolgenden Hypothek unrichtigerweise nicht wiedergegeben, so behält das vorgehende Recht auch einem gutgläubigen Erwerber gegenüber seinen Vorrang. Der Erwerber der Hypothek kann sich nicht darauf verlassen, daß er das Recht mit dem Rang erwirbt, der ihm nach den Vermerken auf dem Brief zukommen soll. Trotzdem kann der Brief seine Aufgabe, Verfügungen über die Hypothek zu erleichtern, voll erfüllen, weil der gutgläubige Erwerber, wenn der Brief unrichtig ist, einen Schadenersatzanspruch gegen das Reich geltend machen kann. Gibt ferner der Brief die Rangvermerke im einzelnen wieder, wird der Erwerber praktisch die Gefahr einer Nichtübereinstimmung zwischen Brief und Grundbuch nicht hoch einzuschätzen brauchen und unbedenklich auf die tatsächlich richtige Wiedergabe der Eintragungen vertrauen können. Anders liegt die Sache, wenn sich aus dem Brief ergibt, daß der Hypothek früher eine Reihe von Rechten vorging, und wenn im Anschluß daran das GBA. auf Grund eigener rechtlicher Beurteilung eine äußerlich davon erheblich abweichende Rangfolge wiedergibt. Bei mehrfachen Rangänderungen, bei bedingten Rangänderungen, wie sie beim Vorhandensein von Zwischenrechten auftreten (§ 880 Abs. 4 und 5 GBD.; vgl. den Fall ZFG. 13, 416, 418 = JW. 1936, 2751⁵³), bei relativen Rangverhältnissen, wie sie infolge eines Rangvorbehalts beim Vorhandensein von Zwischenrechten gem. § 881 Abs. 4 BGB. entstehen können, ist die Ranglage häufig schwieriger zu beurteilen. Ein vorsichtiger Erwerber wird sich deshalb auf die rechtliche Beurteilung des GBA. nicht ohne weiteres verlassen, sondern das Grundbuch einsehen, um die Ansicht des GBA. über die Ranglage nachzuprüfen. Er wird möglicherweise auch mit der Gefahr rechnen müssen, daß ihm andernfalls bei einer Schadenersatzklage mitwirkendes Verschulden zur Last gelegt wird, wenn er die rechtliche Beurteilung des GBA. ohne eigene Nachprüfung hingenommen hat. Schon diese bloßen Möglichkeiten können geeignet sein, dem Hypothekengläubiger die Verfügung über seine Hypothek zu erschweren. Daraus ergibt sich aber, daß das GBA. den Hypothekengläubiger bei Rangänderungen, die nach der Herstellung des Briefes eingetragen worden sind, nicht auf die Wiedergabe seiner rechtlichen Beurteilung verweisen kann, daß es vielmehr die im Grundbuch gebuchten Rangänderungen im einzelnen auf dem Brief zu vermerken hat. Ob danach an allen Ausführungen der Entsch. ZFG. 13, 416 festzuhalten ist, braucht hier nicht erörtert zu werden, weil in dem damals entschiedenen Falle die Rangänderung vor der Herstellung des Briefes in das Grundbuch eingetragen worden war.

Auch der von der Beschw. gewiesene Weg, erst die Veränderungen im einzelnen auf dem Brief zu vermerken und dahinter die nimmehrigere Ranglage im Ergebnis wiederzugeben, ist nicht gangbar. Ein Erwerber der Hypothek dürfte als maßgebend nur die Vermerke über die einzelnen Veränderungen ansehen, während die Zusammenfassung insbes. rechtsungewandte Personen veranlassen würde, dieser allein zu vertrauen. Die Zusammenfassung hätte rechtlich nur die Bedeutung eines Gutachtens, mit dessen Abgabe das GBA. eine Verantwortung übernehmen würde, die ihm das Gesetz nicht überträgt. Wo das Gesetz die Zusammenfassung zeitlich zu verschiedenen Zeiten erfolgter Eintragungen erlaubt, ist das gesagt worden, wie z. B. in § 30 Abs. 1 d. GBA. Hiernach ist § 62 GBD. dahin auszulegen, daß die nachträglich auf dem Brief zu vermerkenden Eintragungen im einzelnen wiederzugeben sind.

(RG., 1. Zivilsen., Beschl. v. 28. Okt. 1937, 1 Wx 479/37.) [H.]

36. RG. — § 5 GVBereinG. Auf Grund dieser Vorschrift ist auch die nachträgliche Umwandlung einer bereits in Goldmark eingetragenen Aufwertungshypothek in eine Reichsmarkhypothek ohne Zustimmung der gleich- und nachstehenden Berechtigten zulässig.

Im Grundbuch ist eine aufgewertete Darlehenshypothek von noch 3800 GMA. eingetragen. Der Eigentümer und die Gläubigerin vereinbarten, daß an die Stelle der GMA. Forderung eine RM-Forderung von gleicher Höhe treten solle. Das GBA. verlangte zu dem Antrage auf Eintragung der Veränderung die Zustimmung der nachstehenden Berechtigten. Die Beschw. der Antragsteller blieb ohne Erfolg. Ihrer weiteren Beschw. gab das RG. statt.

Darin, daß die dingliche Rechtsstellung der gleich- und nachstehenden Gläubiger auch bei Umwandlung einer Goldmarkhypothek in eine Reichsmarkhypothek schlechthin insofern ungunstiger gestaltet wird, als die zwar nicht nachfolgende, aber doch vorhandene Möglichkeit einer Verringerung der Vorbelastung durch Sinken der Goldmark unter die Reichsmark ausgeschaltet wird, und daß aus diesem Grunde die Zustimmung der gleich- und nachstehenden Berechtigten nach allgemeinem liegenschaftsrechtlichen Grundsatze notwendig sei, ist zwar dem BG. beizustimmen, nicht jedoch in seiner Stellungnahme zu § 5 GVBereinG. Wenn dort bestimmt ist, daß die Eintragung der Aufwertung auf den bloßen Antrag des Gläubigers ohne Zustimmung der gleich- und nachstehenden Berechtigten in Reichsmark statt in Goldmark erfolgen könne, so hat der Gesetzgeber dadurch für das Aufwertungsrecht allgemein anerkannt, daß die gleich- und nachstehenden Berechtigten der Erhebung der Goldmark durch die Reichsmark als Wertmaßstab nicht widersprechen können. Denn bis zum Inkrafttreten dieser Vorschrift bestand die aufgewertete Hypothek, auch solange die Aufwertung nicht eingetragen war, als Goldmarkrecht. Wurde sie in Goldmark in das Grundbuch eingetragen, so handelte es sich um eine grundbuchliche Verlautbarung des Rechts in der Gestalt, die es bisher hatte, nämlich als Goldmarkrecht. Schon vor der Eintragung war also die Hypothek auch im Verhältnis zu den gleich- und nachstehenden Berechtigten ein Goldmarkrecht. Läßt es der Gesetzgeber in § 5 GVBereinG. zu, daß die Eintragung in Reichsmark zum Nennbetrag der Goldmark erfolgt, so handelt es sich also nicht mehr um eine reine Grundbuchberichtigung, sondern um die gleichzeitige Vornahme einer gesetzlich zugelassenen Umwandlung der außerhalb des Grundbuchs bestehenden Goldmarkhypothek in eine Reichsmarkhypothek, welche die gleich- und nachstehenden Gläubiger sich gefallen lassen müssen. Da nun die ursprünglich als Goldmarkrecht bestehende Aufwertungshypothek dadurch, daß sie in dieser Eigenschaft vor Inkrafttreten des § 5 GVBereinG. im Grundbuch eingetragen war, die Eigenschaft als Goldmarkrecht nicht erhielt, sondern behielt, kann es für die Anwendbarkeit des § 5 GVBereinG. keinen Unterschied machen, ob die Eintragung in Reichsmark bei der Eintragung der Aufwertung oder nachträglich erfolgt. In beiden Fällen befinden sich die gleich- und nachstehenden Gläubiger in der gleichen Rechtslage, daß aus einer als Goldmarkrecht bestehenden Aufwertungshypothek ein Reichsmarkrecht werden soll, nur mit dem für die Beurteilung unwesentlichen äußerlichen Unterschied, daß in dem einen Falle das ungewandelte Goldmarkrecht nur außerhalb des Grundbuchs bestand, in dem andern Falle dieses Bestehen als Goldmarkrecht bereits im Grundbuch kundbar gemacht war. Es handelt sich deshalb um eine im Anwendungsbereich des § 5 GVBereinG. liegende Maßnahme.

Der Fall des RG. in RGZ. 143, 425 = JW. 1934, 1167³ (m. Anm.) lag vom Gesichtspunkt des § 5 GVBereinG. insofern anders, als dort bei einer in Goldmark eingetragenen Aufwertungshypothek die Reichsmark-Mindestklausel eingetragen werden sollte; die Hypothek sollte also als Goldmarkrecht bestehen bleiben und nur nach unten auf den Nennbetrag in Reichsmark als Mindestumfang festgelegt werden. Durch die Eintragung einer derartigen Bestimmung wird die Goldmarkhypothek nicht schlechthin Reichsmarkhypothek, also nach unten und nach oben von den Schwankungen des Goldmarkwertes unabhängig gemacht, sondern es bleibt das der Goldmarkhypothek anhaftende Risiko des Steigens des Goldmarkwertes über die Reichsmark zu Lasten der gleich- und nachstehenden Gläubiger bestehen, während die ihnen vorteilhafte, weil die Vorbelastung minderende Aussicht auf Sinken der Goldmark unter die Reichsmark dagegen zu ihrem Nachteil beseitigt wird. Nur über die Anwendbarkeit des § 5 GVBereinG. auf einen solchen Fall hat das RG. erkennbar entscheiden wollen. Denn sowohl die Entsch. des RG. Dresden: JW. 1933, 632⁴, durch welche die Vorlegung seitens des RG.

veranlaßt war, als auch der damals beim RG. zur Entsch. stehende Fall betrafen nicht die allgemeine Ersetzung der Goldmark durch die Reichsmark, sondern die nachträgliche Hinzufügung der Reichsmarklaufeil unter Bestehenlassen der Hypothek als Goldmarkrecht. Mit der in der RG-Entsch. enthaltener Bemerkung: „Aus § 5 VereinG. könne nicht eine allgemeine Gleichsetzung der Goldmark mit der Reichsmark für das Gebiet der bereits eingetragenen Aufwertungs Hypotheken hergeleitet werden“, sollte, wie ihr Zusammenhang mit den sonstigen Ausführungen ergibt, nur der vom OLG. Dresden in der angeführten Entsch. versuchten Verallgemeinerung der Gleichstellung von Goldmark und Reichsmark durch § 5 VVereinG. in einem auch die nachträgliche Beifügung der Reichsmark-Mindestlaufeil treffenden Sinne entgegengetreten werden. Die RG-Entsch. gab dem Senat deshalb keine Veranlassung, die vorl. Sache gem. § 79 VVD. dem RG. zur Entsch. vorzulegen.

(RG., I. ZivSen., Beschl. v. 28. Okt. 1937, 1 Wx 493/37.) [H.]

Freiwillige Gerichtsbarkeit

37. RG. — §§ 20, 57 Abs. 1 Nr. 9, 60 FGG. Ist der zur Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen des Kindes gegen seinen Vater bestellte Pfleger gemäß § 1886 BGB. aus dem Amt entlassen worden, ist aber auf seine Beschwerde die Entlassungsverfügung aufgehoben worden, so steht dem Vater kein eigenes Recht zur weiteren Beschwerde gegen den landgerichtlichen Beschluß zu.

Die Frage des Beschwerderechts ist für das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit gesetzlich im einzelnen genau geregelt. Für Beschwerden in Pflégenschaftsachen ergeben sich die maßgeblichen Bestimmungen aus § 20 und § 57 FGG. Das erweiterte Beschwerderecht des § 57 FGG. greift hier jedoch nicht Platz. Denn die nach Lage der Sache allein in Betracht zu ziehende Bestimmung des § 57 Abs. 1 Nr. 9 FGG. muß ausbleiben, weil nach § 60 Abs. 1 Nr. 3, §§ 63, 29 Abs. 2 FGG. der Beschluß des LG. der sofortigen weiteren Beschwerde unterliegt, dann aber nach § 57 Abs. 2 FGG. die Vorschrift des § 57 Abs. 1 Nr. 9 FGG. nicht anwendbar ist.

Da es sich ferner bei der Entsch. über die Entlassung eines Pflegers aus dem Amt nicht um ein Antragsverfahren i. S. des § 20 Abs. 2 FGG. handelt, kann der Beschwerf. nur nach der allgemeinen Bestimmung des § 20 Abs. 1 FGG. dann ein Beschwerderecht beanspruchen, wenn durch die angef. Entsch. ein ihm zustehendes Recht, d. h. ein gesetzlich anerkanntes und geschütztes subjektives Recht, beeinträchtigt wird (Schlegelberger, § 20 FGG., Anm. 4). Das ist nicht der Fall (RG.: FGG. 12, 122 = JW. 1935, 2157⁷¹; JW. 1936, 2935³⁷ u. a.). Die Pflégenschaft als solche greift freilich in die elterliche Gewalt des Vaters ein, indem ihm entsprechend dem Wirkungskreis des Pflegers nach § 1628 BGB. das Recht zur Sorge und Vertretung für das Kind genommen wird. Durch die Anordnung der Pflégenschaft als solche wird daher der Vater i. S. des § 20 FGG. in seinem Recht beeinträchtigt. Hinsichtlich der gerichtlichen Behandlung der Pflégenschaft und der Führung des Amtes durch den Pfleger hat der Kindesvater aber die gleiche Rechtsstellung wie jede andere Person. Ein gesetzlich gewährleitetes Recht auf ordnungsmäßige Führung der Pflégenschaft, auf Auswahl geeigneter Personen zum Pfleger und auf ihre Entlassung im Falle unsachgemäßer Amtsführung gem. § 1886 BGB. hat allein der Pflegebefohlene, nicht aber eine dritte Person, mag sie auch den Maßnahmen des Pflegers besonders ausgesetzt sein, weil sich die vom Pfleger wahrzunehmenden Ansprüche gegen ihn richten. Der Vater mag also ein erhebliches Interesse an einer auf seine Belange Rücksicht nehmenden Amtsführung des Pflegers haben, weil ein unnötiges, sachlich nicht gerechtfertigtes Vorgehen des Pflegers ihm erhebliche Kosten und andere Nachteile bereiten kann. Dieses Interesse ist aber rein wirtschaftlicher Art. Zu seinem Schutz, wie auch zum Schutz eines rechtlichen Interesses an der Änderung der gerichtlichen Entsch. dient nach dem Willen des Gesetzgebers das in § 20 Abs. 1 FGG. vorgesehene Beschwerderecht nicht (Schlegelberger, „FGG.“, § 20 Anm. 2—4). Wenn sich also aus unrichtigen Maßnahmen des Pflegers auch ein „Gefahrenzustand“ für den Kindesvater ergeben kann, so genügt diese Beeinträchtigung seiner Rechtsstellung entgegen der von Roquette (JW. 1936, 2935 Anm. zu Nr. 31) vertretenen Auffassung noch nicht zur Erfüllung der Voraussetzungen des § 20 Abs. 1 FGG., weil es an einer Beeinträchtigung eines „Rechts“ des Vaters i. S. dieser Vorschrift fehlt. Die von Roquette angeregte weitere Auslegung des § 20 Abs. 1 FGG. in der Weise, daß unter Recht im Sinne dieser Vor-

schrift nicht nur das gesetzlich anerkannte und geschützte subjektive Recht, sondern jedes berechnete Interesse verstanden wird, vermag der Senat trotz der im Einzelfall daraus folgenden begrüßenswerten Vorteile unter Berücksichtigung des geltenden Gesetzeswortlauts nicht gutzuheißen. Ein derartiges Abgehen vom Wortlaut des Gesetzes und dem Willen des Gesetzgebers würde, vom vorl. Fall abgesehen, einer nicht mehr zu übersehenden Zahl von Personen die Beschwerdeberechtigung eröffnen, was der Gesetzgeber ausschließen wollte. Das würde auch besonders in den Fällen, in denen die Entsch. nur mit der sofortigen Beschwerde anfechtbar ist, zu einer nicht tragbaren Folge führen, weil dann eine sichere Feststellung kaum noch möglich ist, ob die Entsch. allen Beteiligten zugestellt und damit rechtskräftig geworden ist.

(RG., ZivSen. I a, Beschl. v. 5. Nov. 1937, 1 a Wx 1351/37.)

Konkursordnung

38. RG. — § 31 KO. Hat der Gemeinschuldner vor Konkursöffnung einem anderen eine Sicherheit gewährt, um von ihm Kredit zu erhalten, und ist dabei vereinbart, daß diese Sicherheit auch zur Sicherung einer alten Darlehnsforderung dienen sollte, wenn nach Deckung der neuen Ansprüche noch etwas übrig bleiben würde, dann mag diese letztere Vereinbarung wegen Gläubigerbenachteiligung anfechtbar sein; sie macht aber nicht die gesamte Sicherheitsbestellung anfechtbar. †)

Unstreitig hat die Bekl. auf ihrem Grundstück eine Grundschuld von 15 000 RM für die C.-Bank eintragen lassen, um ihrem Ehemann die Eröffnung eines Kredits durch die Bank zu ermöglichen. Unstreitig ist ferner, daß der Ehemann der Bekl. an dem Tage, an dem die Grundschuld eingetragen wurde, der Bekl. Forderungen in Höhe von 12 000 RM sicherheits halber abgetreten hat und daß ungefähr drei Monate später über sein Vermögen der Konkurs eröffnet worden ist. Streit herrscht unter den Parteien darüber, ob der Ehemann der Bekl. die Verpflichtung zur Abtretung der Außenstände als Gegenleistung dafür übernommen hat, daß sie sich verpflichtete, auf ihrem Grundstück die Grundschuld als Sicherheit für die Bank eintragen zu lassen, oder ob durch die Abtretung der Außenstände eine alte Darlehnsforderung, die der Bekl. ihrem Ehemann gegenüber angeblich zustand, sichergestellt werden sollte. Nach den Feststellungen des BG., die auf dem Gebiete der Tatsachenwürdigung liegen und daher von der Rev. nicht angegriffen werden können, ist das erstere anzunehmen. Die abgetretenen Außenstände sollten also jedenfalls in erster Reihe als Sicherheit für die Ansprüche gelten, welche der Bekl. aus der Grundschuldbestellung gegen ihren Mann entstehen würden. Eine Anfechtbarkeit dieser Vereinbarung wegen Gläubigerbenachteiligung kommt nicht in Frage. Wenn die abgetretenen Außenstände insoweit auch zur Sicherung der alten angeblichen Darlehnsforderung der Bekl. dienen sollten, als nach Deckung der neuen Ansprüche noch etwas übrig blieb, so war dies ein völlig selbständiger Teil der Vereinbarung, der anfechtbar sein mochte, die gesamte Sicherheitsbestellung aber nicht anfechtbar macht (vgl. RGZ. 114, 206 = JW. 1927, 383).

(RG., VII. ZivSen., U. v. 17. Sept. 1937, VII 24/37.) [R.]

Anmerkung: I. 1. Zum vollen Verständnis der Entsch. und ihrer Tragweite ist von der Rechtschöpfung auszugehen, die der Konkursverwalter mit seiner auf § 31 Nr. 1 KO. gestützten Klage angefochten hat. Es ist dies die Befreiung der Bekl. von ihrer dinglichen Haftung gegenüber der Bank. Die Befreiung hatte der nachmalige Gemeinschuldner dadurch ermöglicht, daß er seinen Kredit bei der Bank abdeckte und diese dafür die Löschung der ihr zur Sicherheit bestellten Grundschuld bewilligte. Nach den Feststellungen des VerR. hat der Gemeinschuldner dabei in der Absicht der Gläubigerbenachteiligung gehandelt und die Bekl. diese Absicht gekannt. An sich wäre also die Bekl. verpflichtet gewesen, den Betrag, den der Gemeinschuldner aufgewendet hatte, um sie von ihrer Haftung gegenüber der Bank zu befreien, zur Konkursmasse zurückzugewähren (§ 37 Abs. 1 KO.). Die Bekl. hatte aber bereits auf die Drohung des Verwalters mit Anfechtungsklage der Konkursmasse einen entsprechenden Gegenwert in Form von Forderungen zugeführt, die ihr vom nachmaligen Gemein-

schuldner bei Bestellung der Grundschuld sicherungshalber abgetreten worden waren.

2. Da nun der anfechtungsrechtliche Rückgewähranspruch notwendig eine Benachteiligung der Konkursgläubiger voraussetzt (vgl. statt aller Jaeger, „*RD.*“ § 29 Anm. 40 mit Angabe der Rspr.), ist die Kernfrage, ob durch die Rückabtretung der, wie festgestellt, einen gleich hohen Gegenwert darstellenden Außenstände die Benachteiligung der Konkursgläubiger ausgeglichen und damit der eingeklagte Rückgewähranspruch der Konkursmasse entfallen ist.

II. 1. Mit Recht nimmt das *RG.* an, daß ein solcher Ausgleich und damit das Erlöschen des zunächst begründet gewesenen Anfechtungsanspruchs möglich ist. Doch hängt das Erlöschen keineswegs nur davon ab, daß der Konkursmasse ein gleich hoher Gegenwert zufließt. Vielmehr kann der Anfechtungsanspruch nur erlöschen, wenn und soweit der Anfechtungsgegner einen als solchen nicht geschuldeten Gegenwert der Masse zuführt. Denn ist der Gegenwert geschuldet, dann erfüllt der Anfechtungsgegner mit seiner Leistung eine anderweitige Schuldverpflichtung. Der Anfechtungsgegner kann sich bei der Zuführung des Gegenwerts, wenn er diesen selbst schuldet, aber damit den vom Verwalter geltend gemachten Anfechtungsanspruch abdecken will, nicht auf das Bestimmungsrecht des § 366 Abs. 1 *BGB.* berufen, das dem Schuldner mehrerer gleichartiger Leistungen zusieht. Dies deshalb nicht, weil die Zuführung des nur wertmäßig entsprechenden Gegenwerts mit Bezug auf den geltend gemachten Anfechtungsanspruch eine Leistung an Erfüllung Statt ist und insofern Einverständnis des Gläubigers voraussetzt (§ 364 Abs. 1 *BGB.*; vgl. noch Jaeger, „*RD.*“ § 29 Anm. 61). Nur wenn und soweit der Gegenwert als solcher nicht geschuldet ist, tritt das Erlöschen des geltend gemachten Anfechtungsanspruchs bei Annahme des Gegenwerts durch den Verwalter ein, und zwar auch dann, wenn der Verwalter wollte, daß damit eine, in Wirklichkeit nicht bestehende weitere Schuldverpflichtung des Anfechtungsgegners getilgt werde. Deshalb bedarf es im Streitfall des Beweises, ob eine solche weitere Schuldverpflichtung bestanden hat oder nicht. Da von ihrem Nichtvorhandensein die Fortdauer der Gläubigerbenachteiligung und damit die Begründetheit des anfechtungsrechtlichen Rückgewähranspruchs abhängt, ist es Sache des Verwalters, außerdem zu beweisen, daß bis zum Empfang des entsprechenden Gegenwerts eine — durch diesen getilgte — weitere Verbindlichkeit des Anfechtungsgegners bestanden hat.

2. Das gilt insbesondere auch dann, wenn streitig ist, ob der Anfechtungsgegner auch den der Konkursmasse zurückgewährten Gegenwert seinerzeit ansechtbar erworben hat. Die Rechtslage bereitet hierbei weiter keine Schwierigkeiten, wenn der damalige Erwerb des „Gegenwerts“ durch den Anfechtungsgegner entweder schlechthin unansechtbar oder schlechthin ansechtbar war. Wäre in dem der Entsch. zugrunde liegenden Fall der Erwerb der sicherungsweise abgetretenen Außenstände durch die *Bekl.* völlig unansechtbar gewesen, so würde sich das Erlöschen des eingeklagten Anfechtungsanspruchs aus folgender Erwägung ergeben.

Müßte die *Bekl.* trotz Rückabtretung der Außenstände den Betrag, den der nachmalige Gemeinschuldner zur Abdeckung seines Kredits bei der Bank aufgewendet hatte, zur Masse zahlen, so würde damit der Befreiungsanspruch, der der *Bekl.* gem. § 670 *BGB.* gegen den Gemeinschuldner erwachsen, durch die Abdeckung des Kredits aber erloschen war, in Form eines Ersatzanspruchs wieder auflieben und mit ihm von Rechts wegen und rückwirkend auch ihr Gläubigerrecht an den ihr seinerzeit sicherungshalber abgetretenen Außenständen (Jaeger, „*RD.*“ § 39 Anm. 8, 13, 16). Dies wäre ein überflüssiger Umweg. Denn es ist im wirtschaftlichen Ergebnis offenbar dasselbe, ob der gleich hohe Gegenwert bei der Konkursmasse verbleibt und der Anfechtungsgegner, falls er überhaupt noch eine Forderung gegen den Gemeinschuldner hat, ihrerwegen mit den Konkursgläubigern ins Teil geht, oder ob er den vom Gemeinschuldner aufgewendeten Betrag zur Konkursmasse zahlt, sich aber wegen seiner Forderung aus den ihm wieder zugefallenen Sicherungen (Außenständen) befriedigen darf und der Masse nur einen etwaigen Übererlös ausantworten muß.

Wäre dagegen die Sicherungsabtretung der Außenstände schlechthin ansechtbar gewesen, so hätte die *Bekl.* durch ihre Rückabtretung nur diesen — neben dem eingeklagten Rückgewähranspruch entstandenen — Anfechtungsanspruch hinsichtlich der Sicherungsabtretung getilgt. Die Rückabtretung würde dann keine Leistung an Erfüllung Statt mit Bezug auf den eingeklagten Anfechtungsanspruch, sondern freiwillige Erfüllung einer daneben erwachsenen Rückgewährpflicht durch Leistung des geschuldeten Gegenstands, eben der Außenstände, bedeuten. Demzufolge wäre bei dieser Sachlage der mit der Klage geltend gemachte Rückgewähranspruch auf Zahlung des vom Gemeinschuldner aufgewendeten Geldbetrags zur Konkursmasse begründet geblieben. Durch die Zahlung des aufgewendeten Betrags zur Konkursmasse würde selbstverständlich das Sicherungsgläubigerrecht der Anfechtungsgegnerin an den Außenständen nicht wieder auflieben. Vielmehr wäre und bliebe es durch die freiwillige Rückabtretung erloschen. Der Umstand, daß die Anfechtungsgegnerin damit die durch ihre Schuldbefreiung eingetretene, nicht die durch die Sicherungsabtretung entstandene Benachteiligung ausgleichen wollte, wäre unbeachtlich, wie ja auch in dem umgekehrten Falle, daß der Verwalter mit dem Gegenwert eine in Wirklichkeit nicht bestehende weitere Schuldverpflichtung des Anfechtungsgegners getilgt sehen wollte, der Eintritt des Ausgleichs endgültig ist (oben I 2 a. E.).

III. 1. Im vorl. Fall war nun aber eine gemischte Sicherheitsbestellung, d. h. eine solche für neue und für alte Forderungen erfolgt, wobei die Sicherung der neuen Forderungen, für sich betrachtet, nicht der Gläubigeranfechtung nach dem allein in Betracht kommenden § 31 Nr. 1 *RD.* unterlag. Das Urteil hat in Fortführung des in *RGZ.* 114, 211 f. = *JW.* 1927, 383 ausgesprochenen Gedankens die Sicherung, soweit sie für die neuen Kredite gegeben war, für unansechtbar erklärt, weil nach den insofern bindenden Feststellungen des *BG.* die abgetretenen Außenstände in erster Linie der Sicherung der neuen Kredite dienen sollten. Da demgemäß die Außenstände die alten Forderungen nur insofern sichern sollten, als nach Deckung der neuen Ansprüche noch etwas übrigblieb, war hier eine zweifelsfreie Ausscheidung des unansechtbaren und des ansechtbaren Teils des einheitlich abgeschlossenen Sicherungsgeschäfts möglich. Das rechtfertigt die — immer eine Ausnahme bildende — Anerkennung der Teilanfechtbarkeit des einheitlichen Rechtsgeschäfts (vgl. auch Jaeger, „*RD.*“ § 29 Anm. 29; Menzel, „*RD.*“ § 29 Anm. 6). Da der unansechtbare Teil des Sicherungsgeschäfts gerade den Befreiungsanspruch der *Bekl.* betraf, den der Gemeinschuldner durch Abdecken seines Kredits bei der Bank zum Erlöschen gebracht hatte, und da andererseits die *Bekl.* die Sicherheiten vorbehaltlos, also auch soweit sie ältere Forderungen sichern sollten, zurückabgetreten hatte, ist die Klage mit Recht wegen wertmäßigen Ausgleichs der Benachteiligung abgewiesen worden.

2. Zu prüfen ist noch, ob es im Hinblick auf die Freiwilligkeit der Rückabtretung der vorstehenden Erwägungen überhaupt bedurfte; anders ausgedrückt, ob nicht wegen der Freiwilligkeit der Rückabtretung die Klage auch dann hätte abgewiesen werden müssen, wenn die neuen Forderungen der *Bekl.* bei der Sicherung keinen Vorzug vor den alten Forderungen haben sollten. Die Freiwilligkeit der Rückübertragung, auch der völligen, kann jedoch an der Rechtslage nichts ändern. Selbst wenn man die völlige Rückabtretung in zwei zeitlich einander folgende Verzichtakte — Verzicht zuerst auf die Sicherung der alten, dann auf die der neuen Forderung — umbilden wollte, würde die Rechtslage unverändert bleiben. Auch der Anfechtungsgegner könnte, wenn nicht von vornherein eine Abrede über den Vorzug der neuen Forderungen getroffen worden wäre, weder durch eine solche rein begriffliche Konstruktion noch durch eine nachträgliche Abrede des Vorzugs seiner (bei Bestellung der Sicherheiten) neuen Forderungen die Anfechtbarkeit des ganzen Sicherungsgeschäfts verhindern. Dies leuchtet ohne weiteres ein, wenn der Anfechtungsgegner lediglich auf die Sicherung der alten Forderungen verzichtet, also mit seinen neuen Ansprüchen weiterhin gesichert bleiben will. Dadurch wird, wenn die alten und die neuen Forderungen gleichrangig gesichert waren, die Anfechtbarkeit des ganzen Sicherungsgeschäfts um deswillen nicht

ausgeschlossen, weil der Verzicht der Sicherung für die alten Forderungen den neuen Ansprüchen wertmäßig eine viel stärkere Deckung und damit ein wirtschaftlich wertvolleres Absonderungsrecht geben würde, als ihnen ursprünglich zukam. Allerdings kann ein Gläubiger auf abgeforderte Befriedigung auch für einen Teil seiner Forderungen verzichten. Aber wertmäßig verstärken für den übrigen Teil kann er sein Absonderungsrecht nur, wenn es unanfechtbar erworben ist. Dies ist es aber bei gleichzeitiger Sicherstellung von alten und von neuen Forderungen eben nur dann, wenn und nur insoweit, als die neuen Forderungen von vornherein den Vorzug haben sollen.

Prof. Dr. Bley, Gießen.

Anfechtungsgesetz

39. RG. — §§ 3, 7 AnfG.

1. Der Tatbestand der Anfechtung wegen Gläubigerbenachteiligung erfordert, daß aus dem Vermögen des Schuldners ein Gegenstand weggegeben worden ist, der der Vollstreckung unterliegt. Die Erlaubnis zur Benutzung der Organisation eines kaufmännischen Unternehmens ist daher nicht anfechtbar.

2. Zur Anfechtbarkeit der Übertragung von Urheberrechten, die der Veräußerer nicht ohne die Mitwirkung des Erwerbers hätte verwerten können.

Der Kl. hat der GmbH. Film-Verleih- und Vertriebsgesellschaft B. in B. im Juli 1931 ein Darlehen von 50 000 *RM* gegeben, das nach dem Darlehensvertrage vom 7. Juli 1931 spätestens am 31. März 1932 zurückbezahlt werden sollte.

Die Bekl., die gewerbsmäßig für Filmunternehmen nach den ihr übergebenen Urfilmen (Negativen) die spielfertigen Kopien anfertigen, stand mit der B. in Geschäftsverbindung, aus welcher ihr die B. am 3. Juni 1931 mehr als 50 000 *RM* schuldet.

Die B. stellte am 10. Dez. 1931 ihre Zahlungen ein. Die Bekl. erwirkte am 30. Dez. 1931 gegen sie eine EinstwBf., in der ihr die Weiterbenutzung und Verwertung der in ihren Händen befindlichen, der Bekl. gehörenden Filmkopien verboten und die Herausgabe dieser Kopien an die Bekl. angeordnet wurde. Am 1. März 1932 wurde ein Antrag auf Eröffnung des Konkurses über das Vermögen der B. mangels Masse abgelehnt.

In einem Vertrage vom 4. Jan. 1932 erkannte die B. an, der Bekl. 116 000 *RM* zu schulden, und übertrug ihr ihre sämtlichen Rechte aus Filmmietverträgen, sowie ihre Lizenzrechte und alle Rechte aus den Verträgen mit den Kommissionären G. und J. Die Eingänge aus den abgetretenen Rechten und Mietverträgen sollten nach einem bestimmten Schlüssel zwischen den Vertragschließenden verteilt werden.

Der Kl. sichts auf Grund einer ihm von der B. ausgestellten vollstreckbaren Urkunde über eine Darlehensschuld von noch 46 500 *RM* die in dem Vertrag vom 4. Jan. 1932 erfolgten Übertragungen an die Bekl. an. Die B. habe diese Übertragungen vorgenommen in der Absicht, ihre Gläubiger zu benachteiligen, und die Bekl. habe dies gewußt. Die Bekl. habe 20 683,23 *RM* auf die in anfechtbarer Weise abgetretenen Mietzinsforderungen eingezogen. Diesen Betrag verlangt der Kl. u. a. als Wertersatz für die durch die Einziehung erloschenen oder durch den Verkauf verwerteten Forderungen. Er hat einen Teilbetrag von 10 000 *RM* eingeklagt.

Das BG. hat der Klage in vollem Umfange stattgegeben. Das BG. hat die Klage nur in Höhe von 172,50 *RM* nebst Zinsen als gerechtfertigt befunden, sie aber im übrigen abgewiesen. Die Rev. des Kl. hatte Erfolg.

Zur Anfechtung der Abtretungen in dem Vertrage vom 4. Jan. 1932 führt das BG. aus, die B. habe das Urheberrecht an den Filmen, die Bekl. das Eigentum an den Kopien der Filme gehabt. Eines sei ohne das andere nicht zu verwerten gewesen. Dafür, daß bei einer Zwangsvollstreckung eine nennenswerte Summe herausgekommen wäre, fehle jeder Anhalt. Die Übertragung der Urheberrechte der B. an die Bekl. habe die Gläubiger der B. also nicht benachteiligt. Ansprüche aus Filmmietverträgen, die am 4. Jan. 1932 noch nicht abgewickelt

gewesen oder nach diesem Zeitpunkt abgeschlossen worden seien, seien der B. nicht in anfechtbarer Weise entzogen worden, da sie ohne das Zutun der Bekl. in Gestalt der Zurverfügungstellung der Kopien überhaupt nicht entstanden wären. Daß Forderungen aus Verträgen, die am 4. Jan. 1932 schon vollständig abgewickelt gewesen waren, vorhanden gewesen seien, habe der Kl. nicht behauptet.

1. Die Angriffe der Rev. gegen diese Darlegungen des BG. sind zum Teil begründet. Darin kann der Rev. allerdings nicht beigetreten werden, daß es zur Anfechtung einer Rechtshandlung nach dem AnfG. keiner Weggabe eines Vermögensstückes aus dem Vermögen des Schuldners bedürfe, daß vielmehr eine Benachteiligung der Gläubiger in anderer Weise genüge und ferner, daß mindestens die Organisation der B., welche die Bekl. nach dem Vertrag vom 4. Jan. 1932 habe benutzen dürfen, ein solches Vermögensstück sei, das aus dem Vermögen der B. in das der Bekl. übergegangen sei. Das AnfG. gibt einem Gläubiger einen Anspruch gegen den „Empfänger“ darauf, daß er dasjenige, was durch die anfechtbare Handlung aus dem Vermögen des Schuldners veräußert, weggegeben oder aufgegeben ist, als noch zu demselben gehörig zurückgewähre (§ 7 AnfG.). Ein solcher Anspruch auf Rückgewähr setzt aber voraus, daß der Anfechtungsgegner aus dem Vermögen des Schuldners etwas erhalten hat, wie das Gesetz dem Anfechtungsgegner auch Empfänger nennt. Es soll das, was auf die anfechtbare Weise durch Weggabe aus dem Vermögen des Schuldners herausgekommen ist, der Vollstreckung wieder zugeführt werden, obwohl nicht der Schuldner, sondern ein anderer, eben der Empfänger des Vermögensstückes, den Gegenstand jetzt besitzt. Daraus ergibt sich einmal, daß eine benachteiligende Rechtshandlung allein zur Anfechtung nicht genügt, daß vielmehr durch die Handlung etwas aus dem Vermögen des Schuldners weggegeben sein muß, und daß weiter eine Anfechtung nur dann Erfolg haben kann, wenn ein der Vollstreckung unterliegender Gegenstand weggegeben ist. Eine Organisation aber ist weder selbst, noch sind ihre Früchte pfändbar; die Erlaubnis zur Benutzung einer Organisation kann also nicht angefochten werden.

2. Die Urheberrechte an Filmen, die der B. zustanden, erklärt das BG. in der Hand der B. für unverwertbar. Die Weggabe einer unverwertbaren Sache scheidet zwar bei einer Anfechtung aus; denn der Gläubiger ist durch ihre Weggabe nicht benachteiligt. Zu Unrecht aber hat das BG. für die Bewertung der Urheberrechte ihre Nutzungen nicht in Rechnung gestellt und sie auch bei der Anfechtung unberücksichtigt gelassen. Daß Rückstände auf Mietzinsen aus Mietverträgen, die vor dem 4. Jan. 1932 abgelaufen waren, der Bekl. abgetreten wären, hatte der Kl. nicht behauptet. Rechtsirrig aber ist es zunächst, wenn das BG. Rückstände an Mietzinsen aus Mietverträgen, die am 4. Jan. 1932 liefen, nicht heranzieht. Soweit sie in das Vermögen der Bekl. übergegangen sind, ist kein Grund ersichtlich, ihre Übertragung nicht der Anfechtung zu unterwerfen. Aber auch die nach dem 4. Jan. 1932 erwachsenen Ansprüche aus laufenden Verträgen und solche aus nach dem 4. Jan. 1932 abgeschlossenen Mietverträgen können nicht von der Anfechtung unberührt bleiben. Sie sind zwar, wie vorliegend alle Mietzinsen, nur durch das Zusammenwirken von Urheberrechten und Kopien entstanden, aber ihre Entstehung ist unabhängig davon, in wessen Hand die Urheberrechte und die Kopien standen. Die Bekl. konnte zwar, wie sie es offenbar getan hat, eine weitere Zusammenarbeit mit der B. verweigern, die Urheberrechte erwerben und durch eigene Vermietung die neu erwachsenen Mietzinsen aus dem Zusammenwirken von Urheberrechten und Kopien in ihre Tasche leiten, aber sie muß es sich gefallen lassen, daß im Falle einer Anfechtung des Erwerbs der Urheberrechte die Sachlage so beurteilt wird, als sei der Mietzins durch ein Zusammenarbeiten zwischen ihr und dem früher aus dem Urheberrecht Berechtigten entstanden. Die Anfechtung kann den auf die Urheberrechte nach ihrem Werte im Verhältnis zum Werte der Kopien entfallenden Mietzins nicht unberührt lassen, die Bekl. muß ihn als Erlös für die Früchte der anfechtbar erworbenen Urheberrechte herausgeben.

(RG., VII. ZivSen., U. v. 19. Okt. 1937, VII 69/37.) [2.]

Zivilprozessordnung

** 40. RG. — I. § 51 ZPO.

Die gesetzliche Vertretung des Reiches für die Prozeßführung im Zivilprozeß steht jeweils demjenigen oder denjenigen Reichsministern zu, deren anvertrauter Geschäftsbereich von dem Rechtsstreit sachlich betroffen wird. Die politische und staatsrechtliche Stellung des Führers und Reichskanzlers schließt es aus, ihn in einem bürgerlichen Rechtsstreit gegen das Deutsche Reich als gesetzlichen Vertreter des Reiches i. S. der Prozeßgesetze vor die Schranken der Gerichte zu rufen.

II. §§ 30, 31, 89, 823 ff., 839 BGB.

a) Die Schadenshaftung einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft ist dem Grunde und dem Maße nach verschieden, je nachdem ob die schädigende Handlung im bürgerlich-rechtlichen Geschäftskreis und in Wahrung ihrer rein privatrechtlichen Belange (§§ 89, 30, 31, 823 ff. BGB.) oder bei Ausübung anvertrauter öffentlicher Gewalt (§ 839 BGB.; Art. 131 WeimVerf.) begangen ist.

b) Es besteht Haftungskonkurrenz, wenn sich dieselbe Handlung eines Beamten zugleich als eine auf Grund einer Betätigung innerhalb des bürgerlich-rechtlichen Geschäftskreises seines öffentlich-rechtlichen Dienstherrn begangene unerlaubte Handlung i. S. der §§ 823 ff. BGB. und als eine in Ausübung öffentlicher Gewalt schuldhaft begangene Amtspflichtverletzung darstellt. Dann muß der öffentlich-rechtliche Dienstherr für eine solche Handlung seines Beamten, auch wenn er sich von der Haftung aus Art. 131 WeimVerf. nach § 839 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 3 freimachen könnte, immer noch nach den §§ 89, 30, 31, 823 ff. BGB., evtl. § 831 BGB. einstehen.

c) Dadurch, daß sich der Beamte im privatrechtlichen Geschäftskreis des Staates bei seinen Entschlüssen und Handlungen auch von dem Gesichtspunkt der Wahrung der Staatsautorität leiten läßt, wird seine Tätigkeit nicht zur Ausübung öffentlicher Gewalt und auch nicht zum Mittel zur Durchsetzung der obrigkeitlichen Macht des Staates.

Seit Jan. 1923 waren die alliierten Feindmächte im besetzten Rheinland und im Ruhrgebiet daran gegangen, sich für die angeblich durch Verschulden der Reichsregierung nicht restlos erfüllten Reparationen im Wege der Gewalt (Sanktionen) durch Nutzung und Verwertung der sog. „Pfänder“ bezahlt zu machen. Im Rahmen dieser Pfänderpolitik wurde auch die Ausbeutung der deutschen Staats- und Gemeindegewälder des besetzten Gebietes durchgeführt. Sie erfolgte — von der Verwertung des bereits geschlagen vorgefundenen Holzes abgesehen — zunächst durch die sog. „Ventès“, Versteigerungen des Holzes auf dem Stamm nach Losen, wobei der Ersteher die Abholzung selbst vorzunehmen hatte. Der deutschen Holzwirtschaft, insbes. auch dem deutschen Holzhandel, war es im Hinblick auf den von der Reichsregierung gegen die Gewaltpolitik der Alliierten angeordneten passiven Widerstand verboten, sich an diesen Holzverkäufen zu beteiligen. Erst nach Aufgabe des passiven Widerstandes im Sept. 1923 hatten die Forstverwaltungen Bayerns, Preußens und Hessens, wenn auch widerstrebend, den deutschen Holzindustriellen und Holzhändlern gestattet, durch Strohmannen bei den „Ventès“ mitzusteigern. Die Aufhebung des passiven Widerstandes führte schließlich zu dem von der Reichsregierung stillschweigend gebilligten Abschluß der sog. Micumverträge, in denen die beteiligten Wirtschaftskreise des besetzten Gebietes auf eigene Rechnung gewisse Reparationslieferungen in Höhe des für das besetzte Gebiet bestimmten Reparationsjahres übernahmen. Die Lieferungen wurden unter Verrechnung auf gewisse Steuern des Reichs und durch gewisse Aufschläge auf die Ein- und Ausfuhr finanziert und von der Seite der alliierten Regierungen (Rheinlandkommission) dem deutschen Reparationskonto gutgeschrieben. Am 24. Febr. 1924 kam es zum Abschluß eines solchen Micum- (Reparations-Treuhand-) Vertrags auch mit der deutschen Holzwirtschaft des besetzten Gebietes, die zu diesem Zwecke in einer Reparations-Treuhandgesellschaft zusammengefaßt worden war.

Die Rheinlandkommission plante außerdem bereits seit Dez. 1923, unabhängig von den Ventès und dem Micumholzvertrag in weiterer Auswirkung der Pfänderpolitik, Zuschüsse in den Staats- und Gemeindegewäldern des besetzten Gebietes — zunächst in eigener Regie — vorzunehmen zu lassen, sog. coupes

supplémentaires (abgekürzt: CS.), die dazu dienen sollten, den sog. sinistrés, den Bewohnern der durch Kriegshandlungen zerstörten Gebieten Nordfrankreichs das zum Wiederaufbau nötige Holz (Schnittholz, Schwellen- und Grubenholz) zur Verfügung zu stellen.

Als die Kl. wie einige andere Holzfirmen des besetzten Gebietes von diesem Vorhaben der Rheinlandkommission erfuhr, leitete sie in der Absicht, sich einzuschalten, mit der Rheinlandkommission Verhandlungen ein, mit dem Ziele, die CS. durch den Micumverträgen ähnliche Abmachungen zu ersetzen. In der Zeit zwischen dem 21. und 24. Febr. 1924 kam es dann zum Abschluß der sog. „CS.-Verträge“ mit der Rheinlandkommission durch das mit der Verwaltung und Nutzung der Wälder des besetzten Gebietes beauftragte Comité Directeur des Forêts; an dem Vertragsabschluß waren aber auf deutscher Seite nicht die gesamte Holzwirtschaft des besetzten Gebietes, auch nicht alle Holzhandelsfirmen und sonstigen Holzinteressenten, sondern nur einige Holzhandelsfirmen unter führender Beteiligung der Kl. beteiligt. Die vertragschließenden deutschen Holzfirmen verpflichteten sich zu direkten Lieferungen bestimmter Mengen von Schnitt-, Schwellen- und Grubenholz an die Rheinlandkommission. Als Gegenleistung für diese Lieferungen sollten die beteiligten Firmen Vorvergütungen in französischen Franken zur Deckung der Aufkosten für das Schlagen des Holzes sowie die Abfuhr, Zubereitung und Verladung, ferner aber bestimmte Schläge aus den Staatsforsten des besetzten Gebietes zugeteilt erhalten. Die Holzlieferungen sollten bis zum 1. Febr. 1925 beendet sein und von den Alliierten nach Abzug der Kosten dem Reich auf Reparationskonto gutgeschrieben werden. Die zugeteilten Schläge sollten bis zum 31. Dez. 1927 zur Verfügung der vertragschließenden Holzfirmen bleiben.

Die Kl. behauptet, daß der Abschluß dieser CS.-Verträge in mindestens stillschweigendem Einverständnis mit den zuständigen Stellen der Reichsregierung und der als Eigentümer der Staatsforsten des besetzten Gebietes beteiligten Länder getätigt worden sei. Die Vekl. (Reich und Länder) bestreiten das. Jedenfalls versuchte die Kl. nach dem Abschluß der CS.-Verträge, sich die Hilfe des Reiches und der beteiligten Länder zu sichern, indem sie vorschlug, die an der Erhaltung ihrer Wälder interessierten Länder möchten, um die Fällungen in den Staatsforsten hintanzuhalten, ihr und den übrigen CS.-Firmen die zur Durchführung der Verträge erforderlichen Kredite einräumen oder doch das zur Durchführung der Schnittholzlieferungen benötigte Rohholz aus den Beständen ihrer Wälder in dem unbesetzten Reichsgebiete zur Verfügung stellen und zum Ausgleich die von den CS.-Firmen erworbenen Waldbestände des besetzten Gebietes zurücknehmen. Diese Bemühungen scheiterten, weil Reich und Länder die CS.-Verträge als mit der deutschen Reparationspolitik unvereinbar ansahen, weil die Landesforstverwaltungen, wie in ihren an die Kl. im Mai 1924 gerichteten Schreiben — den sog. Maischreiben — zum Ausdruck gekommen ist, darüber ungehalten waren, daß sich deutsche Holzfirmen Holzbestände aus Staatswäldern des besetzten Gebietes zur Befriedigung der Reparationswünsche der Alliierten hinter dem Rücken der Eigentümer hatten übertragen lassen, und endlich, weil die Forstverwaltungen und auch das Reich befürchteten, daß die glatte Durchführung der CS.-Verträge für die Alliierten nur ein Anreiz sein werde, weitere CS.-Fälle vorzunehmen. In der Folge schritt die Kl. — wie auch ein Teil der sonstigen CS.-Firmen — zur Abholzung der ihr von der Rheinlandkommission inzwischen zugeteilten Schläge in den Staatswäldern des besetzten Gebietes, da sie, wie sie behauptet, zur Lieferung der vertraglich übernommenen Schnittholzmengen aus eigenen Kräften nicht imstande war und daher das ihr aus den Staatswäldern des besetzten Gebietes zugeteilte Holz zur Durchführung dieser Lieferungen benötigte. Die CS.-Firmen fällten von diesem Holz insgesamt rund 120 000 fm, die Kl. davon allein in der Zeit vom 22. März bis 10. Mai 1924 insgesamt zwischen 80 000 und 95 000 fm.

Die „CS.-Verträge“ wurden schließlich im Rahmen des Koblenzer Abkommens v. 20./28. Okt. 1924 (RGBl. 1925, II, 54) über die Beendigung der Pfänderverwaltungen abgewickelt, wobei die CS.-Firmen auf Grund besonderer Vereinbarungen zwischen ihnen und den Alliierten v. 24. und 26. Sept. 1924 von

den letzteren durch Vermittlung des Comité Directeur des Forêts für die auf dem Stoc stehenden gelassenen Schläge, zu deren Fällung sie nach Maßgabe der ausgeführten Lieferungen berechtigt gewesen wären, geldlich entschädigt wurden. Ferner war in dem sog. Londoner Protokoll v. 16. Aug. 1924, dem das Zustimmungsgesetz v. 30. Aug. 1934 (RGBl. II, 289) für das Reichsgebiet Geltung verleiht, zwischen den Alliierten und dem Deutschen Reich eine Amnestievereinbarung getroffen worden, wonach niemand unter irgendeinem Vorwand verfolgt, beunruhigt, belästigt oder einem materiellen oder moralischen Nachteil unterworfen werden sollte, „sei es wegen einer Tat, die in der Zeit zwischen dem 11. Jan. 1923 und dem Inkrafttreten des Abkommens in den besetzten Gebieten ausschließlich oder überwiegend aus politischen Gründen begangen worden ist, sei es wegen seines politischen Verhaltens in jenen Gebieten während der angegebenen Zeit, sei es wegen seines Schorsams oder seines Nichtschorsams gegenüber den Befehlen, Ordnungen, Verordnungen oder Anordnungen, die von den Besatzungsbehörden oder den deutschen Behörden mit Beziehung auf die Ereignisse während des bezeichneten Zeitraums erlassen worden sind, sei es endlich wegen seiner Beziehungen zu jenen Behörden...“

Anfang 1926 erhob die Kl. die vorl. Klage gegen das Reich, die deutsche Reichspost und die Länder Bayern, Preußen und Hessen. Sie verlangt Schadensersatz wegen unerlaubter Handlung und Unterlassung jeglicher Benachteiligung durch Verweigerung des Geschäftsverkehrs oder ähnliche Maßnahmen sowie die öffentliche Zurücknahme des gegen sie erhobenen und verbreiteten öffentlichen Berrufs und der erlassenen Sperranweisungen.

Die Bekl. bestreiten das Vorliegen eines Boykotts in rechtlicher wie in tatsächlicher Hinsicht, insbes. eine Verabredung zum Boykott und eine sittenwidrige Abkehr durch den Abbruch der Geschäftsbeziehungen; sie bestreiten ferner die Teilnahme an schädigenden Handlungen anderer, die Behauptung oder Verbreitung unwahrer Tatsachen über die Kl. und jegliche Zuwiderhandlung gegen die Amnestiebestimmungen des Londoner Protokolls.

Über die Kl. ist während des Rechtsstreits das Konkursverfahren eröffnet und durch Zwangsvergleich beendet, die Gesellschaft aber gemäß § 307 Abs. 2 HGB. fortgesetzt worden. Der mitbeklagte bayerische Staat ist infolge eines Vergleichs aus dem Rechtsstreit ausgeschieden.

LG. und RG. haben die Klage abgewiesen. Die Rev. der Kl. war erfolglos.

I. Die Kl. hat ihre Ansprüche gegen das Deutsche Reich u. a. auch darauf gestützt, daß die Reichsregierung es schuldhaft pflichtwidrig unterlassen habe, die gesetzgeberischen und verwaltungsmäßigen Maßnahmen zu treffen, die zur Durchführung der Amnestievereinbarungen erforderlich gewesen seien. Demgemäß wird im Nubrum des angefochtenen Urteils das Deutsche Reich in dieser Hinsicht als „vertreten durch die Reichsregierung, diese vertreten durch den Reichskanzler“ bezeichnet. Es kann dahinstehen, ob hiergegen unter Zugrundelegung der sich aus der WeimVerf. ergebenden Rechtslage Bedenken bestanden hätten. Jedenfalls entspricht eine solche Ordnung der Vertretung des Reichs nicht mehr dem gegenwärtigen Stande der Regierungsverfassung. Diese kennt eine Reichsregierung i. S. eines vertretungsberechtigten Kollegiums nicht mehr. Damit entfällt auch jede Grundlage für die Annahme einer gesetzlichen Vertretung der Reichsregierung durch den Reichskanzler. Ohne daß auf die bestehende Regierungsverfassung und die staatsrechtliche Stellung der Mitglieder der Reichsregierung in ihrem Sinne näher eingegangen zu werden braucht, ergibt sich ferner, daß die politische und staatsrechtliche Stellung des Führers und Reichskanzlers, der als Führer der Partei und des deutschen Volkes die oberste Macht des deutschen Staatsoberhauptes und die oberste Gewalt als Regierungschef in sich vereinigt, es ausschließt, ihn in einem bürgerlichen Rechtsstreit gegen das Deutsche Reich als gesetzlichen Vertreter des Reiches i. S. der Prozeßgesetze vor die Schranken der Gerichte zu rufen. Mangels besonderer gesetzlicher Bestimmungen ist vielmehr davon auszugehen, daß in solchem Falle die gesetzliche Vertretung des Reichs für die Prozeßführung jeweils demjenigen oder denjenigen Reichs-

ministern zusteht, deren anvertrauter Geschäftsbereich von dem Rechtsstreit sachlich betroffen wird. Für die Durchführung der Londoner Amnestie können das nur die Reichsminister des Innern, des Auswärtigen und der Finanzen sein.

II. Die sachlich-rechtliche Nachprüfung des angefochtenen Urteils muß vornehmlich unter zwei Gesichtspunkten erfolgen. Der eine davon wird dadurch bestimmt, daß die Klage gegen das Reich, die Deutsche Reichspost und die Länder Preußen und Hessen gerichtet ist und die Haftung dieser öffentlich-rechtlichen Körperschaften mit der Behauptung in Anspruch genommen wird, ihre Behörden und Beamten hätten der Kl. durch ihr amtliches Verhalten Schaden zugefügt. Es kommt daher zunächst darauf an, klarzustellen, unter welchen rechtlichen Voraussetzungen eine solche Schadenshaftung eintritt, und zu unteruchen, ob das BG. die Rechtslage in dieser Hinsicht erkannt und demgemäß seine rechtliche Würdigung auf einer einwandfreien Grundlage vorgenommen hat. Die Nachprüfung unter dem zweiten Gesichtspunkt hat ihren Anlaß in dem Vorbringen der Kl., daß jene Haftungsvoraussetzungen hauptsächlich durch die Verwirklichung bestimmter Deliktstatbestände, insbes. des sittenwidrigen Boykotts und der sittenwidrigen Abkehr, der Teilnahme an unerlaubten Handlungen anderer, der Verletzung eines Schutzgesetzes, der Kreditbeschädigung erfüllt worden seien.

a) Die Schadenshaftung des Deutschen Reichs, der Deutschen Reichspost und der Länder Preußen und Hessen für schädigende Handlungen ihrer Beamten ist — abgesehen von der Haftung aus Vertragsverhältnissen — dem Grunde und dem Maße nach verschieden, je nachdem ob die schädigende Handlung im bürgerlich-rechtlichen Geschäftskreis der in Frage kommenden Körperschaft und in Wahrnehmung ihrer rein privatrechtlichen Interessen oder bei der Ausübung anvertrauter öffentlicher Gewalt begangen ist.

Im ersteren Falle bestimmt sich die Schadenshaftung der betreffenden Körperschaft nach den §§ 89, 90, 91 BGB., wobei zur Herstellung ihrer Verantwortlichkeit nur die Haftungsgründe des allgemeinen Rechts, nicht etwa § 839 BGB. heranzuziehen sind (RGZ. 131, 239 [249] = JW. 1931, 3090¹² m. Anm.). Für eine Schadenszufügung durch unerlaubte Handlungen ihrer Beamten i. S. der §§ 823 ff. BGB. haften demnach die beskl. öffentlich-rechtlichen Körperschaften aus ihrem bürgerlich-rechtlichen Geschäftskreis nur, wenn mindestens einer der Tatbestände dieser Vorschriften verwirklicht ist, dann aber, sofern der Beamte als „verfassungsmäßig berufener Vertreter“ anzusprechen ist, schlechthin in derselben Weise, wie jede Privatperson, insbes. also auch bei nur fahrlässigem Verschulden der Beamten, wenn dieses für die Verwirklichung des Tatbestandes der unerlaubten Handlung ausreicht. Ist die Schadenszufügung durch Beamte oder Angestellte erfolgt, die nicht „verfassungsmäßig berufene Vertreter“ sind, so müssen die beskl. Körperschaften dafür unter dem hier in Rede stehenden Gesichtspunkt nur eintreten, wenn es ihnen nicht gelingt, den nach anerkannter Rspr. (vgl. RGZ. 139, 149 [151] = JW. 1933, 1189¹¹ und die dort angeführten Entsch.) hinsichtlich ihres eigenen Verschuldens auch ihnen offenstehenden Entlastungsbeweis nach § 831 BGB. zu führen.

Dagegen haften die Bekl. für den Schaden, den ihre Beamten Dritten in Ausübung anvertrauter öffentlicher Gewalt zugefügt haben nach Maßgabe des Art. 131 WeimVerf. i. Verb. m. § 839 BGB. in den von den Staatshaftungsgesetzen oder der sonst zuständigen Gesetzgebung gezogenen Grenzen. Diese Haftung der Bekl. auf Grund ihrer Betätigung auf dem Gebiete öffentlich-rechtlicher Gewaltausübung ist teils enger, teils weiter als die Haftung bei ihrer privatrechtlichen Betätigung. Entscheidend ist hier in erster Linie, ob sich die schädigende Handlung des Beamten als schuldhaft Verletzung einer ihm dem geschädigten Dritten gegenüber obliegenden Amtspflicht darstellt. Fehlt es an einer Amtspflicht dem Dritten gegenüber, so entfällt die Haftungsspflicht des öffentlich-rechtlichen Dienstherrn des Beamten, mag auch die schädigende Handlung die Tatbestandsmerkmale einer unerlaubten Handlung i. S. der §§ 823 ff. BGB. verwirklichen. Die Frage der Amtspflichtverletzung ist im übrigen völlig selbständig zu beurteilen. In dieser Beziehung schließt § 839 BGB. (RGZ. 154, 117 = JW. 1937, 1706⁵ und 1967⁵) die §§ 823 ff. BGB. insofern ein, als eine Amtspflichtverletzung

jedenfalls immer dann als vorliegend angesehen werden muß, wenn von dem Beamten bei der Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt der Tatbestand einer unerlaubten Handlung i. S. dieser Vorschriften verwirklicht worden ist. Die Haftung ist aber insofern weiter, als eine schuldhaftige Amtsspflichtverletzung auch dann vorliegen kann, wenn einer der allgemeinen Deliktstatbestände nicht oder nicht voll verwirklicht ist. Auf der anderen Seite ist die Ersatzpflicht bei schuldhaften Amtsspflichtverletzungen auf dem Gebiete öffentlich-rechtlicher Gewaltausübung gegenüber derjenigen auf dem privatrechtlichen Tätigkeitsgebiete erheblich eingeschränkt. Sie ist, wenn dem Beamten nur eine fahrlässige Amtsspflichtverletzung zur Last fällt, nach § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB. nur eine subsidiäre, d. h. die Ersatzpflicht des öffentlich-rechtlichen Dienstherrn tritt solchenfalls nur ein, wenn der Geschädigte nicht auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermag, und sie tritt — von dem hier nicht in Betracht kommenden Fall des Abs. 2 abgesehen — nach Abs. 3 daselbst überhaupt nicht ein, wenn der Verletzte vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen hat, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden. Insofern schließt § 839 BGB. hinwiederum die Anwendung der allgemeinen Deliktshaftungsbestimmungen i. S. der §§ 823 ff. BGB. aus. Gegenüber den die Haftungsspflicht des öffentlich-rechtlichen Dienstherrn beschränkenden Bestimmungen ist für eine Anwendung der §§ 823 ff. BGB. kein Raum, m. a. W., diese können, auch wenn einer ihrer Tatbestände vorliegt, gegenüber der nach § 839 BGB. beschränkten Haftung nicht neben dieser Vorschrift angewendet werden.

Diese Unterschiede ergeben sich, wie zur Klarstellung bemerkt wird, lediglich für die Schadenshaftung des öffentlich-rechtlichen Dienstherrn des Beamten. Anders ist die Rechtslage, wenn es sich um die Ersatzpflicht des Beamten selbst handelt. Der Beamte kann persönlich, wenn er in amtlicher Eigenschaft eine zum Schadenserfolg verpflichtende Handlung begeht, immer nur nach Maßgabe des § 839 BGB. ersatzpflichtig gemacht werden. Dieser Fall wird angesichts der Regelung im Art. 131 WeimVerf. gerade dann praktisch, wenn der Beamte die schädigende Amtshandlung innerhalb des privatrechtlichen Geschäftskreises seines öffentlich-rechtlichen Dienstherrn, bei der Verwaltung von Staats- oder Gemeindegut oder in einem öffentlichen Unternehmerbetriebe, vorgenommen hat. Daß sich die Regelung der Amtshaftung der Beamten in § 839 BGB. auch auf die Handhabung der privatrechtlichen Verhältnisse der öffentlichen Rechtskörper durch ihre Beamten erstreckt, ist in der Rspr. des RG. anerkannt (vgl. RGZ. 131, 239 [248] = JW. 1931, 3090¹² m. Anm.). Für die Ersatzpflicht des öffentlich-rechtlichen Dienstherrn für schädigende Handlungen der in seinem privatrechtlichen Geschäftskreis tätigen Beamten ergibt diese Rechtslage eine wichtige Folgerung: Wenn nämlich die schädigende Handlung eines solchen Beamten sich als eine nur fahrlässige Verletzung der ihm dem geschädigten Dritten gegenüber obliegenden Amtsspflicht darstellt, gleichzeitig aber den Tatbestand einer unerlaubten Handlung i. S. der allgemeinen Vorschriften in den §§ 823 ff. BGB. verwirklicht, so kann der Fall eintreten, daß die Haftung des Beamten nach § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB. ausgeschlossen wird, sein öffentlich-rechtlicher Dienstherr aber nach den §§ 89, 30, 31, evtl. § 831 BGB. ersatzpflichtig ist; ja der Ausschluß der persönlichen Haftung des Beamten kann gerade darin seinen Grund haben, daß sein öffentlich-rechtlicher Dienstherr ersatzpflichtig ist. Bei vorsätzlichem Handeln des Beamten tritt die Haftung des öffentlich-rechtlichen Dienstherrn neben die persönliche Haftung des Beamten. Insofern zeigt sich ein weiterer bedeutsamer Unterschied gegenüber der Haftungsregelung bei den in Ausübung anvertrauter öffentlicher Gewalt begangener schädigender Handlungen von Beamten; denn nach Art. 131 WeimVerf. tritt die Ersatzpflicht des öffentlich-rechtlichen Dienstherrn grundsätzlich an die Stelle derjenigen des Beamten und reicht nicht weiter als diese.

b) Im vorl. Fall ist offensichtlich, daß einige Tatsachenkomplexe, wie z. B. die dem Reich und den bekl. Ländern zum Vorwurf gemachten Unterlassungen hinsichtlich der Durchführung der sog. Londoner Amnestievereinbarung nur die Ausübung anvertrauter öffentlicher Gewalt betreffen können, und nicht zweifelhaft, daß das den beklagten Ländern zum Vorwurf gemachte Verhalten ihrer Landesforstverwaltungen gegenüber der Kl. an

sich dem privatrechtlichen Geschäftskreis der Länder zuzurechnen ist. Das letztere gilt nicht nur insofern, als die Forstverwaltungen oder die dort tätigen Forstbeamten aus den ihnen anvertrauten Staatswäldern Holz verkaufen oder versteigern oder die Bedingungen hierfür festsetzen, den Geschäftsverkehr mit den Kunden regeln oder sonst Rechtsgeschäfte tätigen, die auf die Nutzung der Staatswälder oder ihre forstwirtschaftliche Betreuung Bezug haben, sondern trifft überhaupt für alle Tätigkeiten zu, die im Rahmen solchen geschäftlichen Verkehrs notwendig werden, also auch für die Erledigung von Streitfällen mit Kunden oder mit Dritten aus Anlaß oder im Zusammenhang mit diesem Geschäftsverkehr, die Lösung oder Anknüpfung von geschäftlichen Beziehungen, ebenso aber auch für das Vorgehen gegen Kunden oder Dritte, die unbefugt in die Tätigkeit der Forstbeamten eingreifen oder sie hindern, demnach auch für die Abwehr von beleidigenden Angriffen Dritter gegen die Forstbeamten.

Die Kl. meint, die grundsätzliche Einstellung des BG. beruhe auf Rechtsirrtum, weil sich die Forstbeamten der beklagten Länder in ihrem Verhalten zur Kl. nicht auf die Wahrnehmung des privatrechtlichen Interesses der Länder beschränkt hätten.

In der Tat kann bei der einen oder anderen der von den Landesforstverwaltungen getroffenen Maßnahmen zweifelhaft sein, ob sie dem bürgerlich-rechtlichen Geschäftskreis der beklagten Länder zuzurechnen sind oder sich nicht vielmehr als Ausübung öffentlicher Gewalt darstellen oder ob nicht beides angenommen werden muß.

Es kann aber dahinstehen, ob grundsätzlich überhaupt eine und dieselbe Handlung desselben oder derselben Beamten, die im bürgerlich-rechtlichen Geschäftskreis der beklagten Länder vorgenommen worden ist, zugleich als Ausübung anvertrauter öffentlicher Gewalt angesehen werden kann. Wäre das zu bejahen, so müßte zugegeben werden, daß alsdann die Haftung der Länder nach den §§ 89, 30, 31, 823 ff. BGB. mit jener aus Art. 131 WeimVerf. i. Verb. m. § 839 BGB. in rechtlich bedeutungsvoller Weise zusammentreffen würde. Daß eine solche Haftungskonkurrenz rechtlich möglich ist, dafür gibt die Entsch. des 1. Sen. v. 8. Mai 1936, III 187/35 (RGZ. 151, 385 = JW. 1936, 2975¹³) ein Beispiel: Dort ist angenommen worden, daß eine nebeneinander herlaufende Haftung des Staates aus Art. 131 WeimVerf. i. Verb. m. § 839 BGB. einerseits und aus den §§ 823, 831 BGB. andererseits jedenfalls dann in Betracht kommen könne, wenn der Schaden durch Handlungen verschiedener Personen verursacht worden sei, von denen die einen als Beamte (in Ausübung öffentlicher Gewalt) ihre Amtsspflicht verletzt, die anderen als Nichtbeamte eine unerlaubte Handlung begangen haben. Dasselbe muß auch dann gelten, wenn verschiedene Beamte auf solche Weise einen Schaden verursacht haben. Selbstverständlich kann in solchem Fall die Verantwortlichkeit des Staates oder einer sonstigen öffentlich-rechtlichen Körperschaft für die in Ausübung öffentlicher Gewalt begangene Amtsspflichtverletzung des einen Beamten nach § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB., wenn der betreffende Beamte sich dieser Amtsspflichtverletzung nur fahrlässig schuldig gemacht hat, entfalten, dennoch aber die Haftung der in Frage kommenden öffentlich-rechtlichen Körperschaft wegen der im Bereiche ihres privatrechtlichen Geschäftskreises begangenen, auch nur fahrlässigen Amtsspflichtverletzung des anderen Beamten, durch die der Tatbestand einer unerlaubten Handlung i. S. der §§ 823 ff. BGB. verwirklicht ist, zu recht bestehen. Dieser letztere Beamte kann zwar persönlich, wenn ihm nur Fahrlässigkeit zur Last fällt, unter den Voraussetzungen des § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB. nicht in Anspruch genommen werden; sein öffentlich-rechtlicher Dienstherr aber kann sich gegenüber seiner Verantwortlichkeit aus den §§ 30, 31, 89 BGB. oder § 831 daselbst, wenn es sich um eine Handlung des Beamten im bürgerlich-rechtlichen Geschäftskreis handelt, nicht auf § 839 BGB. berufen (siehe oben unter 2 a und RGRKomm., Anm. 1 zu § 839 BGB. sowie die dort angeführten Entsch.).

Die Verschiedenheit der beiden Grundlagen für die Haftung des öffentlich-rechtlichen Dienstherrn kann sich im Hinblick auf die Bestimmung in § 839 Abs. 3 BGB. auch bei vorsätzlichem Handeln der beiden Beamten auswirken, soweit nicht auf der

anderen Seite durch § 254 BGB. im Ergebnis ein Ausgleich erfolgt. Es ist nicht einzusehen, weshalb dieselbe Haftungskonkurrenz nicht auch dann eintreten können, wenn sich, wie unterstellt worden ist, dieselbe Handlung eines Beamten (oder mehrerer Beamten) zugleich als eine auf Grund Betätigung innerhalb des bürgerlich-rechtlichen Geschäftskreises seines öffentlich-rechtlichen Dienstherrn begangene unerlaubte Handlung i. S. der §§ 823 ff. BGB., und als eine in Ausübung öffentlicher Gewalt schuldhaft begangene Amtspflichtverletzung darstellen würde. Sie würde auch hier dazu führen, daß der öffentlich-rechtliche Dienstherr für eine solche Handlung seines Beamten, auch wenn er sich von der Haftung aus Art. 131 WeimVerf. nach § 839 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 3 BGB. freimachen könnte, immer noch nach den §§ 89, 30, 31, 823 ff. BGB. evtl. § 831 daselbst einstehen müßte.

Aus der Rspr. des RG. ergibt sich gegen diese Rechtsauffassung kein Hindernis. In der Entsch. des 1. ZivSen. in RGZ. 74, 250 = JW. 1911, 27 ist ausdrücklich anerkannt, daß ein verklagter Beamter, wenn der Staat für seine Handlungen nach §§ 89, 31 BGB. haften muß, unter den Voraussetzungen des § 839 Abs. 1 Satz 2 daselbst persönlich nicht in Anspruch genommen werden kann. Auch aus den Entsch. in RGZ. 87, 348 bis 349 = JW. 1916, 319; RGZ. 94, 103/104 = JW. 1919, 46; RGZ. 100, 287 = JW. 1921, 237; RGZ. 139, 149 = JW. 1933, 1189¹¹ und RGZ. 151, 385 = JW. 1936, 2975¹² lassen sich keine Bedenken herleiten.

c) Doch bedarf es hier keiner Vertiefung der Frage. Denn es kann bei den zunächst jedenfalls unzweifelhaft im Rahmen des privatrechtlichen Geschäftskreises der beklagten Länder getroffenen Maßnahmen der Landesforstverwaltungen und der dort tätigen Beamten eine Ausübung anvertrauter öffentlicher Gewalt i. S. des Art. 131 WeimVerf. nicht in Betracht kommen. Eine Ausübung des Forstschutzes, der sich, soweit die Forstbeamten polizeiliche Machtmittel anwenden dürfen, als die Ausübung öffentlicher Gewalt darstellt, scheidet hier ohne weiteres aus. Der Rev. ist aber zuzugeben, daß die Forstbehörden als Staatsbehörden, insbes. die in den Ländern für die Handhabung der Forstverwaltung zuständigen Ministerien, Hoheitsorgane des Staates sind, die über die polizeilichen Aufgaben des Forstschutzes hinaus die Hoheitsrechte des Staates und seine hoheitlichen Funktionen in bezug auf das staatliche Forstwesen und die allgemeine staatliche Volkswirtschaft wahrzunehmen haben. Unter diesem Gesichtspunkt mögen den Forstbeamten Pflichten obliegen, deren Erfüllung nicht oder nicht nur im privatwirtschaftlichen Interesse des Staates, als des Eigentümers der Staatswäldungen, sondern allgemein im öffentlichen Interesse geboten ist. Doch begründet der Umstand, daß die im privatrechtlichen Geschäftskreis des Staates vorgenommenen Handlungen von Beamten zugleich dem öffentlichen Interesse dienen, noch keine Ausübung anvertrauter öffentlicher Gewalt i. S. des Art. 131 WeimVerf. Diese wird gekennzeichnet durch die Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse, die den Beamten als Ausfluß und als Mittel zur Durchsetzung der obrigkeitlichen — sei es zwingenden, sei es fürsorgenden — Macht des Staates übertragen worden sind, und deren Verwirklichung auf der Seite der Beamten amtliche Pflichten gegenüber den unmittelbar Beteiligten und auch gegenüber unbeteiligten Dritten zur Folge hat, den letzteren gegenüber jedenfalls insofern, als die Beamten, die mit der Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse verbundenen Machtmittel nur in den durch die Ausübung gebotenen Schranken gebrauchen und dabei nicht in den Rechtskreis eines unbeteiligten Dritten eingreifen dürfen. Gewiß kann, ja wird in der Regel die Wahrung der Staatsautorität Ausübung öffentlicher Gewalt sein, aber doch nur, wenn sie unter Einsatz öffentlich-rechtlicher Machtmittel erfolgt oder erfolgen kann. Dadurch, daß sich Beamte im privatrechtlichen Geschäftskreis des Staates bei ihren Entschließungen und Handlungen auch von dem Gesichtspunkt der Wahrung der Staatsautorität leiten lassen, wird ihre Tätigkeit noch nicht zur Ausübung öffentlicher Gewalt und auch nicht zum Mittel zur Durchsetzung der obrigkeitlichen Macht des Staates, ganz abgesehen davon, daß die Benutzung der privatrechtlichen Tätigkeit zur Durchsetzung öffentlicher Gewalt der Anwendung öffentlich-rechtlicher Zwangs-befugnisse jedenfalls nicht ohne weiteres gleichzuachten wäre. Die im Rahmen des privatrechtlichen Geschäftskreises der Forstver-

waltungen geübte Fürsorge ist noch nicht deswegen Ausübung öffentlicher Gewalt, weil sich die Staatsgewalt nicht nur im Zwange, sondern auch in der Fürsorge betätigt. Die Tätigkeit der Forstbeamten im Bereiche des Privatrechtsverkehrs der beklagten Länder war demnach als solche Amtsausübung, blieb aber privatrechtliche Betätigung, auch wenn sie im öffentlichen Interesse lag und von den Beamten auch als Mittel zur Durchsetzung öffentlicher Belange angesehen worden sein sollte; sie konnte — gleichviel welches der Wille der Beamten war — nach außen hin als gar nichts anderes in die Erscheinung treten, denn als eine Tätigkeit im Rahmen des bürgerlich-rechtlichen Geschäftskreises der Länder.

(Es folgt nunmehr die Nachprüfung des Vorbringens der Kl. über die angebliche Verwirklichung bestimmter Deliktstatbestände, insbes. die des sittenwidrigen Boykotts und der sittenwidrigen Abkehr, der Teilnahme an angeblich unerlaubten Handlungen anderer, der Verletzung der in dem Londoner Abkommen enthaltenen Amnestievereinbarung als Schutzgesetz und der Kreditbeschädigung; vgl. hierzu RGZ. 155, 257 [275 ff.])

(RG., III. ZivSen., U. v. 1. Juni 1937, III 289/35.) [v. B.]
(= RGZ. 155, 257.)

*

41. RG. — § 91 ZPO. Kosten von Informationsreisen der auswärtigen Partei zu ihrem Prozeßbevollmächtigten. Regelmäßig wird in jeder Instanz eine solche Reise als zweckentsprechend anzuerkennen sein. **Ausnahme:** In der Revisionsinstanz. Wenn Partei Verkehrsanwalt hat. Bei besonders einfacher Sachlage. Wenn Reisekosten außer Verhältnis zum Streitwert stehen.

Die Beschwerde des Kl. wendet sich gegen die Festsetzung, der dem Bekl. durch zwei Reisen von Wiesbaden nach Berlin zur Informierung seines Prozeßbevollmächtigten erwachsenen Kosten in Höhe von 187,20 RM, deren Festsetzung der UrV. mit der Begründung abgelehnt hat, der Bekl. sei zu schriftlicher Informationserteilung imstande gewesen. LG. hat die Erinnerung zurückgewiesen und hat sich dabei von der Erwägung leiten lassen, daß nach feststehender Rspr. für jede Tatsacheninstanz eine Informationsreise als notwendig anzuerkennen sei und daß kein Grund vorliege, hier von dieser Rspr. abzuweichen.

Daß auch die Auslagen, die einer auswärtigen Partei durch Reisen, sei es zu Terminen, sei es zu ihrem Prozeßbevollmächtigten, erwachsen, zu den erstattungsfähigen notwendigen Rechtsstreitkosten nach § 91 Abs. 1 ZPO. gehören können, ist in der Rspr. niemals zweifelhaft gewesen. Allerdings lassen sich feste Grundsätze über die Gesichtspunkte, nach denen gerade die Notwendigkeit von Reisen der Parteien zu beurteilen ist, nicht aufstellen. Regelmäßig wird jedoch, wie dies überwiegend in der Rspr. geschieht, davon auszugehen sein, daß eine auswärtige Partei Gelegenheit haben muß, wenigstens einmal den gesamten Streitstoff mündlich mit ihrem Prozeßbevollmächtigten zu erörtern, mag dies nun bei Einleitung oder im Verlauf des Prozesses geschehen.

Dabei kann es im allgemeinen nicht entscheidend auf die mehr oder weniger große Gewandtheit der Partei abgestellt werden, im schriftlichen Verkehr mit ihrem Anwalt diesen zu unterrichten. Denn der Wert der mündlichen Aussprache, jedenfalls einer grundlegenden mündlichen Aussprache, für die Zwecke ausreichender Wahrnehmung der Zwecke der Partei im Prozeß ist unverkennbar. Diesem Umstand wird daher weitgehend Rechnung zu tragen sein, insbes. wo nur die eine Partei auswärts wohnt, die andere Partei dagegen ungehindert mündlich mit ihrem Anwalt Rücksprache nehmen kann.

Diese Regel kann jedoch nicht ausnahmslos gelten, so z. B. im allgemeinen nicht für die RevInst. In ihr handelt es sich wesentlich nur noch um die rechtliche Würdigung des in den Vorinstanzen bereits erörterten und geklärten tatsächlichen Sachverhalts, so daß, von ganz besonderen Ausnahmefällen abgesehen, eine mündliche Besprechung der Partei mit dem Revisionsanwalt zur Sicherung der Rechte der Partei nicht notwendig erscheint.

Eine andere Beurteilung hat ferner regelmäßig Platz zu greifen, wenn die Partei sich ohnehin der Hilfe eines Verkehrsanwalts bedient. Wenn auch § 44 RVGebO. dessen Tätigkeit unter dem Gesichtspunkt der Führung des Schriftverkehrs mit dem Prozeßbevollmächtigten vergütet, so erspäht sich die Funktion des Verkehrsanwalts doch nicht in der schriftlichen Unterrichtung des auswärtigen Prozeßbevollmächtigten. Eingeschlossen und wesentlich gerade für die Tätigkeit des Verkehrsanwalts ist vielmehr auch die die Aufnahme der Information durch die Partei in persönlicher Rücksprache umfassende Tätigkeit. Es ist

deshalb auch anerkannt, daß die hierfür ausgeworfene Verlehrsgebühr dem Wesen nach eine Prozeßgebühr ist und damit gleichsam den erweiterten allgemeinen Geschäftsbetrieb des Prozeßes, der auch die Informationsaufnahme mit einschließt, abgibt. In solchem Falle ersetzt also regelmäßig die mündliche Erörterung des Streitstoffes mit dem Korrespondenzanwalt die mündliche Rücksprache mit dem Prozeßbevollmächtigten und macht so eine Informationsreise zu diesem entbehrlich. Aus gleicher Ermägung heraus hat der Senat in ständiger Praxis dahin entschieden, daß umgekehrt an Stelle der Kosten eines von der Partei betrauten Verkehrsanwalts nur die Kosten in derjenigen Höhe erstattungsfähig sind, die durch eine Reise der Partei zu ihrem Prozeßbevollmächtigten entstanden wären, sofern eine solche Reise der Partei nach Lage der Sache zuzumuten und die ausreichende Wahrnehmung der Rechte der Partei auf diesem Wege gewährleistet ist (Entsch. des Senats vom 18. April 1929 bei Gaedeker, „Kostenrechtspr.“ Nr. 127).

Eine Ausnahme wird ferner dann zu machen sein, wenn es sich um eine besonders einfache Sachlage handelt, die in der Tat durch eine schriftliche Erörterung genügend klargestellt werden kann, und wenn auch die prozeßuale Lage nicht besondere mündliche Ermägungen zwischen der Partei und dem Prozeßbevollmächtigten notwendig macht.

Schließlich können die Kosten einer Reise der Partei zu ihrem Prozeßbevollmächtigten regelmäßig auch dann nicht als zur zweckentsprechenden Wahrnehmung der Rechte der Partei notwendig anerkannt werden, wenn die Aufwendungen der Partei für diese Reise außer Verhältnis zu dem Wert des Streitgegenstandes stehen würden.

Von diesem Gesichtspunkt aus begegnet die Festsetzung der Kosten zweier Reisen des Vekl. nach Berlin zwecks persönlicher Unterrichtung seiner Prozeßbevollmächtigten keinen Bedenken. Es handelte sich vielmehr für ihn um einen Rechtsstreit von besonderer Tragweite, da gegen ihn Schadensersatzansprüche wegen angeblich verleumderischer Beleidigung geltend gemacht wurden und die Art der zur Erörterung stehenden Vorwürfe eine mündliche Aussprache der Parteien mit ihrem Prozeßbevollmächtigten besonders wertvoll erscheinen ließ. Angesichts des neuen Vorbringens der Gegenpartei in der Ver.Just. bestanden dieselben Voraussetzungen unvermindert, wenn nicht im erhöhten Maße, auch für den zweiten Rechtszug fort.

Der Kl. kann den Vekl. nicht darauf verweisen, daß er gelegentlich dienstlicher Reisen nach Berlin auch die persönlichen Rücksprachen mit seinem Prozeßbevollmächtigten hätte erledigen können. Dazu hätte vom Kl. dargelegt werden müssen, daß der Vekl. gerade zu derselben Zeit, zu der sich die mündliche Erörterung mit seinen Anwälten notwendig machte, ohnehin dienstlich in Berlin zu tun gehabt und bei dieser Gelegenheit ohne Aufwand von Mehrkosten auch die für Zwecke des Prozeßes erforderlichen Maßnahmen mit hätte erledigen können. Dafür, daß dies hier zutrifft, ist vom Kl. nichts dargelegt.

(RG., 20. ZivSen., Beschl. v. 3. Nov. 1937, 20 W 5009/37.)

*

42. OLG. — §§ 114, 115 ZPO.; § 1 ArmAnwG. Zur Frage der Berechnung der Armenanwaltskosten bei nur teilweiser Bewilligung des Armenrechts.

Der Kl. hat einen Schadenersatzanspruch (Verletzung durch Kraftwagen) geltend gemacht. Auf Beschwerde wurde ihm seitens des OLG. für die erste Instanz das Armenrecht „bis höchstens zur Hälfte des von ihm geltend gemachten Klageanspruchs“ gewährt. Nach Klageabweisung verfolgte er Berufung, seitens des OLG. wurde ihm das Armenrecht „Zur Hälfte“ bewilligt. Kl. machte seinen gesamten Klageanspruch geltend und erstritt ein teilweise obliegendes Urteil. Der Streitwert wurde auf 4290 RM festgesetzt. Der für die Ver.Just. beigeordnete ArmAnw. reichte seine Kostenrechnung bezüglich eines Streitwerts von mehr als 2000 RM ein (§ 1 Abs. 2 ArmAnwG.) und erhielt entsprechende Anweisung. Der Rechnungshof beanstandete diese Anweisung, weil nur die Hälfte der Gebühren anzuzusetzen sei. Demgemäß erließ der UrV. der Geschäftsstelle des OLG. Zahlungsaufforderung an den ArmAnw. bezüglich des zuviel gezahlten Betrags. Die von dem ArmAnw. eingelegte Erinnerung ist zulässig (§ 4 DORW.) und begründet.

Eine teilweise Bewilligung des Armenrechts kommt in zwei Formen vor: In der Bewilligung zu einem Bruchteil wegen nur teilweiser Armut der Partei (§ 115 Abs. 2 ZPO.) und ferner in der Bewilligung für einen Teil des Anspruchs (§ 114 Abs. 2 ZPO.), weil nur bezüg-

lich dieses Teils die Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung aussichtsvoll und nicht mutwillig erscheint.

Wie sich die Berechnung der Armenanwaltsgebühren bei Bruchteilсарmenrecht (§ 115 Abs. 2 ZPO.) gestaltet, ist bestritten (vgl. Gaedeker, „ArmAnwKostG.“, S. 93; Galinasky-Meyer, „ArmAnwKostG.“, S. 102/103). Die Streitfrage braucht jedoch nicht entschieden zu werden, da dieser vom Rechnungshof angenommene Fall hier nicht vorliegt. Zwar spricht der Beschluß des OLG. nur von einer Bewilligung des Armenrechts „Zur Hälfte“, es kann aber nach dem Akteninhalt nicht zweifelhaft sein, daß hiermit nur die Hälfte des von dem Kl. geltend gemachten Klageanspruchs gemeint ist, wie dies der Beschwerdebeschluß des OLG. bereits deutlich zum Ausdruck gebracht hatte. Das vorgelegte Armutszertifikat ergibt im übrigen auch, daß der Kl. (völlig) arm ist. Für diesen Fall nun ist die Verordnung des ArmAnw. nur zur Vertretung der armen Partei für diesen Teil des Anspruchs erfolgt. Der ArmAnw. hat daher Anspruch auf Erstattung derjenigen Gebühren und Auslagen, die demjenigen Teil des Anspruchs entsprechen, für dessen Geltendmachung er beigeordnet wurde. Die Gebührenberechnung hat also in diesem Falle nach einem Streitwert zu erfolgen, der diesem Bruchteil des Anspruchs entspricht, nicht aber ist für diese Berechnung der entsprechende Teil der Gebühren zugrunde zu legen (vgl. OLG. Hamm v. 21. Nov. 1929; BBl. 1930, 77; Jena v. 20. Mai 1935; Rechtsprf. 1931, 326; RfM. v. 14. Juni 1929, 7 W 78, 29). Dieser Streitwert beträgt hier die Hälfte von 4290 RM (oben), also 2145 RM. Die ursprüngliche Gebührenberechnung des UrV. war sonach zutreffend, die Beanstandung dieser Berechnung erweist sich nicht als berechtigt.

(OLG. Darmstadt, IV. ZivSen., Beschl. v. 1. Nov. 1937, 2 U 108/35.)

*

43. RG. — §§ 114, 119 ZPO. Hat das Prozeßgericht den ArmAnw. auch für das Zwangsvollstreckungsverfahren beigeordnet, so ist es folgerichtig, ihn erst recht für das Beschwerdeverfahren der Zwangsvollstreckung beigeordneten. Voraussetzung hierfür ist die Erfolgsaussicht. Diese entfällt, wenn das RG. und OLG. übereinstimmend aus vom RG. abweichende Rechtsansicht haben.

Die Gläubigerin hat unter Berufung darauf, daß ihr in dem Rechtsstreit das Armenrecht einschließlich der Zwangsvollstreckung bewilligt worden sei, in dem Zwangsvollstreckungsverfahren die Verordnung eines Prozeßbevollmächtigten für die Durchführung eines Beschwerdeverfahrens für den Fall beantragt, daß das BeschwG. das von dem Prozeßgericht bewilligte Armenrecht nicht für das Beschwerdeverfahren gelten lassen sollte. Das OLG. hat das Armenrechtsgesuch zurückgewiesen. Die Beschwerde ist nicht begründet.

Für die Beurteilung des Armenrechtsgesuchs hat die Frage, ob das von dem Prozeßgericht für die Zwangsvollstreckung bewilligte Armenrecht auch ein Beschwerdeverfahren mitumfaßt, nur insofern Bedeutung, als bei Bejahung dieser Frage ein Rechtsschutzbedürfnis für die besondere Bewilligung des Armenrechts nicht gegeben sein würde. Die Gesuchstellerin hätte ihren Rechtsstandpunkt, daß das Armenrecht auch das Beschwerdeverfahren mitumfasse, gegebenenfalls im Wege der Erinnerung gegen den Kostenantrag nach § 4 DORW. und, soweit die Anwaltsgebühren in Betracht kommen, im Wege der Erinnerung nach § 4 ArmAnwG. verfolgen müssen. Ein Rechtsschutzinteresse war indessen schon deshalb zu bejahen, weil die Ansicht, daß das vom Prozeßgericht für die Zwangsvollstreckung bewilligte Armenrecht auch das Beschwerdeverfahren mitumfasse, mindestens erheblichen Bedenken unterliegt. Nach § 119 Abs. 1 ZPO. wird das Armenrecht für jede Instanz besonders bewilligt. Daraus, daß die Bewilligung des Armenrechts für die erste Instanz „einschließlich der Zwangsvollstreckung“ erfolgt, kann nicht geschlossen werden, daß die gesamte Zwangsvollstreckung einschließlich des Beschwerdeverfahrens als eine einheitliche Instanz i. S. von § 119 ZPO. anzusehen sei.

Für die Beurteilung des Gesuchs ist weiter von Bedeutung, inwieweit überhaupt ein Rechtsschutzbedürfnis für die Bewilligung des Armenrechts im Beschwerdeverfahren der Zwangsvollstreckung anzuerkennen ist. Hinsichtlich der Gerichtskosten ist ein solches Rechtsschutzbedürfnis jedenfalls in der Regel zu verneinen, da eine Vorschusspflicht für das Beschwerdeverfahren nicht besteht, auch eine nachträgliche Erhebung von Gerichtskosten gem. § 38 DORW. im allgemeinen nur bei Verwerfung oder Zurückweisung der Beschwerde in Betracht kommt, also in Fällen, in denen ein Anspruch auf Be-

willigung des Armenrechts mangels hinreichender Erfolgsaussicht nicht begründet ist (§ 114 ZPO.). Im übrigen ist die arme Partei gegen Härten bei der Vertreibung der Gerichtskosten durch die hierfür erlassenen Verwaltungsvorschriften hinreichend geschützt (vgl. §§ 76, 90 Zustizklassenordnung). Soweit die Beordnung eines Armenanwalts beantragt ist, steht die Entsch., da ein Anwaltszwang für das Beschwerdeverfahren der Zwangsvollstreckung nicht besteht (§§ 78 Abs. 2, 56, 89 Abs. 2 ZPO.), im Ermessen des Gerichts (§ 39 RAO.). Ein Rechtsschutzbedürfnis wird hier in der praktischen Gerichtsübung regelmäßig verneint, weil die arme Partei die Möglichkeit hat, ihre Anträge bei der Rechtsantragstelle des Gerichts zu Protokoll zu geben. Indessen gehört zu einer sachgemäßen Ausübung des Ermessens, daß das Gericht der Zwangsvollstreckung zur Vermeidung widersprechender und damit der Rechtspflege abträglicher Entsch. auch eine etwaige Entsch. des Prozeßgerichts nicht unberücksichtigt läßt. Hat das Prozeßgericht — wie im vorl. Fall — abweichend von dem in dem amtlichen Vordruck vorgesehenen Regelfalle, aus besonderen Gründen den ArmAnw. auch für das Zwangsvollstreckungsverfahren beigeordnet, so erscheint es folgerichtig, das Bedürfnis für eine solche Beordnung erst recht für das Beschwerdeverfahren zu bejahen. Es wäre ein Widerspruch in sich, wenn man der armen Partei zwar für die Vertreibung der Zwangsvollstreckung im ersten Rechtszuge einen Anwalt beordnen, für die regelmäßig schwierigere Durchführung eines Beschwerdeverfahrens aber versagen wollte.

Obwohl hiernach für den vorl. Fall ein Rechtsschutzbedürfnis für die Beordnung eines ArmAnw. im Beschwerdeverfahren anzuerkennen ist, konnte die Beschwerde deshalb keinen Erfolg haben, weil es für die Bewilligung des Armenrechts an der nach § 114 ZPO. erforderlichen hinreichenden Erfolgsaussicht fehlt. Bei der Prüfung der Erfolgsaussichten muß, wenn auch bei streitigen Rechtsfragen im allgemeinen von der höchstgerichtlichen Rspr. oder der herrschenden Meinung auszugehen ist, der abweichende Rechtsstandpunkt des für die sachliche Entsch. zuständigen Gerichts dann maßgebend sein, wenn gegen seine Entsch. ein Rechtsmittel nicht oder voraussichtlich nicht gegeben ist. In vorl. Falle steht die von dem LG. vertretene Rechtsansicht zwar mit der ständigen Rspr. des RG. in Widerspruch. Da indessen die Rechtsauffassung des LG. mit derjenigen des RG. übereinstimmt, wäre eine weitere sofortige Beschwerde voraussichtlich unzulässig gewesen (§ 568 Abs. 2 ZPO.). Es kann daher nicht beanstandet werden, daß das LG. das Armenrechtsgesuch abgelehnt hat.

(RG., 8. Zivilsen., Beschl. v. 12. Okt. 1937, 8 W 3921/37.)

*

44. LG. Berlin. — § 114 ZPO. Nach der Rspr. des LG. Berlin (Beschl. v. 23. Juli 1936, 22 T 8221/36 und andere mehr) gehört es nicht zu den Pflichten eines Anwaltspflegers, Unterhaltsprozesse für sein Mündel unentgeltlich zu führen. †)

(LG. Berlin, 53. ZR., Beschl. v. 26. Okt. 1937, 253 T 9865/37.)

Bemerkung: In gleicher Weise haben entschieden:

LG. Berlin, Beschl. v. 23. Juli 1936, 222 T 8221/36 = M. b. RRW. 1936, 178 Nr. 143.

LG. Berlin, Beschl. v. 30. Dez. 1936, 222 T 14426/36 = M. b. RRW. 1937, 35 Nr. 24.

LG. Berlin, Beschl. v. 11. Dez. 1936, 288 T 13798/36 = M. b. RRW. 1937, 35 Nr. 25.

DSG. Hamburg, Urt. v. 7. Mai 1932, Bf VI 79/32 = JW. 1933, 545³⁷.

RG., Beschl. v. 17. Dez. 1932, 3 W 13106/32 = JW. 1935, 1251¹.

LG. Berlin, Beschl. v. 16. April 1935, 289 T 4728/35 = JW. 1935, 1727⁷⁵.

RG., 20. Zivilsen. v. 29. Okt. 1934 (210 P 11/34) = Mitt. b. BerlWR. 2/35 = JW. 1935, 1835.

LG. Berlin, Beschl. v. 28. Dez. 1935, 290 T 14876/35 = JW. 1936, 1152³⁹.

LG. Berlin, Beschl. v. 23. Juli 1936, 222 T 8221/36 = JW. 1936, 2585⁷¹.

LG. Dresden, Beschl. v. 13. Okt. 1936, 15 T 106/36 = JW. 1936, 3086⁷¹.

LG. Leipzig, Beschl. v. 3. Sept. 1936, 8 T 122/36 = JW. 1936, 3142⁵⁶.

LG. Berlin, Beschl. v. 22. Okt. 1936, 219 T 11838/36 = JW. 1937, 580⁶⁶.

WRbG. Berlin, Beschl. v. 2. Febr. 1937, 102 Ta 6/37 = JW. 1937, 1186⁶⁰.

LG. Schneidemühl, Beschl. v. 14. Juni 1937, 3 T 345/37 = JW. 1937, 2240⁷³.

Anderer Meinung sind:

AG. Bremen, Urt. v. 5. Dez. 1935, C 1185/35 = M. b. RRW. 1936, 228 Nr. 192.

LG. Dresden, Beschl. v. 19. Nov. 1936, 18 T 80/36 = M. b. RRW. 1937, 37 Nr. 30.

LG. Frankfurt a. M., Beschl. v. 2. Juni 1937, 2/3 T 534/37 = M. b. RRW. 1937, 210 Nr. 129.

LG. Berlin, Beschl. v. 28. April 1936, 262 T 4835/35 = JW. 1936, 2104^{42a}.

D. S.

*

** 45. RG. — § 239 ZPO.; §§ 2209, 2210 BGB. Fällt das Testamentvollstreckeramts oder das Verwaltungsrecht des Testamentvollstreckers fort, so ist in entsprechender Anwendung des § 239 ZPO. das Verfahren auszusetzen. †)

(RG., IV. Zivilsen., Beschl. v. 30. Sept. 1937, IV 925/36.)

[R.]

Abgedr. JW. 1937, 3183⁶⁰.

Anmerkung: Der § 239 ZPO., der seinem Wortlaut nach nur den Tod der Partei betrifft, hat in der Rspr. eine starke Ausweitung erfahren. Aus guten Gründen hat man das Erlöschen der juristischen Personen und schließlich alle Fälle der Gesamtnachfolge in den Geltungsbereich der Vorschrift einbezogen. Dahin gehören auch — abgesehen von den positiv geregelten Fällen des Konkurses usw. — die Fälle des Übergangs der Parteierolle auf eine Partei kraft Amtes.

Vorliegend steht nun in Frage, wie es in den Fällen zu halten ist, wo die Partei kraft Amtes ihre Funktion wieder einstellt und die von ihr betreute Vermögensmasse auf den materiell Berechtigten übergeht bzw. an ihn zurückfällt. Rspr. und Schrifttum hatten bisher einhellig, wenn auch ohne nähere Begründung, für den Fall des Konkurses — d. h. bei Beendigung des Konkurses oder bei Freigabe des Streitgegenstandes durch den Konkursverwalter — angenommen, daß der Prozeß ohne Unterbrechung oder Aussetzung auf den Gemeinschuldner übergeht (s. die Nachw. in meinem Komm. § 240 Fußn. 63), und zwar ohne Unterschied, ob es sich um einen durch den Konkurs unterbrochenen alten Prozeß des Gemeinschuldners oder um einen vom Konkursverwalter begonnenen neuen Prozeß handelt. Das Gleiche hat man für die sonstigen Parteistellungen kraft Amtes angenommen, insbes. für die Zwangsverwaltung und die Testamentvollstreckung.

In der vorl. Entsch. stellt sich nun das RG. für den Fall des Testamentvollstreckers auf den gegenteiligen Standpunkt und nimmt bei Beendigung der Testamentvollstreckung in entsprechender Anwendung der §§ 239 und 246 Unterbrechung bzw. Aussetzung an. Dies scheint mir durchaus folgerichtig. Die Partei kraft Amtes ist wirkliche Parteipartei und nicht bloß ein verschleierte Vertreter. Es geht in der Tat nicht gut an, den Übergang von dem materiell Berechtigten auf die Partei kraft Amtes nach anderen Grundsätzen zu behandeln als den Übergang von der Partei kraft Amtes auf den materiell Berechtigten. Was das RG. hier für die Beendigung der Testamentvollstreckung ausspricht, muß dann aber konsequenterweise auch für die Beendigung des Konkurses und die Freigabe im Konkurse gelten. Die Entsch. beansprucht danach eine über ihren unmittelbaren Bereich hinausgehende Beachtung. MinR. Dr. Jonas, Berlin.

*

46. RG. — § 606 Abs. 4 ZPO. Die deutschen Gerichte sind für die Scheidung von Franzosen nicht zuständig, da mit einer Anerkennung deutscher Scheidungsurteile im Fran nicht zu rechnen ist.

Der Bekl. ist Franzier, die Kl. ist durch Eingehung ihrer Ehe ebenfalls Franzierin geworden. Die Ehe wird im Fran auch anerkannt, da die Kl. zum Islam übergetreten und neben der standesamtlichen Trauung eine solche vor dem Geistlichen der türkischen Botschaft nach mohammedanischem Ritus vollzogen worden ist.

Wie sich aus den eingeholten Gutachten ergibt, sind auch heute im Fran für Streitigkeiten, die das Wesen der Ehe betreffen, noch allein die geistlichen Gerichte zuständig, übrigens gleichgültig, ob es sich um Mohammedaner oder Andersgläubige handelt. Bei den mohammedanischen Franzieren besteht nur in sehr beschränktem Maße die Möglichkeit, eine Ehe durch Richterpruch aufzulösen.

Die Regel ist die Scheidung durch einseitige Scheidungserklärung des Mannes (talag) ohne Angabe eines Grundes, soweit es sich um Dauerehen handelt (Art. 1133 des iranischen ZGB.). Nach den Gutachten wird zwar diese Art Scheidung, wenn im Ausland bei ihrer Vornahme gewisse Formen beachtet sind, auch im Iran als gültig anerkannt. Hingegen hat sich kein Fall feststellen lassen, in dem iranische Gerichte (geistliche oder weltliche) die durch ein ausländisches Gericht ausgesprochene Scheidung anerkannt hätten. Auch dem RZM. sind Fälle, aus denen sich ergäbe, daß im Iran deutsche Scheidungsurteile über iranische Staatsangehörige anerkannt würden, nicht bekannt geworden. Es muß daher davon ausgegangen werden, daß, wie das bei geistlichen Gerichten die Regel bildet, diese die ausschließliche Zuständigkeit für sich in Anspruch nehmen, soweit sie überhaupt angerufen werden müssen, und daß demgemäß ein deutsches Scheidungsurteil im Iran keine Anerkennung finden könnte. Unter diesen Umständen steht aber der Erhebung einer Scheidungsklage in Deutschland § 606 Abs. 4 ZPO. entgegen.

(RG., Beschl. v. 25. Okt. 1937, 13 UH 383/37.)

*

47. RG. — §§ 794, 888, 894 ZPO. Die in einem zur Beendigung eines Räumungsprozesses abgeschlossenen Vergleich enthaltene Vereinbarung „Kl. verpflichtet sich, dem (nicht genannten) Käufer des Geschäfts einen Mietvertrag über 5 Jahre zu geben“ ist keine Grundlage für ein Verfahren nach § 888 ZPO. 7)

Kl. (Vermieter) klagt auf Räumung der vom Bekl. (Mieter) gemieteten Schlächtereiräume. Die Parteien schlossen folgenden gerichtlichen Vergleich:

1. Kl. gibt dem Bekl. die Genehmigung zum Verkauf der Schlächtereiräume.
- 2., 3. usw.
4. Kl. verpflichtet sich, dem Käufer des Geschäftes einen Mietvertrag über 5 Jahre zu geben.
- 5., 6. usw.
7. Bekl. erkennt an, daß der monatliche Mietzins nicht 180, sondern 195 RM beträgt, und verpflichtet sich, bis zu ihrem Auszuge diesen Mietzins zu bezahlen.

Der Bekl. verkaufte demnach das Schlächtereigenschaft dem Schlächtermeister J. Kl. weigerte sich, mit dem Schlächtermeister J. einen Mietvertrag abzuschließen.

Mit Rücksicht darauf, daß nach herrschender Lehre (vgl. Sydow-Busch, „ZPO.“, § 894 Anm. 3; Baumbach, „ZPO.“, § 894 Anm. I B; Jonas, „ZPO.“, § 894 Anm. I 1; RGZ. 55, 58) § 894 ZPO. bei gerichtlichen Vergleichen nicht anwendbar ist, beantragte der Bekl. gem. § 888 Abs. 1 ZPO. zu erkennen: daß der Kl. verpflichtet ist, dem Schlächtermeister J., dem Käufer des Schlächtereigenschafts des Bekl., einen Mietvertrag über 5 Jahre zu geben, unter Androhung einer vom Gericht festzusetzenden Geld- oder Haftstrafe.

Das LG. Berlin hat den Antrag durch Beschluß zurückgewiesen, „weil das im gerichtlichen Vergleich v. ... Ziff. 4 Vereinbarte eine geeignete Grundlage für eine demnächstige Zwangsvollstreckung weder bilden kann noch soll. In der Vergleichsbestimmung hat nach dem damals übereinstimmenden Willen der Parteien und nach dem zweifelstfreien Wortlaut lediglich zum Ausdruck gebracht werden sollen, daß die Kl. verpflichtet sein sollte, einen ihr nach Treu und Glauben genehmen Geschäftsführer als Mietnachfolger anzunehmen.“

Die gegen den Beschluß nach § 793 ZPO. eingelegte sofortige Beschwerde ist vom RG. zurückgewiesen worden.

Ziff. 4 des Vergleichs ist im Vollstreckungswege nicht erzwingbar. Die dort niedergelegte Bestimmung ermangelt zur Vollstreckung der notwendigen Bestimmtheit, da weder die Person des Käufers noch die Mietzinshöhe und die sonstigen Vertragsbestimmungen aus dieser Ziffer des Vergleichs ersichtlich sind und aus dem sonstigen Inhalt der Urkunde im Wege der Auslegung nicht mit hinreichender Klarheit entnommen werden können. Ist der Titel aber so unbestimmt gehalten, so kann er keinen geeigneten Titel für die Vollstreckung abgeben.

(RG., Beschl. v. 9. Okt. 1937, 17 W 4841/37.)

Anmerkung: Der Entsch. des RG. ist im Ergebnis beizupflichten; die Begründung aber ist nicht unbedenklich. Zutreffend ist allerdings, daß Ziff. 4 des Vergleichs keine bestimmten Angaben über die Person des Käufers bzw. neuen Mieters, über die Mietzinshöhe, über die sonstigen Vertragsbestimmungen enthält. Zu einem Vertragschluß genügt aber „Bestimmbarkeit“, und diese liegt vor. Hinsichtlich der Person des Käufers und neuen Mieters muß man nach dem Willen der Parteien und der Verkehrsitten annehmen, daß der Vermieter jede Person als neuen Mieter annehmen muß, gegen die nicht, sei es gegen ihre Zahlungsfähigkeit, sei es gegen sonstige persön-

liche Eigenschaften, Einwendungen gem. § 242 BGB. erhoben werden können — so werden ja auch stets die vertraglichen Bestimmungen über die Zulässigkeit von Geschäftsverkäufers ausgelegt. Die Mietzinshöhe ergibt sich aus Ziff. 7 des Vergleichs in Verbindung mit der ZPO. über das Verbot von Preiserhöhungen v. 26. Nov. 1936 (RGBl. I, 955) und mit der 1. W. hierzu v. 30. Nov. 1936 (RGBl. I, 956), III. vgl. auch 3. W. v. 27. Sept. 1937 (RGBl. I, 1127). Die Dauer des neuen Mietvertrages ergibt Ziff. 4 des Vergleichs. Man wird schließlich auch annehmen müssen, daß der neue Mietvertrag im übrigen dieselben Bestimmungen wie der zwischen den bisherigen Parteien bestehende haben soll.

Mit Recht haben weder das LG. noch das RG. irgendwelches Gewicht darauf gelegt, daß sich der Vergleich nicht auf den unmittelbaren Streitgegenstand beschränkt hat, daß andere Punkte in den Vergleich einbezogen worden sind (Jonas, § 794 Anm. II, 1; Baumbach, „ZPO.“, § 794 Anm. 2 D).

Der Antrag war aber aus folgenden Gründen abzuweisen: Wie man Leistungs- und Feststellungsurteile unterscheidet, so gibt es Vergleiche, in denen das Recht des Gläubigers, vom Schuldner eine Leistung zu verlangen, und die Verpflichtung des Schuldners, die Leistung zu bewirken, festgelegt werden, sodann aber auch Vergleiche, in denen nur das Bestehen eines Rechtsverhältnisses (oder einer rechtserheblichen Tatsache) ausgesprochen wird. Nur die erstgenannten Vergleiche sind auf Befriedigung des Gläubigers gerichtet. Nur sie haben einen Inhalt, der zur Zwangsvollstreckung geeignet ist, der der Vollstreckbarkeit im weiteren Sinne (§ 794 ZPO.; vgl. auch Jonas Anm. I 3 b) teilhaftig ist. Vergleiche, bei denen das Bestehen, Nichtbestehen, der Inhalt eines Rechtsverhältnisses durch Willensübereinkunftung der Vergleichsparteien lediglich festgestellt wird, sind — abgesehen von der Kostenregelung — ebenso wie Feststellungsurteile einer zwangsweisen Verwirklichung nicht fähig. Welche Art von Vergleich vorliegt, muß durch Auslegung ermittelt werden, wobei nicht an dem Wortlaut des Vergleichs zu haften ist (§ 133 BGB.). Insbes. ist — und hierzu werden die Vergleichsverhandlungen, Vorbesprechungen zweckmäßig heranzuziehen sein — zu klären: Wollten die Vergleichspartner bei dem Vergleich einen Vollstreckungstitel schaffen oder sollte durch den Vergleich nicht bloß eine Feststellung der Rechtsverhältnisse, der Rechtsbeziehungen der Parteien geschaffen werden? Man denke an die nicht seltenen Fälle z. B., wo bei Einflagung eines Mietrückstandes § 49a MietSchG. eingewandt wird und die Parteien sich schließlich dahin vergleichen, daß ein neuer Mietvertrag mit genauer Festlegung der Zahlungsmodalitäten („der Bekl. hat den auf 2 RM ermäßigten Mietzins fortan am 1. jeden Kalendermonats zu zahlen“) vereinbart wird. In solchen Fällen (vgl. auch Ziff. 7 des oben wiedergegebenen Vergleichs) liegt zwar hinsichtlich der Bestimmtheit vor. Daß zukünftige Zahlung in Betracht kommt, stände einer Vollstreckbarkeit ebensowenig im Wege, wie man auch in den Fällen der §§ 257—259 ZPO. Leistungsklagen und vollstreckbare Leistungsurteile annimmt. Aber der Wille der Parteien geht eben in diesen Fällen nicht dahin, durch derartige Vergleichsvereinbarungen eine vollstreckbare Leistungspflicht zu schaffen, sondern nur ihre Rechtsbeziehungen durch vergleichsweisen Vertrag — der keinerlei Rechtskraft hat, weil er kein Staatsakt ist (Jonas, § 794 Anm. II 3 a; Baumbach, § 794 Anm. 3 F) — zu regeln und auf eine neue, klarere, sicherere Grundlage zu stellen.

Ziff. 1 und 4 des obigen Vergleichs sind, wie auch ihre wenig auf einen einzigen Fall zugeschnittene Ausgestaltung zeigt, vergleichsweise Feststellungen, aber keine Leistungspflichtungen.

OGDir. Dr. G. Wandmann, Berlin.

*

48. RG. — §§ 850, 850 b ZPO. Bei einem arbeitslosen Schuldner (Rentenempfänger) genügen in Berlin 95 RM monatlich zum notwendigen Lebensunterhalt.

(RG. Berlin, Beschl. v. 6. Okt. 1937, 209 T 8376/37.)

*

49. RG. — §§ 899 ff. ZPO. Ein Haftbefehl ist aufzuheben, wenn der Gläubiger den Antrag auf Leistung des Offenbarungszeids und Erlaß eines Haftbefehls zurücknimmt oder wenn die Voraussetzungen für seinen Erlaß nachträglich wegfallen. z. B. der Gläubiger befriedigt wird. Die Löschung des Schuldners im Schuldnerverzeichnis hat als selbstverständliche Folge der Aufhebung des Haftbefehls zu geschehen, ohne daß es eines Antrages bedarf.

Auf Antrag der Gläubigerin ist Termin zur Leistung des Offenbarungszeids durch den Schuldner auf den 31. Aug. 1937 anberaumt und gegen den nicht erschienenen Schuldner durch den angef. Beschluß die Haft angeordnet worden.

Der Schuldner hat der Gläubigerin den Betrag seiner Schuld bereits am 28. Aug. 1937 überwiesen. Dieser ist jedoch erst am Terminstage bei den Prozeßbevollmächtigten der Gläubigerin eingegangen. Inzwischen hat der Schuldner die Gläubigerin auch wegen der Zinsen und Kosten befriedigt.

Gegen die Anordnung der Haft hat der Schuldner sofortige Beschwerde eingelegt und beantragt, den Haftbefehl aufzuheben und die Löschung im Schuldnerverzeichnis vorzunehmen. Die Gläubigerin hat den Antrag unterstützt und auf Anfrage des Beschw. erklärt, daß sie den Antrag auf Abnahme des Offenbarungseides und Erlaß des Haftbefehls zurücknehme.

Die sofortige Beschwerde hatte Erfolg.

Der Haftbefehl ist zwar zu Recht erlassen. Denn der Schuldner ist trotz ordnungsmäßiger Ladung im Termin nicht erschienen. Der erforderliche Antrag der Gläubigerin auf Erlaß eines Haftbefehls war bereits in der Antragschrift enthalten. Trotzdem muß der Haftbefehl aufgehoben werden, weil die Gläubigerin den Antrag auf Leistung des Offenbarungseides und Erlaß eines Haftbefehls zurückgenommen hat.

Es unterliegt zunächst keinem Zweifel, daß die Beschwerde auf neue Tatsachen gestützt werden kann. Die nachträgliche Zurücknahme des Antrages durch die Gläubigerin ist eine neue Tatsache, die dem Haftbefehl eine wesentliche Voraussetzung für seinen Erlaß entzieht. Wegen die Zulässigkeit der Zurücknahme mit dem Erfolg der Aufhebung des Haftbefehls können durchschlagende Bedenken nicht erhoben werden. Das Offenbarungseidsverfahren ist wie das gesamte Vollstreckungsverfahren der Initiative des Gläubigers überlassen. Demgemäß wird eine Sachpfändung aufgehoben auf einen entsprechenden Antrag des Gläubigers. Und ebenso wird die auf Antrag des Gläubigers angeordnete Zwangsversteigerung eines Grundstücks hinfällig, wenn der Gläubiger seinen Antrag zurücknimmt. Es ist deshalb nicht einzusehen, warum die Zurücknahme des Antrages auf Leistung des Offenbarungseides und Erlaß eines Haftbefehls nicht bewirken sollte, daß der Haftbefehl, der doch nichts anderes als eine vorbereitende Vollstreckungshandlung darstellt, aufgehoben wird. Daß es dabei von dem guten Willen des Gläubigers abhängt, ob der Haftbefehl bestehen bleibt oder nicht, kann gegen diese Ansicht nicht ins Feld geführt werden. Denn das ist eine Folge der gesetzlichen Regelung des gesamten Vollstreckungsverfahrens, dessen Einleitung schon im Belieben des Gläubigers steht.

Die entgegenstehende Entsch. des LG. in Berlin (ZW. 1935, 70^c), wonach durch die Erklärung der Zurücknahme des Antrages die Zwangsvollstreckung als solche beendet sein soll und nach Beendigung der Zwangsvollstreckung die Aufhebung eines zu Recht ergangenen Haftbefehls nicht mehr erfolgen kann, überzeugt nicht. Das LG. in Berlin übersieht, daß die Zwangsvollstreckung so lange nicht beendet ist, als sich der Haftbefehl noch in Händen des Gläubigers befindet, der Gläubiger also jederzeit noch in der Lage ist, aus ihm die Verhaftung des Schuldners zu erwirken. Mit Recht hat Jonas in der Anmerkung zu obiger Entsch. (a. a. D.) auf die Parallele mit der Sachpfändung hingewiesen, bei der die Zwangsvollstreckung ebenfalls nicht mit dem Verzicht des Gläubigers, sondern erst mit der tatsächlichen Entfristung endet. Es würde eine unvollkommene Lösung der Lage und Gefährdung des Schuldners bedeuten, wenn der Haftbefehl, von dem feststeht, daß er keinerlei Wirkung mehr äußern darf, nicht vollständig beseitigt würde. Seine Aufhebung entspricht damit auch der Sicherheit des Rechtsverkehrs. Ganz abgesehen davon ist es auch nicht mehr als recht und billig, den Schuldner, der sich ehrlich um die Befriedigung des Gläubigers bemüht gezeigt hat, von dem Matel des Haftbefehls zu befreien. Damit wird auch gleichzeitig den Interessen der Gläubiger gedient.

Die Kammer ist deshalb in Übereinstimmung mit Jonas (a. a. D.) und dem LG. in Dresden (ZW. 1936, 405 und 407^{48 49}, siehe auch die dort. Anm. von Jonas) der Ansicht, daß der Haftbefehl aufgehoben werden muß, wenn die Voraussetzungen für seinen Erlaß nachträglich wegfallen. Ob eine Aufhebung auch dann zu erfolgen hat, wenn die Anordnung der Haft rechtskräftig geworden ist, wie es das LG. in Dresden (a. a. D.) angenommen hat, kann dabei dahingestellt bleiben.

Das Beschw. ist auch entgegen der vom LG. in Berlin in einer anderen Entsch. (ZW. 1935, 3658⁹⁹) vertretenen Auffassung der Ansicht, daß die Aufhebung des Haftbefehls die Löschung des Haftvermerks im Schuldnerverzeichnis nach sich zieht. Das LG. in Berlin führt selbst aus, daß die Löschung der Eintragung nur in einem Falle in Frage kommen könne, wenn nämlich der Haftbefehl selbst durch gerichtliche Entsch. wieder aufgehoben wird. Das ist hier ja der Fall. Die weitere Ausföhrung der Entsch., ein einmal ordnungsgemäß erlassener Haftbefehl behalte seine Wirkung aus § 915 ZPO., ist deshalb

nicht verständlich. Voraussetzung der Eintragung des Haftvermerks ist das Vorhandensein eines Haftbefehls. Fällt diese Voraussetzung weg, so fehlt es nunmehr an dem Umstande, der zur Eintragung führte. Deshalb ist dann auch diese in Wegfall zu bringen (so auch LG. Dresden und Jonas a. a. D.).

Einer besonderen Anordnung der Löschung im Schuldnerverzeichnis bedurfte es jedoch nicht. Die Eintragung des Schuldners in das Verzeichnis ist eine selbstverständliche Folge des Erlasses eines Haftbefehls, die verwaltungsmäßig ohne Antrag und Einfluß des Gläubigers oder Schuldners erfolgt. Ebenso geschieht die Löschung als selbstverständliche Folge der Aufhebung des Haftbefehls, ohne daß es eines entsprechenden Antrages oder einer Anordnung bedürfte.

(LG. Auriach, 1. ZB., Beschl. v. 29. Okt. 1937, T 299/37.)

Zeugeng. bhrenordnung

50. RG. — § 2 ZeugGebD.; § 1356 BGB. Im besonderen Fall kann auch derjenige Zeuge Entschädigung wegen Erwerbsverlustes erhalten, der nur mittelbar dadurch Ausfall erleidet, daß infolge der Zeuqenschaft einem anderen ein Ausfall entsteht. Denn auch die wirtschaftliche Seite kann für die Frage der Gewährung einer Entschädigung nach § 2 entscheidend sein.

Die Beschw. war als Zeugin zum Termin geladen. Ihr ist als Entschädigung ein für 3 Stunden berechneter Betrag von 3 RM angeboten worden, den sie indessen abgelehnt hat mit der Begründung, daß ihr Ausfall weit höher sei. Ihr Ehemann führe ein Geschäft „Brauner Laden“, in welchem sie tätig sei, da ihr Ehemann auch noch eine Vertretung habe. Im übrigen sei er zu gleicher Zeit mit ihr als Zeuge geladen. Infolge ihres Erscheinens als Zeugin vor Gericht habe daher das Geschäft zwischenzeitlich völlig geschlossen werden müssen, da eine Vertretung durch dritte Personen nicht hätte in Frage kommen können. Sie hat im einzelnen dargelegt, inwiefern ein erheblicher Einnahmeausfall durch diese Schließung des Geschäfts entstanden sei.

Ihre Beschw. konnte im wesentlichen keinen Erfolg haben.

Vornweg rechtlich betrachtet ist der Geschäftsverlust dem Geschäftsinhaber, also dem Ehemann der Zeugin, entstanden.

Der § 2 ZeugGebD. stellt aber ersichtlich wirtschaftliche Gesichtspunkte in den Vordergrund. So gesehen, trifft der Geschäftsverlust hier auch die Zeugin, die in dem Geschäft ihres Ehemannes mitarbeitet (§ 1356 Abs. 2 BGB.) und von dessen Erträgen mitlebt.

Dem Grunde nach besteht daher ein Anspruch der Zeugin auf Entschädigung für Zeiterwännis (§ 2 Abs. 1 a. a. D.).

Zur Höhe kommt in Betracht, daß nach Angabe der Zeugin das steuerbare Geschäftseinkommen nur 1646 RM jährlich beträgt. Hiernach erschien in dem durch § 2 Abs. 1 a. a. D. gezogenen Rahmen (0,20 RM bis 1,50 RM für jede angefangene Stunde) ein Betrag von 1 RM je Stunde angemessen, für 3 Stunden also 3 RM zuzüglich 0,50 RM Fahrauslagen.

(RG., 20. ZivSen., Beschl. v. 30. Okt. 1937, 20 W 5182/37.)

Landesrecht

51. RG. — § 3 PrWD. über Änd. von Familiennamen vom 3. Nov. 1919. Für die Entsch. darüber, ob die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung zur Stellung des Antrages auf Änderung des Familiennamens erteilt werden kann, ist das Wohl des Mündels von ausschlaggebender Bedeutung. Das Interesse des Mündelvaters an der Weiterführung des bisherigen Namens ist nicht zu beachten, wenn es dem Wohl des Mündels zuwiderläuft.

Aus der rechtskräftig geschiedenen Ehe des wegen Geisteschwäche entmündigten R. stammt ein minderjähriges Kind, für das ein Vormund bestellt ist. Die Mutter hat sich wieder verheiratet. Der Vormund hat nach dem Wunsche der Mutter beim PolPräf. beantragt, den Namen des Kindes in den jetzigen Familiennamen der Mutter umzuändern. Das VormGer. hat die Genehmigung hierzu verweigert, das LG. die Beschw. des Vormundes zurückgewiesen. Der weiteren Beschw. ist stattgegeben worden.

Da der Antrag auf Änderung des Familiennamens von einem Vormund gestellt worden ist, bedarf dieser hierzu nach § 3 WD. betr. Änderung von Familiennamen v. 3. Nov. 1919 (RG. 177) der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung. Während die für die Namensänderung zuständige Verwaltungsbehörde ihre Entsch. im wesentlichen nach öffentlich-rechtlichen Gesichtspunkten zu treffen hat, ist für die Frage, ob die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung zu erteilen ist, vorwiegend das Interesse des Mündels maßgebend, wobei allerdings auch das öffentliche Interesse mit zu berücksichtigen ist. Das LG. hat hierzu ausgeführt, daß der

mit dem Antrag verfolgte Zweck, dem Kinde seine wahre Abstammung einseitig nicht erkennbar werden zu lassen, auf die Dauer doch nicht erreicht werden könne und auch sonst kein vorbringliches Interesse des Kindes, das sich seines Vaters nicht unbedingt zu schämen brauche, an der Namensänderung bestehe. Vielmehr liege die Erkennbarkeit der Abstammung durch Beibehaltung des Familiennamens im öffentlichen Interesse. Es sei auch nicht ausgeschlossen, daß der Vater doch noch ein gewisses berechtigtes Interesse daran habe, daß das Kind seinen Namen weiterführe.

Diese Ausführungen geben zu rechtlichen Bedenken Anlaß. Wie in den Richtlinien für die Bearbeitung der Anträge auf Änderung des Familiennamens (PrMinBl. i. B. 1934, 886) ausgeführt wird, beeinträchtigt jede Namensänderung im Verwaltungswege die Erkennbarkeit der Herkunft aus einer Familie, verschleiert die blutmäßige Abstammung und erleichtert damit eine Verdunkelung des Personenstandes. Eine Namensänderung wird daher nach diesen Richtlinien nur dann für zweckmäßig gehalten, wenn ausreichende Gründe die rechtfertigen. Als solcher Grund wird bei Stiefkindern, sofern eine Adoption der Kinder aus der ersten Ehe der Mutter nicht in Frage kommt, dann als vorliegend angesehen, wenn die Kinder von ihrem Stiefvater Erziehung und Unterhalt erhalten und hierdurch tatsächlich der Stiefvater an die Stelle des leiblichen Vaters tritt, und ferner die Beteiligten auf die Namensänderung Gewicht legen, um die gemeinsame Erziehung mit den Kindern der zweiten Ehe zu erleichtern oder die Beziehungen zwischen Kindern und Stiefvater inniger zu gestalten. Diese Gesichtspunkte sind auch vom Standpunkt des Interesses des Kindes für das VormGer. von entscheidender Bedeutung. Liegen die in den genannten Richtlinien dargelegten Voraussetzungen vor, so wird auch das VormGer. im allgemeinen seine Genehmigung nicht zu verweigern haben. Darauf, ob der Vater ein Interesse daran hat, daß sein Kind seinen Namen trägt, kommt es nicht an, wenn das Interesse des Vaters dem Wohle des Kindes zuwiderläuft. Jedenfalls wäre dies angebliche Interesse dann nicht zu beachten, wenn sich der Vater im übrigen seit Jahren um das Kind überhaupt nicht gekümmert hat, wie es hier den Anschein hat.

(RG., ZivSen. 1 a, Beschl. v. 15. Okt. 1937, 1 a Wx 1290/37.)

52. RG. — §§ 8, 10 Abs. 2 PrEnteigG. Bei Festsetzung der Entschädigungssumme für ein enteignetes Grundstück nach dem PrEnteigG. sind Umstände nicht zu berücksichtigen, die nur demjenigen, zu dessen Gunsten die Enteignung erfolgt ist, nicht aber sonstigen in Betracht kommenden Käufern die Möglichkeit einer besonders günstigen Ausnutzung des Grundstücks geben; andernfalls würde die Bewertung gegen den Grundgedanken des § 10 Abs. 2 verstoßen.

Durch Beschluß des RegPräs. in R. sind die in S. gelegenen Grundstücke des Ehemannes der Kl., auf denen sich ein Kiesberg befindet, zugunsten der Bekl., der Deutschen Reichsbahn, enteignet worden. Der Ehemann der Kl. hat mit der Behauptung, die ihm zugebilligte Entschädigungssumme sei zu niedrig, Klage erhoben, mit der er Verurteilung der Bekl. zur Zahlung einer weiteren Entschädigung begehrt. BG. und VG. haben die Klage abgewiesen. Die Kl., die an Stelle ihres inzwischen verstorbenen Ehemannes als dessen Rechtsnachfolgerin in den Rechtsstreit eingetreten ist, hat Rev. eingelegt.

Das BG. hat bei der Prüfung der Frage, ob die festgesetzte Entschädigungssumme angemessen sei, auf den Preis abgestellt, den der Eigentümer bei einem unter günstigen Verhältnissen geschlossenen freihändigen Verkauf hätte erzielen können. Dieser Preis werde bestimmt — so führt der VerK. aus — durch das Interesse des Käufers und des Verkäufers, also durch die Berechnungen, die jeder dieser beiden hinsichtlich der Ausnutzungsmöglichkeit anstellen würde. Wenn dabei die vom Eigentümer in Rechnung gestellten Ausnutzungsmöglichkeiten volle Berücksichtigung fänden, die er für den Fall hätte, daß er das Grundstück nicht verkaufen, sondern selbst ausnutzen würde, dann sei ein solcher Verkauf ein für ihn günstiger, und der dabei erzielte Verkaufspreis sei dann unbedenklich dem vollen Werte gleichzusetzen.

Das beanstandet die Rev. Der VerK. habe die Bewertungsmöglichkeiten außer acht gelassen, die ein Käufer habe. Diese könnten über diejenigen, die der Verkäufer habe, hinausgehen; das müsse dann dem Verkäufer zugute kommen, soweit es sich in dem zu erzielenden Verkaufspreise ausdrücke. Das ist richtig, aber die Ausführungen des VerK. ergeben, daß er, was

die Frage der Preisbildung betrifft, auf die objektive Ausnutzungsmöglichkeit des Grundstücks abgestellt hat, also auch auf diejenige, die es in den Händen irgendeines angenommenen Käufers besäße. Nirgends findet sich ein Anhaltspunkt dafür, daß der VerK. die Ausnutzungsmöglichkeit des Kiesberges in den Händen des Erblassers der Kl. aus irgendeinem Grund für geringer angesehen hätte als diejenige, die er in den Händen eines Käufers hatte, oder daß eine höhere Ausnutzungsmöglichkeit durch einen Käufer auf Grund von Behauptungen, die von der Kl. aufgestellt, vom VG. aber übergangen worden wären, in dieser Instanz zu unterstellen wäre. Eine derartige Rüge hat die Rev. auch nicht erhoben. Sie hat offenbar nicht allgemein einen Rechtsirrtum des VG. im Auge, sondern bestimmte besondere Verhältnisse, denen nach ihrer Meinung der Vorderichter nicht Rechnung getragen habe. Sie meint, die Bekl. habe dem Rechtsvorgänger der Kl. die volle Ausnutzungsmöglichkeit, die ihr (der Bekl.) selbst nach der Enteignung offenstehe, abschneiden wollen, weil sie ihn zu einem für sie vorteilhaften Verkauf habe nötigen wollen. Sie habe nämlich jedem anderen das für die Erschließung des Quarzkieslagers nötige Anschlußgleis versagt. Deshalb komme diejenige Ausnutzungsmöglichkeit für die Wertbemessung in Frage, welche die erwerbende Bekl. selbst genieße.

Dazu hat das BG. festgestellt, es sei nicht anzunehmen, daß der Rechtsvorgänger der Kl. für seinen waigen Kiesgrubenbetrieb Bahnanschluß erhalten haben würde; denn die streitigen Parzellen seien von der Bahnlinie durch eine Parzelle getrennt gewesen, welche die Bekl. in den Geldentwertungs Jahren eigens deshalb aufgekauft habe, um eine etwaige Absicht des Erblassers der Kl. auf einen Bahnanschluß zu durchkreuzen. Auch habe bei der Bekl. der Plan einer Linienleitung über die später enteigneten Grundstücke schon 1913 bestanden, so daß sie mit ihrem Widerspruch gehört worden wäre, wenn der Rechtsvorgänger der Kl. um die Genehmigung eines Bahnanschlusses eingekommen wäre. Endlich spreche gegen die Annahme, daß der Erblasser der Kl. einen Bahnanschluß für seine Kiesgrube erhalten haben würde, der Umstand, daß es auch dem Zeugen B. nicht gelungen sei, einen Bahnanschluß von der Bekl. zu erhalten, und zwar wegen der bei ihr vorliegenden Umbaupläne.

Wenn der VerK. bei diesen Ausführungen auch immer nur davon spricht, ob der Erblasser der Kl. Bahnanschluß für den Kiesberg hätte erhalten können, so ergibt sich doch klar, daß kein möglicher Käufer, mit Ausnahme der Reichsbahn selbst, damit rechnen konnte, einen Bahnanschluß herstellen zu können. Das mußte sich, wie der VerK. in der Folge bei seinen Berechnungen auch angenommen hat, im Verkaufspreis objektiv auswirken. Daß die Reichsbahn als einzige unter den in Betracht kommenden Käufern für sich selbst einen Bahnanschluß herstellen und damit die Ausnutzungsmöglichkeit des Quarzkieslagers günstiger gestalten konnte, durfte also für die Errechnung des Verkaufspreises, der für den Rechtsvorgänger der Kl. bei einem günstigen Verkaufe zu erzielen war, nicht in Betracht kommen. Wollte man dies berücksichtigen, so würde man gegen den Grundgedanken verstoßen, der der Vorschrift des § 10 Abs. 2 PrEnteigG. zugrunde liegt. Dem wäre allerdings anders, wenn sich die Bekl. auf diese wertbeeinflussenden Umstände nach Treu und Glauben der Kl. gegenüber nicht berufen dürfte deshalb, weil sie selbst deren Eintritt herbeigeführt hätte, so daß ihr der Einwand unzulässiger Rechtsausübung entgegengesetzt werden könnte. Etwas Ähnliches scheint die Rev. auch im Auge zu haben, wenngleich sie sich nicht ausdrücklich auf diesen Einwand beruft. Die tatsächlichen Feststellungen des angeforderten Urteils reichen aber zu solcher Beurteilung nicht aus. Die Nähe der Anlagen der Bekl. am Kiesberge und das Interesse der Reichsbahn an ihm waren von vornherein gegeben. Dann aber war es immerhin das Recht der Bekl., sich durch freihändigen Verkauf einer Zwischenparzelle eine für den späteren Erwerb des Kiesberges günstige Lage zu schaffen; es hätte ja dem Rechtsvorgänger der Kl., dem der Vorteil unmittelbaren Angrenzens an die Bahngrundstücke nicht entgangen sein kann, an sich ebenfalls freigestanden, diese Zwischenparzelle seinerseits rechtzeitig zu erwerben. Auch sonst ist den bisherigen Feststellungen des BG. kein ausreichender Anhaltspunkt dafür zu entnehmen, daß

die Vell. durch Mißbrauch einer Machtstellung oder sonstige durch unlauteres Verhalten darauf ausgegangen wäre, den Preis, den sie für die nun enteigneten Grundstücke einmal würde bezahlen müssen, ungebührlich herabzudrücken. In der Frage der Genehmigung oder Verjagung eines Bahnan schlusses für den Erblasser der Kl. oder einen möglichen Käufer war die Vell. nicht die allein entscheidende Stelle. Die Lage der enteigneten Parzellen zu den Reichsbahnanlagen und die sich daraus für den Erblasser der Kl. und jeden Käufer einerseits, für die Vell. andererseits ergebenden Ausbeutungsmöglichkeiten gehörten von vornherein mit zu den den Wert der Parzellen objektiv bestimmenden Eigenschaften. Der erörterte Angriff der Rev. kann deshalb keinen Erfolg haben.

Das angefochtene Urteil unterliegt jedoch aus einem anderen Grunde der Aufhebung (folgt Begründung).

(RG., VII. Zivilsen., U. v. 8. Okt. 1937, VII 94/37.) [N.]

**** 53. RG. — § 122 BGB. v. 3. Juli 1891; Ges. v. 27. Dez. 1927 (betr. Auflösung der Gutsbezirke).** Der Gutsbezirk bildete keinen körperschaftlichen Verband und besaß daher keine eigene Rechtspersönlichkeit. Nach § 122 BGB. war für den Bereich eines selbständigen Gutsbezirks der Gutsbesitzer persönlich zu den Pflichten und Leistungen verbunden, welche den Gemeinden für den Bereich ihres Gemeindebezirks im öffentlichen Interesse gesetzlich obliegen. Mit der Auflösung der Gutsbezirke sind privatrechtliche Verpflichtungen, auch soweit sie zur Erfüllung der nach § 122 BGB. dem Gutsbesitzer zufallenden öffentlich-rechtlichen Aufgaben eingegangen sind, weder untergegangen noch auf die Gemeinde, mit der der Gutsbezirk vereinigt wurde, kraft Gesetzes übergegangen.

Nach § 122 BGB. für die sieben östlichen Provinzen v. 3. Juli 1891 (GS. 233) war für den Bereich eines selbständigen Gutsbezirks der Besitzer des Gutes (persönlich) zu den Pflichten und Leistungen verbunden, welche den Gemeinden für den Bereich ihres Gemeindebezirks im öffentlichen Interesse gesetzlich obliegen. Dazu gehört auch die Wegebaupflicht. Der Gutsbezirk bildete — von hier nicht in Betracht kommenden Ausnahmen (vgl. *Genzmer* S. 214) abgesehen — keinen körperschaftlichen Verband und besaß daher keine eigene Rechtspersönlichkeit. Für den Gutsbezirk als solchen konnte folglich der Vell. als Gutsvorsteher privatrechtliche Verpflichtungen, sei es auch zur Erfüllung öffentlich-rechtlicher Aufgaben, nicht begründen. Hat der Vell. von dem Kl. (einem Landkreis) zum Ausbau der Straße ein Darlehen erhalten und zur Sicherung des Anspruchs auf Rückzahlung eine Hypothek an seinem Grundbesitz bestellt, dann ist die daraus erwachsene schuldrechtliche und dingliche Verpflichtung rechtsnotwendig in seiner Person entstanden. Denn eine andere Person, die insoweit hätte Schuldner werden können, gab es nicht. Die Rev. bemüht sich deshalb vergeblich, aus dem Zweck der Darlehensaufnahme und aus einer dem § 122 BGB. fremden Unterscheidung zwischen Gutsvorsteher und Gutsbesitzer nachzuweisen, daß die mit der Klage geltend gemachten privatrechtlichen Verpflichtungen nicht in der Person des Vell. entstanden seien. Ebenso wie solche privatrechtlichen Verpflichtungen erwachsen für den Bereich des Gutsbezirks auch öffentlich-rechtliche Lasten, wie die vom Vell. übernommene Pflicht zur Unterhaltung des ausgebauten Weges, in seiner als des Gutsbesitzers Person.

Mit der Auflösung des Gutsbezirks (§ 11 Ges. v. 27. Dez. 1927 (GS. 211)) sind privatrechtliche Verbindlichkeiten des Vell., auch soweit sie zur Erfüllung der nach § 122 BGB. dem Gutsbesitzer zufallenden öffentlich-rechtlichen Aufgaben eingegangen sein sollten, weder untergegangen noch auf die Landgemeinde, mit der der Gutsbezirk h. vereinigt worden ist, kraft Gesetzes übergegangen (Pr. DVB. 39, 109 [116]). Ob diese Gemeinde den Vell. von derartigen Verbindlichkeiten künftig einmal ganz oder teilweise zu befreien hätte, ist eine im vorl. Rechtsstreit nicht zu beantwortende Frage. Das ist Sache des Auseinandersehensverfahrens nach § 12 des genannten Gesetzes. Das private Gläubigerrecht des Kl. wird durch den Ausgang dieses Verfahrens nicht berührt.

(RG., V. Zivilsen., U. v. 29. Sept. 1937, V 262/36.) [v. B.]
(= RGZ. 155, 370.)

Reichserbhofgericht

54. § 1 RBG. Eine erbhoffähige Besetzung ist Erbhof, wenn sie im sachrechtlichen Alleineigentum einer bauernfähigen Person steht. Das Alleineigentum wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Eigentümer im Verhältnis zu einer theosophischen Vereinigung seinen Hof nicht mehr allein zu seinem Nutzen bewirtschaftet, sondern die Bewirtschaftung als Hausvater der Hausgemeinschaft mit den Hausgenossen und für diese sowie für die Vereinigung leitet und letztere auch als Erbin eingesetzt hat.

Als Eigentümer der Besetzung steht seit dem Jahre 1913 Emil S. eingetragen. Er hat den Hof damals auf Grund eines Übergabevertrages von seinem Vater erworben. Er ist 57 Jahre alt und unbeschäftigt. Seit ungefähr 30 Jahren gehört er der „Vereinigung von Freunden Jakob Böhme'scher Theosophie“ in D. an. Diese ist im Jahre 1920 im Vereinsregister eingetragen worden. Nach der Satzung vom 16. Sept. 1920 steht sie als Zusammenschluß von Liebhabern reiner Theosophie innerhalb der evangelischen Kirche und verfolgt ausschließlich religiöse und mildtätige Zwecke durch Zusammenkünfte und Zusammenschluß ihrer Mitglieder, durch Ausübung von Wohltätigkeit, durch Erhaltung oder Erwerb hierzu nötiger Gebäude oder anderer Grundstücke sowie durch Entgegennahme und jenen Zwecken entsprechende Verwertung freiwilliger Gaben von Mitgliedern und Freunden des Vereins; Grundlage und Richtschnur der gesamten Tätigkeit des Vereins ist nach der Satzung die Heilige Schrift; der Austritt aus dem Verein steht den Mitgliedern jederzeit frei. Am 11. Sept. 1934 ist die Satzung geändert worden. In der neuen Satzung heißt es unter anderem: Die Bewegung sei nahezu 300 Jahre alt, urdeutsch und frei von jeder internationalen Beimischung und Beeinflussung; die Mitglieder ständen in unwandelbarer Treue und geschlossener Einheit hinter der nationalsozialistischen Reichsregierung unter der Führung Adolf Hitlers; sie dürften keiner Loge oder irgendeinem Geheimbund angehören; ihr oberster Grundsatz sei der uneigennütige, selbstlose Opfergedanke; sie übernahmen durch ihre Aufnahme die Ehrenpflicht, sich treuester Pflichterfüllung und eines vorbildlichen, in jeder Hinsicht tadelstfreien, insbes. sittenreinen Lebenswandels zu befleißigen; auf den Namen der Vereinigung eingetragene Grundbesitzungen, die nach ihrer Größe unter das RBG fielen, sollten nach Auflösung des Vereins dem zuständigen LZB zwecks Einweisung von möglichst evangelischen Seelern zur Verfügung gestellt werden. Weitere in der GenVers. v. 9. Febr. 1936 beschlossene Zusätze zur Satzung besagen, daß nur arische Mitglieder aufgenommen werden und die Vereinigung grundsätzlich nur so viele Grundstücke erwirbt, als zur ausreichenden Aternahrung der Mitglieder der jeweiligen Hausgemeinschaft unbedingt nötig ist. Die praktische Betätigung des Vereins besteht, soweit sie hier in Frage kommt, darin, daß die Mitglieder gemeinschaftlich die Bewirtschaftung eines Hofes übernehmen. Ist ein Mitglied Eigentümer eines Hofes, so kann ihm die Vereinigung andere Mitglieder zu unentgeltlicher Mitarbeit im Interesse der aus ihnen und dem Eigentümer gebildeten Hausgemeinschaft und der Vereinigung selbst zuweisen. Die Mitglieder finden in der Hausgemeinschaft „Aufnahme und Heimat für immer“. Scheiden sie aus der Hausgemeinschaft aus, so erhalten sie ein von dem Vorsitzenden des Vereins festzusetzendes Übergangsgeld. Der Tod des Eigentümers soll die Hausgemeinschaft nicht auflösen. Der Hof soll dann auf die Vereinigung übergehen und mit dem Namen des Begründers der Hausgemeinschaft bezeichnet werden. Die Mitglieder leben freiwillig ohne Gehalt eheelos. Der Verein hat zur Zeit etwa 100 Mitglieder; die Zahl hat geschwankt und soll früher schon 500 betragen haben. Die Mitglieder leben in Hausgemeinschaften zusammen und betreiben vorwiegend Landwirtschaft.

Durch das eigenhändige Testament v. 24. Dez. 1921 hat der Eigentümer die Vereinigung zur Erbin seines gesamten Nachlasses eingesetzt. Er hat dieses Testament damals dem Vorsitzenden der Vereinigung mit der Abrede übergeben, daß der Hof auf die Vereinigung übergehen solle, sobald diese die für die Bewirtschaftung des Hofes erforderlichen und zugesagten Mitglieder schicke. Der Eigentümer hatte 4 Schwestern und 1 Bruder. 2 von den Schwestern sind vor dem Kriege verstorben. Die Schwestern haben auf die Zuwendungen, die für sie in dem Übergabevertrag vorgesehen waren, als Mitglieder der Vereinigung zugunsten des Hofes und der auf ihm tätigen Mitglieder verzichtet. Die Schwester Selma S. war mit dem Landwirt P. M. aus B. verheiratet und hat im Jahre 1924 dessen Hof geerbt. Die Schwester Martha hat zunächst auf dem Hof ihres Bruders, des Eigentümers, gearbeitet und im Jahre 1917 einen landwirtschaftlichen Betrieb in W. für die Vereinigung übernommen. Damals ist an ihre Stelle die jetzt etwa 54 Jahre alte Lina K. getreten. Diese brachte außer Wäsche und

einigen Möbelstücken 250 M. in bar mit, die für den Hof verwendet wurden; sie bezieht heute eine jährliche Kriegaanleiherente von 260 RM, die der Vereinigung zuzieht. Im Jahre 1921 kam die jetzt etwa 51 Jahre alte Emma W. auf den Hof; sie pflegte über 10 Jahre die erblindete und vor einigen Jahren verstorbene Mutter des Eigentümers und zog dabei ein schweres Herzleid zu, so daß sie heute fast arbeitsunfähig ist; die von ihr mitgebrachten 4000 RM sind der Vereinigung zugesprochen und zum Teil für den Hof verwendet worden. Im Jahre 1923 kam Theodor B. im Alter von 14 Jahren auf den Hof; er verrichtet seit längerer Zeit hauptsächlich die schwereren Außenarbeiten; kurz nach seiner Einstellung ist der bis dahin auf dem Hof beschäftigte Knecht entlassen worden. Seit 1924 und 1932 sind die jetzt 37 Jahre alte Martha B. und die jetzt 25 Jahre alte Marie S. auf dem Hofe tätig. Lina Kr. und Martha B. stammen aus bäuerlichen Verhältnissen und waren früher im elterlichen Betriebe tätig; B. ist der Sohn eines Landwirts; Marie S. war Näherin, Emma W. Schwester. Alle Genannten leben und wirtschaften mit dem Eigentümer zusammen. Sie betrachten den Hof als ihre Heimat und als gemeinschaftliches Eigentum. Der Eigentümer ist der Hausvater, Lina Kr. die Hausmutter; die übrigen Hausgenossen nehmen die Stellung von Kindern im elterlichen Haushalt ein. Die eingehenden Gelder werden gemeinschaftlich verwaltet und für alle verwendet; jeder bekommt das, was er zum Leben braucht. Überschüsse dienen der Instandsetzung und Verbesserung des Hofes. Im Laufe der Jahre ist ein Schweine- und Pferdestall gebaut, ferner sind etwa 12 Morgen Land urbar gemacht worden. Der Viehbestand hat sich seit 1917, abgesehen von der Schweinezucht, um 2—3 Milchkuhe und 1 Pferd vergrößert. Der Hof wird gut bewirtschaftet. Seit Ostern 1934 lebt ein jetzt etwa 17 Jahre alter Sohn des Bruders des Eigentümers auf dem Hof; er hat Neigung zur Landwirtschaft und lernt diese auf dem Hof. Der Bruder des Eigentümers ist Metzger.

Der Hof ist in das gerichtliche Verzeichnis der für die Erbhöferolle vorgesehenen Besitzungen aufgenommen worden. Hiergegen hat der Eigentümer Einspruch eingelegt. Das OLG hat durch den Beschl. v. 22. Nov. 1934 den Einspruch zurückgewiesen.

Hiergegen hat der Eigentümer sofortige Beschw. eingelegt. Der Vfz hat sich für die Erbhofeigenschaft ausgesprochen und beantragt, festzustellen, daß die Besitzung ein Erbhof sei.

Das OLG hat durch den Beschl. v. 7. Nov. 1935 den angefochtenen Beschl. aufgehoben und ausgesprochen: Der Hof sei kein Erbhof und deshalb nicht in die Erbhöferolle einzutragen.

Die weitere Beschw. des Vfz ist zulässig und begründet.

Die Erbhofeigenschaft entsteht kraft Gesetzes, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind. Nach § 1 REG ist landwirtschaftlich genutztes Grundeigentum Erbhof, wenn es hinsichtlich seiner Größe den Erfordernissen der §§ 2 und 3 REG entspricht und sich im Miteigentum einer bauernfähigen Person befindet. Die Besitzung wird landwirtschaftlich genutzt. Sie bildet ohne Zweifel eine Ackeranbauung. Die Hofstelle reicht zur Bewirtschaftung aus; einzelne Mängel der Gebäude stellen das nicht in Frage; außerdem sind sie behebbar, und die Besitzung kann die Kosten der Instandsetzung trotz der Belastung mit 4000 RM mindestens nach und nach aufbringen. Die Ländereien werden von der Hofstelle aus bewirtschaftet, bilden also mit dieser eine wirtschaftliche Einheit.

Die Besitzung steht im rechtlich ungeteilten sachrechtlichen Eigentum des Emil S. und damit in seinem Miteigentum i. S. des § 1 REG. Der Senat hat bereits in seinem Beschl. v. 6. März 1935 (REG. 1, 287 = JW. 1935, 2560^a m. Anm.) ausgeführt, daß das sachrechtliche Miteigentum zur Entstehung des Erbhofes nötig sei, aber auch genüge; er hat das in dem weiteren Beschl. v. 6. Febr. 1936 (REG. 2, 423 = JW. 1936, 2728⁹⁹) nochmals eingehend dargelegt. Auch der 3. Sen. hat denselben Standpunkt in dem Beschl. v. 20. Mai 1936 (REG. 3, 97 = JW. 1936, 3236⁹) vertreten. Wie in den Beschlüssen dargelegt ist, würde den wesentlichsten Bestimmungen des REG die sichere Grundlage entzogen und eine unerträgliche Unsicherheit hervorgerufen, wenn das sog. wirtschaftliche Eigentum auf dem Gebiet des Reichserbhofrechts anerkannt oder das Miteigentum i. S. des Gesetzes wegen mehr oder minder großer tatsächlicher oder rechtlicher Beschränkungen in Zweifel gezogen würde. Ferner ist schon in dem Beschl. v. 6. Febr. 1936 dargelegt, daß, wenn überhaupt für das Erbhofrecht ein besonderer Begriff des Eigentums anzuerkennen wäre, er im wesentlichen nur aus der Bindung gegenüber Sippe und Volk hergeleitet werden könnte, und daß dabei jedenfalls nur der von der Erbhofeigenschaft selbst beeinflusste Begriff des Eigentums an einem bestehenden Erbhof in Frage komme. Das hiernach allein maßgebende sachrechtliche Eigentum des Emil S. wird weder durch sein Testament und die Abrede, die bei dessen Aushändigung an die Vereinigung getroffen ist, noch

dadurch beeinträchtigt, daß der Eigentümer im Verhältnis zu der Vereinigung seinen Hof nicht mehr allein zu seinem Nutzen bewirtschaftet, sondern die Bewirtschaftung als Hausvater der Hausgemeinschaft mit den Hausgenossen und für diese sowie für die Vereinigung leitet. — Es steht außer Zweifel, daß der Eigentümer wirtschaftsfähig und ehrbar ist und den in den §§ 12 und 13 REG gestellten Anforderungen an die Bauernfähigkeit genügt.

Das OLG meint: Der Eigentümer habe die bäuerliche Bewirtschaftung des Hofes bereits vor dem Inkrafttreten des REG endgültig aufgegeben; bäuerliche Bewirtschaftung bedeute die Selbstbewirtschaftung, nämlich das verantwortliche Bebauen der eigenen Scholle unter Mitarbeit der ganzen Familie; der Eigentümer habe aber aus der bäuerlichen Eigenwirtschaft eine Fremdwirtschaft gemacht. Das ist rechtlich und tatsächlich nicht haltbar. Zunächst steht fest, daß von einer kapitalistischen Nutzung irgendwelcher Art keine Rede sein kann und die Besitzung durch Ackerbau und Viehhaltung gut, ja mustergültig bewirtschaftet wird. Die gute Bewirtschaftung mag der Mitarbeit der Hausgenossen zu verdanken sein. Wenn aber die Hausgenossen nicht mitarbeiteten, würde der Eigentümer, der außer seinem noch jugendlichen Neffen keine zur Mitarbeit geeigneten Familienmitglieder hat, den Hof mit anderen Hilfskräften bewirtschaften müssen. Daß dies der Erbhofeigenschaft nicht entgegenstehen würde, liegt auf der Hand. Die Mitarbeit familienfremder Kräfte kann also nicht gegen die Erbhofeigenschaft entscheiden. Das OLG legt denn auch das Hauptgewicht auf die Stellung, die der Eigentümer und seine Hausgenossen auf dem Hof hätten; der Eigentümer habe nur eine Art Verwalterstellung; er leite die Wirtschaft nicht für sich und seine Familie, sondern als Hausvater für die Vereinigung und deren auf dem Hof als Hausgenossen lebende Mitglieder; diese seien ihm gleichberechtigt und allen kämen die Erträge zugute; der Hof sei tatsächlich von der Vereinigung übernommen, und diese lasse ihn durch eine familienartig gestaltete Hausgemeinschaft von Mitgliedern bewirtschaften. Wenn das alles zutrifft, würde es doch die vom OLG verlangte „bäuerliche Bewirtschaftung“ nicht in Frage stellen. Zunächst kann die Erbhofeigenschaft nicht daran scheitern, wie der Eigentümer über die Erträge seines Hofes verfügt und welche Bindungen er in dieser Richtung eingegangen ist, soweit nicht kapitalistische Zwecke mitspielen. Selbst der dingliche Nießbrauch steht der Erbhofeigenschaft nicht entgegen, und die vom OLG geschilderte Stellung der Vereinigung reicht, auch soweit sie eine in der Mitgliedschaft begründete rechtliche und nicht nur eine tatsächliche ist, an die eines Nießbrauchers nicht heran. Wenn ferner der Eigentümer sich etwa einer Gesellschaft zur Erzeugung und Verwertung von landwirtschaftlichen Erzeugnissen angeschlossen, seinen Hof zur Nutzung in diese eingebracht hätte und ihn nun im Auftrage der Gesellschaft und mit Hilfe anderer Gesellschafter bewirtschaftete, würde auch das „die bäuerliche Bewirtschaftung“ und irgendeine Voraussetzung der Erbhofeigenschaft nicht schlechthin ausschließen; es sei denn wiederum, daß die Erbhofeigenschaft durch gewerbliche und kapitalistische Einschläge in Frage gestellt würde, wovon hier keine Rede sein kann. Die Ansicht des OLG läßt sich nur verstehen, wenn zur Entstehung des Erbhofes in jedem Falle verlangt wird, daß der Eigentümer den Hof mit Familienmitgliedern zum Nutzen seiner selbst und der Familie bebaut und bewirtschaftet. Das ist allerdings, worauf der Vfz mit Recht hinweist, das Ziel, dem das REG zustrebt und das es durch die rechtliche Gestaltung der Verhältnisse eines Erbhofes sowie mit Hilfe des Reichsnährstandes durch Erziehung und Belehrung des Bauern erreichen will. Dieses Ziel, also die erstrebten Verhältnisse, die das Gesetz durch die Erbhofeigenschaft herbeiführen und sichern will, der Erbhofeigenschaft vorauszusetzen, wäre nur dann zulässig, wenn das Gesetz es vorschriebe. Es ist auch folgerichtig und führt zu praktisch unhaltbaren Ergebnissen. Sogar Verhältnisse, die zum Teil auf eine kapitalistische, also dem bäuerlichen Denken entgegengesetzte Einstellung des Eigentümers zurückgehen, schließen die Erbhofeigenschaft nicht immer aus, wenn noch ein gewisses entwicklungsfähiges Maß bäuerlicher Einstellung vorhanden ist. Noch viel weniger kann das von Maßnahmen gelten, zu denen der Eigentümer durch religiöse, seelische Regungen und Anschauungen veranlaßt ist, welche die bäuerliche Gesinnung nicht unbedingt ausschließen. Jenes Ziel kann auch bei den geschilderten Verhältnissen dieses Hofes durch die Erbhofeigenschaft erreicht werden. Das zeigen schon die dargelegte Wirkung der Erbhofeigenschaft auf die Bindungen und deren an die Person des Eigentümers und seine Mitgliedschaft gebundene Natur. Das OLG kann sich für seine Ansicht auch nicht auf einen Vergleich mit der ständigen Verpachtung berufen. Das Gesetz wendet sich mit der Bestimmung, daß ständig verpachtete Höfe nicht Erbhof sein können, gegen eine kapitalistische Einstellung des Eigentümers. Eine ständige Verpachtung liegt daher nur vor, wenn der Eigentümer durch die Verpachtung aus einer kapitalistischen Einstellung

heraus die Verbundenheit mit der Scholle nie begründet oder endgültig aufgegeben hat (REHG. 1, 258 = JW. 1935, 1944¹⁴). Der Vergleich scheitert hier schon daran, daß von einer kapitalistischen Einstellung des Eigentümers keine Rede sein kann. Im übrigen kann die vom REHG geschilderte Sachlage in der Tat nur für die Frage der bäuerlichen Verbundenheit des Eigentümers mit seinem Hof Bedeutung haben. Diese Verbundenheit, welche die innere Verbindung zwischen dem Eigentümer und seiner Sippe mit seinem Hof darstellt und ihren stärksten Gegensatz in der kapitalistischen Einstellung findet, ist von dem ert. Sen. in seinen Beschl. v. 20. Juni 1936 und 16. Juli 1936 (REHG. 3, 1 = JW. 1936, 3235⁵ und REHG. 3, 174 = JW. 1936, 3550¹⁸) als Kennzeichen und Voraussetzung der Erbhofeigenschaft anerkannt. Die Bodenverbundenheit besteht hier zwischen dem Eigentümer und seinem Hof jedenfalls in einem Maße, daß bei der auch hier gebotenen milden Auffassung (Beschl. des 1. Sen. des REHG: JW. 1935, 2820 und 1936, 583) zur Entstehung der Erbhofeigenschaft ausreicht. Der Hof ist alter Besitz der Familie S. Der Eigentümer hat ihn im Jahre 1913 auf Grund eines Übergabevertrages von seinem Vater übernommen und dann selbst, und zwar zunächst allein, bewirtschaftet. Die Verbundenheit ist hier also schon eine ererbte und dazu auch noch eine durch die eigene Bewirtschaftung begründete und bekräftigte. Der Eigentümer hat sie auch nicht aufgegeben. Er ist nicht nur bis heute auf seinem Hof geblieben und will weiter auf ihm bleiben, sondern nimmt auch nach der Gründung jener Hausgemeinschaft an der Bewirtschaftung selbst teil; er leitet sie sogar. Wenn der ehe- und kinderlose Eigentümer als überzeugter Anhänger der Beseitigung der Vereinigung und aus dem Gefühl der Treue und Dankbarkeit gegen seine Hausgenossen die Vereinigung in seinem Testament zur Erbin eingesetzt hat, so entspricht das zwar nicht wahrhaft bäuerlichem Denken, es ist aber von kapitalistischen Erwägungen völlig frei. Jedenfalls kann gegenüber der Tatsache, daß der Eigentümer nach wie vor an der Bewirtschaftung seines Hofes mitwirkt und auf ihm sein Heim und seine Arbeitsstätte hat und bis an sein Lebensende behalten will, keine Rede davon sein, daß er am 1. Okt. 1933 bereits seine Verbundenheit mit dem ererbten Familienbesitz völlig und endgültig aufgegeben und sich mit ihm nicht mehr ver wachsen gefühlt habe, welches Gefühl der Vorsitzende der Vereinigung übrigens sogar den Hausgenossen zuspricht. Solange aber der Eigentümer selbst die Verbundenheit mit seinem Hof bewahrt, besteht sie durch ihn als den Mittler auch für seine Sippe.

Nach allem liegen sämtliche Voraussetzungen der Erbhofeigenschaft vor. Der Hof ist deshalb kraft Gesetzes Erbhof geworden. Ausnahmen zugunsten der Vereinigung zuzulassen, sind die Anerkennbehörden schon deshalb nicht in der Lage, weil die Erbhofeigenschaft kraft Gesetzes eintritt und nicht etwa durch ihren Spruch geschaffen wird. Auch § 56 REHG kann, wenn hier überhaupt „Zweifel bei der Anwendung des Gesetzes“ vorliegen, solche Ausnahmen nicht rechtfertigen. Denn nach ihm muß oberster Grundsatz für die Anerkennbehörden die Wahrung des Zwecks des Gesetzes sein, wie er in dessen Einleitungsworten dargelegt ist. Die praktische Betätigung der Gemeinschaft mag Anerkennung verdienen. Mit dem Erbhofgedanken würde es aber unvereinbar sein, die Erbhofeigenschaft zugunsten einer nicht erbhoffähigen Gemeinschaft zu verneinen, deren Mitglieder zudem ehelos leben, also keine bäuerliche Familie gründen wollen. Der nach § 56 REHG maßgebende Zweck des Gesetzes verlangt vielmehr unbedingt, den Familienbesitz als Erbhof zu erhalten. Deshalb können auch Härten gegen die Hausgenossen, die ohne Entgelt viel Arbeit und zum Teil auch einige Geldmittel dafür aufgewandt, allerdings dort auch ihren Lebensunterhalt gefunden haben, das Ergebnis nicht ändern. Übrigens schließt die Erbhofeigenschaft es nicht aus, daß die Mitglieder der Hausgemeinschaft einstweilen auf dem Hofe bleiben. Für die Arbeit und die aufgewendeten Geldmittel mögen ihnen oder der Vereinigung Ansprüche gegen den Eigentümer zustehen. Der Auseinandersetzung hierüber und der weiteren Frage, wie etwaige Härten bei der Entsch. über die Genehmigung zu einer Veräußerung des Hofes an eine bauernfähige Person ausgeglichen werden können, greift die Entsch. nicht vor.

(REHG., 2. Sen., Beschl. v. 26. Jan. 1937, 2 RB 2463/35.)

*

** 55. §§ 1, 30, 37 Abs. 2 und 3 REHG; §§ 73 ff. EHBG; § 1617 BGB.

1. Der Gewährung eines Taschengeldes an den Übergaber steht nicht entgegen, daß dieser sich mit den aus der Bewirtschaftung des Hofes erzielten Ersparnissen ein gewerbliches Anwesen gekauft hat.

2. In feststehende Rechtsverhältnisse kann durch das anerbenrechtliche Genehmigungsverfahren nicht eingegriffen werden. Es ist daher unzulässig, die Genehmigung des Übergabevertrages da-

von abhängig zu machen, daß die weisenden Erben auf rechts-wirksam erwerbene Ansprüche gegen den Übergaber ganz oder teilweise verzichten. Es kann sich in solchen Fällen nur darum handeln, wie weit die Übernahme solcher Verpflichtungen durch den Übernehmer zu billigen ist.

3. Sollen Hausratsgegenstände von der Übergabe ausgenommen werden, die Zubehör des Erbhofs sind, so handelt es sich um eine Veräußerung, die nur bei wichtigem Grunde genehmigt werden kann (§ 37 Abs. 2 REHG).

Eigentümer des Anwesens Haus Nr. 26 in L. in einer Größe von 11,037 ha waren die Eheleute Christoph S. und Babette geb. D. Der Einheitswert des Grundbesitzes für den 1. Jan. 1931 beträgt 12800 RM. Die Eheleute S. haben durch Ehe- und Erbvertrag v. 16. Mai 1903 die allgemeine Gütergemeinschaft vereinbart und sich gegenseitig zu Alleinerben — unter Ausschluß der Fortsetzung der Gütergemeinschaft mit den gemeinsamen Abkömmlingen — eingesetzt. Den Abkömmlingen des zuerst versterbenden Eheteils ist der dritte Teil des reinen Gesamtgutwertes als Erbschaft für die väterliche oder mütterliche Erbschaft vermächtnisweise in Geld zugewiesen worden mit der Bestimmung, daß dieses Mutter- oder Vatergut unverzinslich und dem überlebenden Elternteile gegenüber unkündbar sei, solange sich die Kinder in elterlicher Gewalt und im elterlichen Unterhalte befänden.

Am 22. April 1932 ist der Ehemann Christoph S. verstorben. Er hat außer seiner Witwe 5 Kinder, darunter 2 minderjährige Kinder, hinterlassen. Nach der dem Nachlassgericht eingereichten Schätzung betrug der reine Wert des gemeinschaftlichen Vermögens beim Ableben des Ehemannes 25 058 RM; danach ist der auf jedes der minderjährigen Kinder entfallende Betrag 1670,53 RM. Am 24. April 1935 hat die Witwe S. im Hinblick auf die von ihr beabsichtigte Wiederverheiratung zum Protokoll des VormGer. nach Bestellung eines Pflegers für die minderjährigen Kinder Anton, geboren am 22. Febr. 1917, und Babette, geboren am 6. Aug. 1919, das auf diese entfallende Vatergut auf je 4000 RM erhöht. Ferner ist vereinbart worden, daß dieses Vatergut der Mutter als Darlehen belassen werde und, solange die Kinder unter ihrer elterlichen Gewalt ständen und ihr die Vermögensverwaltung zustehende, unverzinslich und unkündbar sei, im übrigen mit 4% verzinslich und einvierteljährlich kündbar sei. Am 11. Mai 1935 hat sich die Witwe S. mit Johann W. in L. wiederverheiratet; über die beiden minderjährigen Kinder ist die Vormundschaft angeordnet worden.

Die Ehefrau W. hat am 6. Mai 1935 mit ihrem ältesten jetzt 33 Jahre alten Sohn Christoph S. einen Übergabevertrag über das Anwesen, dessen Erbhofeigenschaft rechtskräftig festgestellt worden ist, geschlossen, im wesentlichen zu folgenden Bedingungen:

1. Ausgeschlossen von der Übergabe bleiben die gesamte Hauseinrichtung, mit Ausnahme von 2 dem Übernehmer verbleibenden Betten, der Küchenkasten mit Geschirr, eine Schaufel und ein eiserner Rechen.

2. Die beiden Vatergüter von je 4000 RM für die minderjährigen Kinder Anton und Babette werden zu den zuvor angegebenen Verzinsungs- und Kündigungsbedingungen von dem Übernehmer übernommen.

3. Der Übernehmer zahlt an seine Geschwister Johann S., Chauffeur in N., und Ludwig S., Keramiker in B., für die Ausstattung und als Vater- und Muttergut je 4000 GM., fällig bis zum 1. Jan. 1936 und unverzinslich.

4. Den ledigen Geschwistern Ludwig, Anton und Babette wird auf die Dauer ihres ledigen Standes ein Wohnungsrecht im Anwesen eingeräumt.

5. Die Übergeberin erhält auf Lebenszeit ein monatliches Taschengeld von 25 GM. und jährlich zwei Fuhrten Holz im Wertansatz von 30 GM.

Auf den vom Notariat gestellten Genehmigungsantrag hat das REHG am 2. Juli 1935 die Genehmigung erteilt.

Auf die sofortige Beschwerde des REHG hat das EHG den Beschluß des REHG dahin abgeändert, daß die Übergabe nur unter folgenden Bedingungen genehmigt wird:

1. Die Vatergüter der minderjährigen Kinder Anton und Babette S. werden auf je 2500 RM ermäßigt; die Rechtswirksamkeit des Vertrages hängt davon ab, daß der Vormund der Minderjährigen auf weitere Vatergutsansprüche verzichtet.

2. Die für Johann und Ludwig S. vorgesehenen Auszahlungsbeträge werden auf 500 bzw. 2500 RM herabgesetzt.

3. In einem Jahre können für alle Geschwister des Übernehmers nicht mehr als 1500 RM gefordert werden.

Das EHG hat ausgeführt, daß das Anwesen für jedes der Geschwister Ausstattungen in Höhe von nur 2500 RM auf-

zubringen vermöge. Johann S. habe, wie der ErbVZ mit Recht hervorgehoben habe, bereits 2000 RM erhalten, und zwar offenbar als Ausstattung mit der selbstverständlichen Verpflichtung der Anrechnung auf die Elterngutsforderung; ihm seien nur noch 500 RM zuzubilligen. Zur Vermeidung einer Inanspruchnahme der Mutter durch die minderjährigen Kinder sei die Rechtswirksamkeit des Vertrages von dem Verzicht des Vormundes auf weitere Ansprüche seiner Mündel abhängig zu machen. Damit der Erbhof nicht über seine Kräfte belastet werde, hat das EGH die jährliche Höchstzahlungsverpflichtung auf insgesamt 1500 RM festgesetzt. Angesichts der Minderjährigkeit der Geschwister Anton und Babette und der für ihre Ausbildung notwendigen Aufwendungen hat das EGH an der Verzinsung ihres Vatergutes nichts bemängelt.

Gegen diesen Beschluß haben der VBZ und namens der Übergeberin das Notariat L. sofortige weitere Beschwerde eingelegt.

Der VBZ ist der Auffassung, daß in die bereits rechtsgültig entstandenen Ansprüche der beiden minderjährigen Geschwister nicht habe eingegriffen werden können und die entsprechende Anordnung des Verzichts auf den 2500 RM übersteigenden Betrag im RGG keine Stütze finde. Dagegen äußert er Bedenken gegen die Verzinslichkeit der Ausstattungsbeiträge für die beiden Geschwister Anton und Babette S.

In einer vom Notariat überreichten Erklärung der Übergeberin heißt es, daß eine Herabsetzung der für die minderjährigen Geschwister Anton und Babette vorgesehenen Vatergutsgebe daran scheiterte, daß der Vormund auf die Mehrbeträge keinesfalls verzichte, ein solcher Verzicht auch nicht die Genehmigung des VormGer. finden würde. Letzteres ist von dem Vormund unter Hinweis auf eine Rücksprache mit dem Vormundschaftsrichter bestätigt worden.

Christoph S., hierzu gehört, hält eine Herabsetzung der Ausstattungsbeiträge für die beiden minderjährigen Geschwister Anton und Babette auf je 3000 RM, für Johann, der längere Zeit auf dem Anwesen gearbeitet habe, auf noch 2000 RM und für Ludwig auf 3000 RM für angemessen und tragbar, weist jedoch darauf hin, daß es fraglich sei, ob er jährlich 1500 RM aus dem Anwesen für die Zahlung werde erübrigen können, daß er dies indessen erhoffe, sofern er das Eheeinbringen seiner Ehefrau in Höhe von 6000 RM erhalte, womit er alsdann die Beträge an seine älteren Geschwister Johann und Ludwig zahlen könnte. Er wendet sich auch gegen eine Verzinsung der Vater- und Muttergüter und das von der Übergeberin geforderte Taschengeld, da sie ein sehr gutgehendes Geschäft habe und ihr jetziger Ehemann demnächst eine Rente bekomme.

Die sofortigen weiteren Beschwerden eröffnen die Möglichkeit einer Nachprüfung des gesamten Sachverhalts durch das RGG. Diese muß zu einer Änderung der Vorentscheidung führen.

Was zunächst das für die Übergeberin vorgesehene Taschengeld und Holzreichtnis anlangt, so kann ihr dieses ohne weiteres zugebilligt werden, zumal sie sonstige Ansprüche auf Gewährung des Unterhalts aus dem Erbhofe nicht erhebt. Daß sie sich aus den aus dem Hofe erzielten Ersparnissen ein gewerbliches Anwesen in L. gekauft hat, auf dem sie in Zukunft leben wird, steht der Gewährung des Taschengeldes und des Holzreichtnisses nicht entgegen.

Die für die beiden minderjährigen Kinder vorgesehenen „Vatergüter“ von je 4000 GM. sind nicht etwa Ansprüche, die erst durch die Vereinbarung zwischen Übergeberin und Übernehmer zur Entstehung gebracht werden sollen, vielmehr sind diese Ansprüche durch die anlässlich der Wiederverheiratung der Mutter mit dem Pfleger der Minderjährigen zur Niederschrift des VormGer. getroffenen Vereinbarungen bereits rechtswirksam entstanden. In diese Rechtsverhältnisse kann durch das anerbengerichtliche Genehmigungsverfahren nicht eingegriffen werden. Deshalb hat die vom EGH ausgesprochene „Genehmigungsbedingung“, daß die beiden „Vatergüter“ der Geschwister Anton und Babette S. auf je 2500 RM „ermäßigt“ würden, und daß die Rechtswirksamkeit des Übergabevertrages von einem Verzicht auf weitere Vatergutsansprüche abhängig sei, wie der VBZ zutreffend ausgeführt hat, im Gesetz keine Stütze. Es ist vielmehr davon auszugehen, daß gegenüber der Übergeberin die auf Grund des Ehe- und Erbvertrages den Kindern zustehenden Ansprüche, die je 1670,53 RM betragen, jedoch freiwillig von ihr auf je 4000 RM erhöht wurden, tatsächlich rechtswirksam entstanden sind, und daß es sich hier nur darum handeln kann, in wie weit eine Übernahme dieser Verpflichtungen durch den Übernehmer Christoph S. zu billigen ist.

In Höhe von 1670,53 RM ist die Übernahme ohne weiteres

gerechtfertigt, da dieser Anspruch den Kindern schon nach dem Erbvertrag zustand. Die Übernahme eines Mehrbetrages kann nur gebilligt werden, insoweit sich die Zahlung eines höheren Betrages unter entsprechender Anwendung des § 30 RGG als Ausstattung rechtfertigen läßt. Der Senat folgt in dieser Hinsicht im wesentlichen den Ausführungen des Übernehmers Christoph S. und gelangt ebenfalls zu dem Ergebnis, daß ein Betrag von je 3000 GM. für die vier weichenenden Abkömmlinge — unter Anrechnung der ihnen nach dem Erbvertrage zustehenden Ansprüche — als Ausstattung angemessen und tragbar ist, wobei selbstverständlich der Betrag von 2000 RM, den Johann S. bereits von der Mutter ausgezahlt erhalten hat, in Abzug zu bringen ist. Johann S. entsprechend der Anregung des Christoph noch weitere 2000 RM zuzubilligen (im ganzen also 4000 RM) liegt keine Veranlassung vor. Die unentgeltliche Mitarbeit des Johann S. auf dem Anwesen dauerte nur bis zu seinem 20. Lebensjahre und fällt nicht derart ins Gewicht, daß deshalb eine ungleichmäßige Bemessung der Ausstattungsbeiträge für die Geschwister gerechtfertigt wäre, zumal Johann S. nach § 1617 BGB., solange er dem elterlichen Haushalte angehörte und dort unterhalten wurde, zur Mitarbeit verpflichtet war. Dies bedeutet, daß der Erbhof insgesamt noch 10000 GM. aufzubringen haben wird, und zwar je 3000 GM. für die beiden minderjährigen Geschwister Anton und Babette, 1000 GM. für Johann und 3000 GM. für Ludwig. Erscheint diese Summe im Vergleich zu dem Einheitswert von 12800 RM auch sehr hoch, so entspricht sie dennoch der offenbar größeren im Einheitswert nicht hinreichend zum Ausdruck kommenden Leistungsfähigkeit des Erbhofes. (Wird näher erörtert.)

Wenn die Mutter der Kinder freiwillig die Beträge auf je 4000 RM erhöht hat, so wird es ihre Sache sein, für den Mehrbetrag von je 1000 RM selbst aufzukommen und diese Ansprüche gegebenenfalls den Kindern sicherzustellen oder in Raten je nach den vorhandenen Mitteln zu bezahlen. Den Übernehmer und damit den Erbhof mit diesen Beträgen zu belasten, erscheint ungerechtfertigt. Damit kann vielmehr nur das freie Vermögen der Bäuerin belastet werden, das auch nur die wirtschaftliche Rechtfertigung für die freiwillige Erhöhung gewesen sein kann. Nachdem zwischen der Mutter und dem Pfleger die Zins- und Kündigungsbedingungen für diese Beträge festgestellt worden sind, bestehen keine Bedenken, sie auch für die Übernahme dieser Verbindlichkeiten in Höhe von je 3000 GM. anzuerkennen; übriges entsprechen sie auch den im Erbvertrage enthaltenen Bestimmungen. Eine Gefahr für den Erbhof dürfte durch die Kündigungsmöglichkeit der Anton und Babette S. zukommenden Beträge nicht bestehen, da dem Übernehmer das Eheeinbringen seiner Ehefrau in Höhe von 5—6000 RM zur Verfügung gestellt werden dürfte, mit dem er etwaigen alsbaldigen Zahlungsverpflichtungen wird genügen können. Die durch die Verwendung des eingebrachten Gutes entstehende Schuldverpflichtung tritt vorläufig für den Erbhof nicht irgendwie drückend in Erscheinung. Hinsichtlich der weiteren Beträge für die beiden Brüder Johann und Ludwig S. in Höhe von zusammen 4000 GM. bedarf es jedoch der Vereinbarung von Ratenzahlungen, um eine übermäßige Belastung des Erbhofes durch ein gleichzeitiges Fälligwerden dieser Beträge zu vermeiden. Der Senat hält die in dem angefochtenen Beschluß vorgesehenen Jahresbeiträge von 1500 GM. für noch zu hoch; sie waren auf 1000 GM. herabzusetzen, so daß vier Jahresraten an Johann S. zu je 250 GM. und an Ludwig S. zu je 750 GM. zu zahlen sind. Eine Verzinsung dieser Beträge ist nicht vorgesehen, würde auch nicht genehmigt werden können. Die Übernahme der Verzinsung der an die Geschwister Anton und Babette S. auszahlenden Beträge ist nur deshalb genehmigt worden, weil insoweit bereits eine rechtswirksame Verpflichtung der Übergeberin vorliegt.

Von den übrigen Übergabvereinbarungen gibt lediglich noch zu Beanstandungen Anlaß die Ausnahme der eingangs unter Ziff. 1 angeführten Hausratsgegenstände von der Übergabe. Es handelt sich bei diesen Gegenständen um Zubehör des Erbhofes; der Ausschluß der Gegenstände von der Übergabe läuft auf eine Veräußerung hinaus, die nur beim Vorliegen eines wichtigen Grundes genehmigt werden könnte, an dem es indessen fehlt (§§ 8, 37 Abs. 2 RGG; RGG 2, 332 ff. — ZB. 1936, 2715¹⁶). Sollte der Übernehmer in den Besitz von gleichwertigen Ersatzgegenständen kommen, die ihm als Eigentum gehören und Zubehör des Erbhofes werden sollen, so bleibt es den Beteiligten unbenommen, beim RGG entsprechende Anträge auf Entziehung der Erbhofeigenenschaft oder auf Genehmigung der Veräußerung für die bisher Zubehör bildenden Hausseinrichtungsgegenstände zu stellen. Bei dem Vorbehalt der

nur einen geringen Wert darstellenden übrigen Gegenstände (Küchenschrank mit Geschirr, Schaufel, eiserner Rechen) mag es sein verwenden haben.

Hienach war die Übergabe unter den vorerörterten aus der Beschlusformel ersichtlichen Auflagen zu genehmigen. Wenn die Übergeberin mit der Erklärung, daß sie bei Nichtgenehmigung der Übergabe nach dem Übergabevertrage von einer solchen absehen und einen Verwalter auf den Erbhof setzen werde, so daß der Sohn Christoph vor ihrem Tode nicht mit der Übernahme des Erbhofes zu rechnen habe, einen Einfluß auf die Entscheidung auszuüben beabsichtigen sollte, so sei darauf hingewiesen, daß sie damit naturgemäß keinen Erfolg haben kann. Die völlige Verkenntung der vom RGG verfolgten Ziele spricht schon aus ihrer Bemerkung, daß sie ihren Sohn Christoph nicht vor ihren anderen Kindern „bevorzugen“ wolle; sie überzieht, daß nach dem RGG der Erbhof nur einem, dem Auerben, zufallen kann, und daß den anderen Geschwistern nur Ausstattungs- und Versorgungsansprüche zustehen. Die Eigentümerin würde sich aber namentlich mit den vom RGG verfolgten Zielen in Widerspruch setzen, wollte sie hartnäckig auf ihrem Standpunkt der Übernahme der nach dem RGG übermäßig hohen Kindergelder durch den Übernehmer bestehen, obwohl ihr nunmehr durch die ergangene Entsch. bekannt ist, daß ihr Standpunkt ungerechtfertigt ist, und wollte sie die Verwaltung des Erbhofes, den sie nach Erwerb ihres neuen Anwesens in D. nicht mehr selbst bewirtschaften kann, einem Verwalter übertragen, statt den Erbhof, wie es folgerichtig und angemessen wäre, ihrem schon 33 Jahre alten verheirateten und für die Bewirtschaftung geeigneten Sohn Christoph zu überlassen. Durch ein solches Verhalten würde sie die Belange des Erbhofes schädigen, was unter Umständen auf Antrag des WZ ein anerbengerichtliches Eingreifen gem. §§ 73 ff. EGVfD zur Folge haben könnte.

(RGG, 1. Sen., Beschf. v. 18. Aug. 1937, 1 RB 62/36.)

*

** 56. § 7 RGG; § 5 DV II; § 18 Abs. 1, § 18 Abs. 2 und 3 EGVfD.

1. Bei der Prüfung der Frage, ob eine Verpachtung noch als zeitweilig (§ 7 Abs. 2 RGG) angesehen werden kann, ist auch zu berücksichtigen, daß unter veränderten Umständen in der Zukunft (z. B. bei Vergrößerung des Betriebs und der Viehhaltung durch die Besitznachfolger) verständigerweise mit einer Selbstbewirtschaftung der verpachteten Parzellen gerechnet werden muß.

2. Die Vorschrift des § 5 DV II (= § 18 Abs. 1 EGVfD) dient — im Gegensatz zu den Bestimmungen des § 18 Abs. 2 und 3 EGVfD (vgl. hierzu RGG 4, 77 = JW. 1937, 2145⁴⁸) — nicht nur der Schaffung neuer, sondern auch der Stärkung bestehender Erbhöfe. Ein Ehegattenerbhof ist also am 21. Dez. 1933 (dem Tag des Inkrafttretens der DV II) auch dann entstanden, wenn der in der Hand des einen Ehegatten befindliche Grundbesitz bereits am 1. Okt. 1933 (dem Tag des Inkrafttretens des RGG) Erbhofeigenschaft erlangt hatte.

Johann Gerhard S. ist Eigentümer eines im Grundbuch der Gemeinde M. unter Artikel 210 verzeichneten etwa 35½ ha großen Hofes. Seine Ehefrau ist Eigentümerin des Grundbesitzes Artikel Nr. 109 der Gemeinde E. in der Größe von 9,0376 ha. Sie hat die etwa 8—9 km von der Hofstelle entfernten Grundstücke — 2 Hämme Grünland — i. J. 1925 von ihrem Vater geerbt. Ein Hamm wird seit 1933 von dem Ehemann der Eigentümerin bewirtschaftet, während der andere Hamm nach wie vor verpachtet ist. Beide Artikel — der des Ehemanns und der der Ehefrau — sind als Ehegattenerbhof in das gerichtliche Verzeichnis der Erbhöfe aufgenommen worden.

Gegen die Aufnahme des Artikel 109 in das gerichtliche Verzeichnis hat der Ehemann S. Einspruch eingelegt. Zur Begründung hat er darauf hingewiesen, daß die Grundstücke seiner Ehefrau etwa 8 km von seiner Hofstelle entfernt lägen und fast immer verpachtet gewesen seien.

Auf Anfrage durch das RGG hat sich der WZ dahin geäußert, daß die Ländereien teilweise schon immer von der Hofstelle aus bewirtschaftet worden seien.

Das RGG hat daraufhin den Einspruch zurückgewiesen. Es hat festgestellt, daß die Voraussetzungen des § 5 DV II gegeben seien.

Der Antragsteller hat die von ihm gegen diesen Beschlus eingelegte sofortige Beschwerde damit begründet, daß das Land seiner Ehefrau als Kapitalanlage zu betrachten sei, da sie die Grundstücke als Erbfindung von ihrem Vater erhalten habe, daß ein Hamm seit 1933 nur deswegen von der Hofstelle aus bewirtschaftet werde, weil der Eingang der Pachtgelder sehr

zweifelhaft geworden sei, daß im übrigen die Bewirtschaftung der 8—9 km entfernt liegenden Weiden außerordentlich lästig sei und daß sein Hof auch ohne die beiden Hämme bestehen könne.

Der WZ hat demgegenüber erklärt: S. habe einen Teil des Landes seiner Ehefrau in Selbstbewirtschaftung gehabt. Die Weiden würden für den Erbhof S. benötigt. Die Gebäude auf der Hofstelle S. reichten auch zur Bewirtschaftung dieser 9 ha Land der Ehefrau aus.

Das RGG hat dem Einspruch stattgegeben und die Nichtaufnahme des Grundbesitzes Artikel 109 in das gerichtliche Verzeichnis angeordnet. Es ist der Ansicht, daß das Land der Ehefrau nicht regelmäßig von der Hofstelle aus bewirtschaftet werde und daher nicht zum Erbhof gehöre.

Gegen diese Entsch. hat der WZ sofortige weitere Beschwerde eingelegt mit dem Ziele der Bejahung der Erbhofeigenschaft. Zur Begründung hat er auf folgendes hingewiesen: Bei den Ländereien der Ehefrau handle es sich nicht um einfaches Grünland, sondern um Fettweiden, die bei dem Hofe des Ehemannes fehlten. Derartige Fettweiden gewährleisteten eine bessere Verwertung des in der Wirtschaft heranwachsenden Viehs, das nicht zur Zucht verwendet werden sollte. Dabei spiele die Entfernung der Grundstücke von der Hofstelle keine Rolle. S. habe es als älterer kinderloser Mann, der in guten finanziellen Verhältnissen lebe, vorgezogen, die Weiden zum Teil nicht selbst mit Vieh zu beschlagen, sondern sie als begehrtete Pachtobjekte aus Bequemlichkeit teurer zu verpachten. Dadurch sei aber die wirtschaftliche Zugehörigkeit der Ländereien zum Haupthof nicht beeinträchtigt.

S. hat demgegenüber noch erklärt, der Hof sei bereits hinreichend mit Weiden versehen; zu ihm gehörten schon 2 Weiden in der Größe von 5,5898 ha, so daß er die etwa 8—9 km von der Hofstelle entfernt liegenden Grundstücke nicht benötige.

Die sofortige weitere Beschwerde ist begründet. Der im Alleineigentum des S. stehende etwa 35½ ha große Besitz ist am 1. Okt. 1933 Erbhof geworden. Streitig ist, ob am 21. Dez. 1933 — im Zeitpunkt des Inkrafttretens der DV II — infolge Zusammenrechnung der im Alleineigentum der Ehefrau S. stehenden Grundstücke mit denen ihres Ehemannes ein Ehegattenerbhof gem. § 5 DV II (nunmehr § 18 Abs. 1 EGVfD) entstanden ist. Diese Frage ist zu bejahen. Nach § 18 Abs. 1 EGVfD ist eine Besitzung, die am 21. Dez. 1933 zum Teil im Alleineigentum des Ehemanns, zum Teil im Alleineigentum der Ehefrau stand und die von einer Hofstelle aus bewirtschaftet wird, Erbhof geworden, sofern sie den sonstigen an die Erbhofeigenschaft zu stellenden Anforderungen entspricht. Der Umstand, daß der Besitz — soweit er im Alleineigentum des Ehemanns steht — schon am 1. Okt. 1933 Erbhof geworden ist, steht der Anwendung dieser Vorschrift nicht entgegen. Der Sinn dieser Bestimmung geht dahin, daß zur Erweiterung des Anwendungsgebietes des RGG die von einer Hofstelle aus bewirtschafteten Grundstücke beider Ehegatten zu einem einheitlichen Erbhof zusammengefaßt werden sollen. Die Vorschrift dient nicht nur der Schaffung neuer, sondern auch der Stärkung bestehender Erbhöfe. Es würde deshalb dem Sinn der Vorschrift widersprechen, wenn man die Entstehung eines Ehegattenerbhofs am 21. Dez. 1933 daran scheitern lassen würde, daß der in der Hand des einen Ehegatten befindliche Grundbesitz bereits am 1. Okt. 1933 Erbhofeigenschaft erlangt hat, und nur dann die Anwendbarkeit des § 5 DV II (§ 18 Abs. 1 EGVfD) bejahen würde, wenn die im Alleineigentum stehenden Grundstücke in der Hand jedes der Ehegatten zu einem Erbhof nicht ausreichen. Diese Auslegung kann an dem Wortlaut der Bestimmung nicht scheitern; denn die Ausdrucksweise, daß die Besitzung v. 21. Dez. 1933 ab Erbhof werde, bezieht sich darauf, daß mit dem Inkrafttreten der DV II erst ein Ehegattenerbhof zur Entstehung gelange. Die Entsch. des RGG v. 18. Febr. 1937 (RGG 4, 77 = JW. 1937, 2145⁴⁸) steht dieser Auslegung nicht entgegen; denn diese Entsch. bezieht sich auf die Frage der Entstehung eines Ehegattenerbhofes nach dem 21. Dez. 1933 (§ 18 Abs. 2 und Abs. 3 EGVfD) und besagt lediglich, daß die Vorschrift des § 18 Abs. 2 und Abs. 3 EGVfD nicht die Bildung eines Ehegattenerbhofs in Zukunft bezweckt, wenn bereits ein Ehegatte Alleineigentümer eines Erbhofes ist; das ergibt auch die in Abs. 2 und 3 aufgestellte Voraussetzung, daß die Besitzung noch nicht Erbhof ist.

Es bleibt daher noch zu prüfen, ob gem. § 5 DV II (§ 18 Abs. 1 EGVfD) die der Ehefrau S. gehörenden Grundstücke am 21. Dez. 1933 mit denen des Ehemannes von einer Hofstelle aus bewirtschaftet worden sind. Diese Frage ist zu bejahen. Maßgebend ist nach § 7 Abs. 1 RGG für die Zugehörigkeit von Grundstücken zum Erbhof ihre regelmäßige Bewirtschaftung

tung von der Hofstelle; eine zeitweilige Verpachtung schließt nach § 7 Abs. 2 RFG die Hofzugehörigkeit der Grundstücke nicht aus. Hier handelt es sich um keine dauernde Verpachtung der im Miteigentum der Ehefrau stehenden Parzellen. Die eine Koppel ist bereits seit 1933 von H. in Selbstbewirtschaftung genommen worden. Es mag richtig sein, daß der schlechte Eingang des Pachzinses mitbestimmend gewesen ist, den einen Hamm Grünland wieder in Selbstbewirtschaftung zu nehmen. Das kann jedoch nicht der entscheidende Grund für die Aufhebung des Pachtverhältnisses gewesen sein; denn der andere Hamm Grünland ist nach wie vor verpachtet, und es ist kein Grund ersichtlich, warum nicht H. den in Selbstbewirtschaftung genommenen Hamm bei geeigneter Gelegenheit wieder verpachtet hat, wenn er dies in der Tat ernstlich beabsichtigt haben sollte. Es ist somit davon auszugehen, daß H. das bereits seit 1933 von ihm bewirtschaftete Stück Grünland seiner Ehefrau auch in Zukunft in Eigenbewirtschaftung behalten will, so daß ein Zweifel an der Erbhofzugehörigkeit dieses Grundstücks nicht aufkommen kann. Dasselbe gilt aber auch für den zweiten Hamm. Für die Zugehörigkeit des zweiten verpachteten Hamm zur Wirtschaftseinheit des Hofes spricht insbes. der Umstand, daß das andere ebenfalls im Eigentum der Ehefrau H. stehende Grundstück bereits seit 1933 von der Hofstelle aus bewirtschaftet wird, die für beide Grundstücke etwa gleiche Entfernung von etwa 8—9 km von der Hofstelle also einer Selbstbewirtschaftung nicht entgegensteht. Es mag richtig sein, daß zur Zeit der zweiten Hamm als Fettweide für den Erbhof nicht unbedingt benötigt wird; es ist aber damit zu rechnen, daß bei einer Vergrößerung des Viehbestandes auch der zweite Hamm als Fettweide für den Hof in Anspruch genommen werden wird. Die Eheleute H., die kinderlos sind, mögen gegenwärtig selbst kein Interesse an einer Vermehrung ihres Viehbestandes haben; es liegt aber nahe, daß ihre Bestznachfolger einen größeren Viehbestand halten wollen und dafür den zweiten Hamm als Fettweide benötigen. Da somit auch die zweite bislang noch verpachtete Parzelle unter anderen Verhältnissen später einmal den Zwecken des Hofes dienen kann und bei verständiger Würdigung aller Umstände mit einer Selbstbewirtschaftung in Zukunft zu rechnen ist, kann die gegenwärtig noch andauernde Verpachtung des zweiten Hamm nur als zeitweilig angesehen werden. Die Grundstücke der Ehefrau gehören somit auch zur Wirtschaftseinheit des Hofes, so daß am 21. Dez. 1933 ein aus dem Grundbesitz des Ehemannes und der Ehefrau bestehender Ehegattenerbhof entstanden ist (§ 18 Abs. 1 EHRB).

(REHG., 2. Sen., Beschl. v. 25. Juni 1937, 2 RB 457/36.)

*

** 57. § 15 RFG.

1. Die Voraussetzungen der Bauernfähigkeit können nur für eine gewisse Übergangszeit nach dem Inkrafttreten des RFG, in der es sich um die erstmalige Feststellung der Erbhofeigenschaft handelte, milder beurteilt werden. Wer heute einen Erbhof übernehmen oder Auerbe sein will, muß fähig sein, den Hof selbständig unter eigener Verantwortung zu leiten.

2. Die bäuerliche Abstammung, das Aufwachsen auf dem Hofe und die Ausführung landwirtschaftlicher Arbeiten in den frühen Jugendjahren vermögen den Mangel jeglicher Schulung und Erfahrung in der Leitung eines landwirtschaftlichen Betriebes nicht zu ersetzen; der nichtgelernte Landwirt, der einen anderen Beruf ausübt, muß insbes. auch der Landwirtschaft Neigung und Interesse entgegenbringen.

Eigentümer des im Grundbuch von A. Bl. 75 verzeichneten Anwesens in einer Größe von 26,625 ha war der Bauer Franz Hermann F. Die Erbhofeigenschaft dieses Anwesens steht fest. Das Anwesen ist seit 1. Juli 1932 auf die Dauer von 6 Jahren an die Eheleute N., die Tochter und den Schwiegerohn des Franz Hermann F., verpachtet worden. Der Eigentümer ist am 2. April 1934 ohne Hinterlassung einer leibwilligen Verfügung verstorben und hat außer seiner Witwe und drei verheirateten Töchtern zwei Söhne hinterlassen, den älteren verheirateten Arthur F., Landwirt in D., und den jüngeren ledigen Kurt F., Kaufmann in L. Ein weiterer jüngerer Sohn Walter F. ist am 4. Dez. 1930 tödlich verunglückt; er hat keine Abkömmlinge hinterlassen.

Arthur F., der bis 1924 auf dem Gute des Vaters gearbeitet hat und selbst zunächst den Hof bekommen sollte, ist Pächter eines Anwesens, das dem Adoptivvater seiner Ehefrau gehört, dessen voraussichtliche Auerbin sie ist. Kurt F. ist auf dem väterlichen Hof aufgewachsen, ist jedoch schon mit 15 Jahren, vor etwa 22 Jahren, vom Hofe fortgekommen, hat eine kaufmännische Lehre durchgemacht und ist seither Kaufmann

gewesen; er besitzt in L. eine Lautsprecherfabrik. Nur in den Jahren bis 1927 hat er, wie er behauptet, während seines Lehraufenthaltes auf dem Hofe geholfen. Nach seiner Darstellung ist er auch im Winter 1923/24 ein halbes Jahr, etwa vom Sept. an, während seiner Arbeitslosigkeit auf dem väterlichen Hofe gewesen. Der verstorbene Bauer hatte nach dem Tode seines jüngsten Sohnes Walter die Übernahme des Hofes dem Kurt F. angeboten; dieser hatte jedoch damals abgelehnt.

Beide Brüder Arthur und Kurt haben Anspruch auf den väterlichen Hof als Auerbe erhoben. Arthur F. hat die Bauernfähigkeit seines Bruders Kurt in Abrede gestellt.

Das RFG hat in der Eingabe des Kurt F. v. 26. Mai 1934, in der dieser sein Auerberecht geltend macht, einen Antrag auf Entsch. über seine Bauernfähigkeit erblückt. Es ist davon ausgegangen, daß in der fraglichen Gegend bei Inkrafttreten des RFG Jüngstenrecht gelte (§ 21 Abs. 3 RFG), und daß demnach Kurt F. an sich als Auerbe berufen wäre. Seine Bauernfähigkeit hat es im Anschluß an die Beurteilung der Eheleute N. mit Rücksicht auf seine Tätigkeit auf dem väterlichen Hofe bejaht, indem es hierbei auch mit berücksichtigt hat, daß der ältere Bruder Arthur Pächter des Hofes seines Schwiegervaters sei, und daß seine Ehefrau diesen Hof einmal übernehmen solle.

Gegen diesen Beschluß hat der Landwirt Arthur F. fristgerecht sofortige Beschwerde eingelegt. Er hat die Entsch. des RFG angegriffen, soweit es die Bauernfähigkeit des Kurt F. bejaht hat. Kurt F. ist dem entgegengetreten. Die Ablehnung der Übernahme des Hofes nach dem Tode seines Bruders Walter hat er darauf zurückgeführt, daß er sich seinerzeit gerade eine neue Lebensgrundlage in L. geschaffen habe, die gute Aussichten versprochen habe. Er hat geltend gemacht, daß sich die Verhältnisse aber inzwischen wesentlich geändert hätten, so daß er gegenwärtig sei, sein Geschäft abzubauen und sich nach etwas anderem umzusehen, es ihm mithin auch ohne weiteres möglich sei, nach Ablauf des Pachtvertrages mit den Eheleuten N. (30. Juni 1938) selbst die Bewirtschaftung zu übernehmen.

Der RWZ hat sich dahin geäußert, daß es dem bäuerlichen Empfinden mehr entsprechen würde, den Hof dem stets mit der Scholle verbunden gebliebenen Arthur F. zutommen zu lassen, daß jedoch die gesetzliche Regelung maßgeblich sei, nach der Kurt F. als Auerbe berufen sei, da angenommen werden müsse, daß er als auf dem Lande aufgewachsen die Voraussetzungen der Wirtschaftsfähigkeit erfülle.

Das EGH hat den Beschluß des RFG aufgehoben und die Bauernfähigkeit des Kaufmanns Walter Kurt F. in L. verneint.

Gegen diesen Beschluß hat Kurt F. form- und fristgerecht sofortige weitere Beschwerde eingelegt.

Das Rechtsmittel ist sachlich nicht begründet.

Zunächst ist dem EGH darin zu folgen, daß ein milderer Maßstab an die Voraussetzungen der Bauernfähigkeit, wie die Rspr. des Senats erkennen läßt, in der Regel nur dann anzulegen ist, wenn es sich um die erstmalige Feststellung der Erbhofeigenschaft, also die Entstehung eines Erbhofes handelt, da in diesem Falle bei Anlegung eines strengeren Maßstabes viele allen sachlichen Voraussetzungen genügende Höfe entgegen dem Willen des Gesetzes nicht von der erbhofrechtlichen Regelung erfasst werden würden. Für die Entstehung der Erbhofeigenschaft hat der Senat es regelmäßig für ausreichend erachtet, daß der Eigentümer mit Hilfe eines Verwalters oder sonstiger Hilfskräfte in der Lage ist, eine ordnungsmäßige Bewirtschaftung des Hofes zu gewährleisten, und imstande ist, die Hilfskräfte zu überwachen, zumal wenn er große Neigung und erhebliches Interesse für die Landwirtschaft bewiesen hat. Legt man nicht diesen nur für die Übergangszeit (1. Okt. 1933) gebotenen milderen, sondern den normalen Maßstab an, so muß aber, wie das EGH zutreffend angenommen und auch der RWZ bejaht hat, die Fähigkeit des Kurt F., den Hof seines verstorbenen Vaters ordnungsmäßig zu bewirtschaften, verneint werden. Ihm geht jede wirkliche landwirtschaftliche Schulung und Erfahrung in der Leitung eines derartigen Betriebes ab. Gewiß spielt die bäuerliche Abstammung, das Aufwachsen auf dem Hofe und die Ausführung landwirtschaftlicher Arbeiten in den früheren Jugendjahren eine Rolle bei Beurteilung der Eignung. Alles dies vermag indessen das Fehlen einer wirklichen Schulung und jeglicher Erfahrung in der Leitung eines Betriebes nicht auszugleichen. Die Verrichtung der einzelnen sachlichen Arbeiten, die Kurt F. bis zu seiner Schulentlassung in den wenigen in Betracht kommenden Jahren gelernt haben mag, bedeutet noch nicht, daß er fähig ist, den väterlichen Hof selbständig unter eigener Verantwortung ordnungsmäßig zu leiten, wie es in der Gegenwart von

einem Landwirt, der einen Erbhof übernehmen oder Auerbe eines solchen sein will, verlangt werden muß. Auch durch die vorübergehend in den Ferien und (1923/24) während seiner halbjährigen Stellungslosigkeit erfolgte, also stets auf ganz kurze Zeit beschränkte Mitarbeit können, selbst wenn diese den von dem Beschw. behaupteten Umfang gehabt haben sollte, die erforderlichen Kenntnisse zur selbständigen Führung eines solchen Betriebes nicht erworben werden. Tatsächlich hat Kurt F. seit 22 Jahren keine Verbindung mit der Landwirtschaft mehr. Er hat sich unmittelbar nach der Schulentlassung dem Kaufmannsberufe zugewandt und hat sich seither stets kaufmännisch betätigt. Mit Recht weist das Beschw. auch darauf hin, daß Kurt F. wohl selbst die Mängel in seinen landwirtschaftlichen Kenntnissen und Fähigkeiten empfunden habe, wenn er erklärte, vor Eintritt der Bewirtschaftung des Hofes — in etwa 4 Jahren — die Bauernfähigkeit nachzuweisen. Eine erhebliche Rolle für die Beurteilung der Wirtschaftsfähigkeit eines nicht gelernten Landwirtes, der einen anderen Beruf ausübt, spielt ferner, wie der Senat wiederholt ausgeführt hat, die Reigung und das Interesse, das der Betreffende der Landwirtschaft entgegenbringt. Auch in dieser Hinsicht fehlt es bei Kurt F. Daß er sich gleich nach der Schulentlassung dem kaufmännischen Berufe zugewandt hat, mag nicht ausschlaggebend sein, da er für die Übernahme des Hofes nicht in Frage kam. Als jedoch Ende 1930 sein Bruder Walter verstorben war und der Vater ihm den Hof zur Übernahme anbot, hätte er es, wenn er wirklich das jetzt von ihm bekundete Interesse für die Landwirtschaft gehabt hätte, unbedingt möglich machen können und auch möglich gemacht, seine geschäftlichen Beziehungen in L. — mögen sie auch gute Aussichten versprochen haben — zu lösen und den stattlichen väterlichen Hof zu übernehmen. Mindestens hätte er dem Vater eine bindende Erklärung über seine Bereitwilligkeit abgegeben. In einer solchen hat es gefehlt. Die damals erfolgte Verpachtung des Hofes an die Eheleute K. auf die Dauer von 6 Jahren läßt nur den Schluß zu, daß Kurt F. nicht geneigt war, umzusatteln und Bauer zu werden. Kurt F. war mit diesem Angebot des Vaters die Möglichkeit eröffnet, wieder zu dem Beruf seiner Vorfahren zurückzukehren; er hat dies aber damals abgelehnt. Bei dieser Sachlage muß angenommen werden, daß Kurt F. nunmehr weniger aus persönlicher Einstellung als wegen der materiellen Vorteile die Übernahme des Erbhofes erstrebt, zumal sich, wie er selbst vorgetragen hat, infolge der veränderten Verhältnisse die Aussichten seines Geschäftsbetriebes verschlechtert haben.

Auch die sonstigen Verhältnisse geben keinen Anlaß, hier einmal, trotzdem es sich nicht um die Frage der Entstehung eines Erbhofes handelt, einen besonders milden Maßstab an die Wirtschaftsfähigkeit zu legen. Der Hof bleibt, auch wenn der Beschw. ihn nicht bekommt, der Familie des Vaters im Mannesstamme erhalten, da er nunmehr an Arthur F. fällt. Sollte sein Sohn einmal den von dem Vater seiner Mutter stammenden Hof übernehmen, so würde der väterliche Hof, falls nicht ein weiterer Sohn des Arthur F. vorhanden sein sollte, an einen etwa vorhandene bauernfähigen Sohn des Kurt F. fallen, es sei denn, daß ein wichtiger Grund zu seiner Übergang vorliegen würde. Wäre ein Sohn des Kurt F. nicht vorhanden, so würde der Hof sowie so an eine Tochterlinie fallen müssen. Beningleich Arthur F. den Hof seines Schwiegervaters bewirtschaftet und deshalb vielleicht vorläufig den väterlichen Hof wird durch einen Verwalter bewirtschaften lassen oder verpachten müssen, so ist dadurch jedenfalls keine schlechtere Bewirtschaftung zu befürchten, als wenn Kurt F. die Bewirtschaftung übernehmen würde, für die er übrigens auch die Hilfe eines Verwalters in Aussicht genommen hat.

Nach alledem ist die Wirtschaftsfähigkeit und damit die Bauernfähigkeit des Kurt F. mit Recht verneint worden.

(RGSt, I. Sen., Beschl. v. 23. März 1937, 1 RB 1764/35.)

*

58. § 15 Abs. 1 RGSt. Bei der Prüfung der Bauernfähigkeit ist ein strengerer Maßstab anzulegen, wenn der Auerbe erst in hohem Alter zur Übernahme berufen und seit langem jeder Wirtschaftsführung entwöhnt ist.

Der am 4. Nov. 1933 verstorbene Landwirt Albin K. war Alleineigentümer des schon seit dem Jahre 1400 im Besitze der Familie K. befindlichen Anwesens in einer Größe von rund 80 ha, das er 1893 von seinem Vater übernommen hatte. Auf Antrag des Bruders des Verstorbenen, des Landwirts Guido K., der als Auerbe den väterlichen Besitz für sich in Anspruch nahm, ist über die Erbhofeigenschaft des Anwesens entschieden worden. Durch den Beschl. des 2. Sen. des RGSt v. 23. Juni 1934, 2 RB 121/35, ist die Erbhofeigenschaft festgestellt worden.

Zu der Folgezeit ist die Auerbenberechtigung des Guido K. zwischen den Beteiligten strittig geblieben. Nach einem von dem verstorbenen Albin K. mit seiner Ehefrau Helene 1928 errichteten gemeinschaftlichen Testament ist die genannte Ehefrau befreite Vorerbin; als Nacherben sind eingesetzt die Geschwister des Erblassers Albin K. Nach eingetretener Nacherbsfolge oder bei Wiederverheiratung der Witwe soll nach dem Testament Edwin F. das Recht haben, unter gewissen Voraussetzungen den Grundbesitz zu übernehmen, der Witwe aber das Recht zustehen, es schon zuvor an den Genannten zu übergeben; für den Fall, daß weder Edwin F. noch die unter bestimmten Voraussetzungen an seine Stelle tretende Margarete F. das Gut erhält, soll es der jüngste Sohn des Guido K. übernehmen dürfen. Gegenüber dem von Guido K. geltend gemachten Auerbenrecht haben die Witwe des Erblassers und der Enkel des Guido K., Edwin F., eingewandt, daß Guido K. nicht bauernfähig sei. Sie haben eine entsprechende Feststellung beim OVG beantragt. Ferner haben sie eine „nachträgliche Genehmigung des OVG gem. § 25 Ziff. 4 RGSt“ beantragt und ihren früheren Feststellungsantrag dahin erweitert, zu beschließen, daß Edwin F. Auerbe des Erbhofes des verstorbenen Albin K. sei. Guido K. hat selbst ebenfalls eine Entsch. über seine Bauernfähigkeit beantragt.

Es stehen sich, abgesehen von den Auffassungen der Verwandten, einerseits die Meinung des OVG und andererseits die Auffassung des RGSt, welcher der RBZ und der LBZ beigetreten sind, gegenüber. Daß Guido K. ein an sich verbiegender praktischer Landwirt gewesen sein mag, kann ohne weiteres angenommen werden. Auch wenn die von den Beschw. erhobenen Vorwürfe gegen seine in den Kriegs- und Nachkriegsjahren von 1914 bis 1921 geübte Wirtschaftsweise ganz oder zum Teil berechtigt sein sollten, kann man bei einem aus der Landwirtschaft stammenden Manne, dessen Vorfahren jahrhundertlang Bauern waren, der sein Anwesen bis zur Übergabe einwandfrei geleitet und alle möglichen Ehrenstellungen bekleidet hat, keinesfalls sagen, er sei auch schon früher technisch oder finanziell nicht wirtschaftsfähig gewesen. Es fragt sich allein, ob diese früheren Leistungen, wie der LBZ mit dem OVG annehmen will, unter allen Umständen dazu führen müssen, auch heute die Bauernfähigkeit des inzwischen 80 Jahre alt gewordenen Guido K. zu bejahen. Der Senat hat schon wiederholt entschieden, daß bei derartigen Präzedenzstreitigkeiten nicht der milde Maßstab anzulegen ist, wie bei der Prüfung der Bauernfähigkeit eines Eigentümers im Zusammenhang mit der erstmaligen Feststellung der Erbhofeigenschaft. Unter Anlegung des gebotenen strengeren Maßstabes kann aber ein Mann, der beim Tode des Bauern (Erblassers) 76 1/2 Jahre alt war, nicht als den Anforderungen gewachsen erachtet werden können, die die Bewirtschaftung eines 80 ha großen Hofes stellt, noch dazu unter ihm ganz fremden Wirtschaftsverhältnissen. Denn die Mitarbeit des Guido K. auf dem väterlichen Hofe 2 oder 3 Jahre nach der Schulentlassung und 3 Jahre nach der Militärzeit, also bis etwa 1884, fällt heute nicht mehr ins Gewicht. Guido K. ist auch nicht etwa auf dem väterlichen Hofe aufgewachsen, sondern bis zu seiner Konfirmation auf dem Hofe seiner Großeltern mütterlicherseits gewesen. Es kommt bei der Entscheidung der Frage der Bauernfähigkeit nicht so sehr darauf an, ob Guido K. nun etwas mehr oder weniger geistig rege und beweglich ist. Ausschlaggebend ist vielmehr, daß er in so hohem Alter steht, seit vielen Jahren, mindestens 16 Jahren, das Leben eines Rentners führt, der Wirtschaftsführung völlig entwöhnt ist, praktisch ja auch nach menschlichem Ermessen zu einer eigenen Bewirtschaftung niemals mehr gelangen würde. Denn der Besitz ist bis zum 1. Juni 1940 verpachtet; zu diesem Zeitpunkt würde Guido K. im 84. Lebensjahr stehen. Es ist vollkommen ausgeschlossen, daß er dann die Eigenbewirtschaftung des ihm fremden Hofes in die Hand nehmen könnte. Praktisch soll dem Landwirt Guido K. also nur der Pächterlös oder eine sonstige Versorgung aus dem Erbhofe zufallen. Es entspricht aber nicht dem Sinn und Zweck des RGSt, auf diesem Wege zu einer „Verbesserung und Verschönerung des Lebensabends“ zu gelangen. Nur um dies zu erreichen, soll die Bauernfähigkeit des hochbetagten Guido K. bejaht werden, obwohl unter seinen Abkömmlingen geeignete jüngere Kräfte, namentlich der von dem Erblasser als Hofnachfolger ausersehene Edwin F., vorhanden sind, gegen dessen Bauernfähigkeit keinerlei begründete Bedenken bestehen. Das OVG vertritt die Auffassung, daß es vom Standpunkt der Allgemeinheit aus wünschenswert sei, wenn der junge Bauer frühzeitig zur Selbständigkeit und zu eigener Verantwortung gelangt, weil er erst dann seine Kräfte ganz entfalten und entwickeln kann und weil er sonst gehindert wird, rechtzeitig zu heiraten und für gesunden Nach-

wuchs zu sorgen (REGG 2, 245 ff. = JW. 1936, 1848²⁰). Deshalb läßt es die Genehmigung der Hofübergabe unter erleichterlichen Voraussetzungen zu, deshalb bestimmt es auch, daß in der Regel eine vom Erblasser angeordnete Verwaltung und Nutzung nicht über das 25. Lebensjahr des Auerben hinaus angeordnet werden könne (§§ 26, 37 Abs. 3 REG; § 13 der 2. Durchf. V. D.; § 11 ESNB). Dieser Zielrichtung des REG würde es widersprechen, die Bauernfähigkeit eines so hochbetagten Mannes zu bejahen, mit der Wirkung, daß damit seine geeigneten Abkömmlinge von der Auerbenfolge ausgeschlossen werden.

Der Senat gelangt nach alledem in Übereinstimmung mit dem REG zur Verneinung der Bauernfähigkeit des Landwirts Guido K. Damit werden naturgemäß in keiner Weise die Person und die früheren Verdienste des K. herabgesetzt. Die Verneinung der Bauernfähigkeit ist vielmehr allein eine Folge des sehr hohen Alters des Guido K. Während bei der erstmaligen Feststellung der Erbhofeigenschaft in der Übergangszeit nach dem Sinn und Zweck des REG hohes Alter regelmäßig kein Grund zur Verneinung der Bauernfähigkeit und damit der Erbhofeigenschaft ist, wird umgekehrt bei derartigen Präzedenzentscheidungen für die Regel ein so hohes Alter, wie es Guido K. erreicht hat, der Anlaß sein, die Bauernfähigkeit zu verneinen. Besondere Umstände, die hier ausnahmsweise die Anlegung eines milderen Maßstabes rechtfertigen würden, sind nicht hervorgetreten; im Gegenteil rechtfertigt sich angesichts der ganzen Sachlage und der Folgen der Entscheidung über die Bauernfähigkeit des Guido K. wie dargelegt die Anlegung eines schärferen Maßstabes.

(REGG, 1. Sen., Beschl. v. 25. Mai 1937, 1 RB 1845/35.)

*

** 59. §§ 15 Abs. 1 und 2, 18 REG; §§ 58, 73 ff. ESNB.

1. Soll in einem Verfahren zur Feststellung der Bauernfähigkeit lediglich für die Zeit nach dem 1. Okt. 1933 — also unabhängig von der Frage der Entstehung der Erbhofeigenschaft — eine Entsch. getroffen werden, so sind allein der KrVZ und der Eigentümer antragsberechtigt. Die Gläubiger sind in einem solchen Feststellungsverfahren nicht antragsberechtigt, mögen sie auch gehört worden und im einzelnen Rechtszug beteiligt gewesen sein.

2. Der VZ ist nicht nur berechtigt, an Stelle des KrVZ den Antrag nach § 18 REG anzubringen (REGG, Beschl. v. 9. Juni 1936, 2 RB 979/35), sondern auch befugt, den vom KrVZ erhobenen Feststellungsantrag zurückzunehmen. Dieses Recht muß dem VZ um so mehr zuerkannt werden, als ein Antrag nach § 18 REG für die Zeit nach dem 1. Okt. 1933 nur die Grundlage für die Einleitung eines — nach § 15 Abs. 2 und 3 REG allein vom VZ zu beantragenden — Abmeierungsverfahrens darstellen könnte.

3. Ein Feststellungsantrag gemäß § 18 REG kann an sich noch im dritten Rechtszug zurückgenommen werden (REGG, Beschl. v. 16. Dez. 1936, 1 RB 368/35); das Verfahren wird jedoch nur gegenstandslos, wenn alle Antragsteller — auch der Eigentümer, der gegen die Verneinung der Bauernfähigkeit Beschw. eingelegt hat, gilt als Antragsteller — den Antrag zurückgenommen haben.

Eigentümer des Anwesens Haus Nr. 55 in P. ist jetzt der 31 Jahre alte Beschw. Max K. Der Besitz hat eine Größe von 12,445 ha, davon rund 23 Tagwerk Ader, 10 Tagwerk Wiesen und 4 Tagwerk Wald. Der Einheitswert beträgt für den 1. Jan. 1931 10 500 RM und für den 1. Jan. 1935 10 000 RM. Das Anwesen ist außer mit einem Austrag für die Mutter des Eigentümers, Witwe K., seit der Übernahme des damals schuldenfreien Besitzes durch Max K. am 12. Jan. 1931 zugunsten seiner vier Geschwister mit hypothekarisch gesicherten „Erbgutsforderungen“ von je 3000 GM., verzinslich zu 5%, und einem Gutsabstandsgeld für die Witwe K. von 2000 GM. belastet. Das Anwesen ist in das gerichtliche Verzeichnis der für die Eintragung in die Erbhöferolle vorgelegenen Besitzungen aufgenommen worden.

Im Mai 1934 hat der Eigentümer den Antrag auf Eröffnung des Entschuldungsverfahrens gestellt. Diesem Antrag ist durch Beschl. v. 22. Aug. 1934 entsprochen worden. In dem Entschuldungsverfahren hat die Witwe Theresie K. sich über schlechte Behandlung und Nichtleitung der Austragsrechnisse durch ihren Sohn beklagt. Das AG. hat hieraus Veranlassung genommen, beim KrVZ anzufragen, ob eine Entsch. über die Bauernfähigkeit des Eigentümers herbeigeführt werden solle.

Am 18. Dez. 1934 hat der KrVZ beim REG Entsch. über die Bauernfähigkeit des Max K. beantragt.

Das REG hat am 21. Febr. 1935 entschieden, daß Max K. nicht bauernfähig sei. Im Hinblick auf das Ergebnis einer Hofbesichtigung durch einen Auerbenrichter ist die Wirtschaftsfähigkeit des Max K., der auch als fleißiger Mann

geschiltbert worden ist, bejaht worden. Das REG hat dagegen seine Ehrbarkeit verneint, da er seinen Verpflichtungen gegenüber seiner Mutter und seinen Geschwistern nicht in zumutbarem Maße nachgekommen sei. Es hat die im Übergabevertrag übernommenen Lasten zwar für in vollem Umfang unerfüllbar angesehen, dem Eigentümer jedoch zur Last gelegt, daß er seit 1931 keine erheblichen Einlagen an seine Geschwister gezahlt, vielmehr von seiner Schwester Theresie 570 RM Darlehn aufgenommen, auch dieses aber weder verzinst noch zurückgezahlt habe. Schließlich hat das REG das Verhalten des Eigentümers gegen seine Mutter berücksichtigt: Max K. habe im April 1934 seine Mutter, als sie beim Besuch eines Volksfestes die Nacht über ausgeblieben sei, in ganz ungehöriger Weise beschimpft, so daß sie das Anwesen verlassen habe. Entgegen den Übergabevertragsvereinbarungen habe er in der Folgezeit den Naturalaustrag der Mutter nicht geliefert, auch kein Bargeld geleistet, obwohl sie nur 40 RM monatliche Kriegszinsen bezogen habe und die Bewilligung einer Zusatzrente habe nachsuchen müssen. Ohne Rücksicht darauf, ob die Mutter auch einen Teil Schuld an dem Zerwürfnis trüge, hätte Max K. ihr jedenfalls das ihr Zustehende zukommen lassen müssen. Da die schwerwiegende Pflichtverletzung erst in das Jahr 1934 falle, sei die Ehrbarkeit und damit die Bauernfähigkeit des Eigentümers für den Zeitpunkt des Inkrafttretens des REG noch zu bejahen.

Auf die sofortige Beschw. des Eigentümers hat auch das REG die Ehrbarkeit verneint. Es hat ausgeführt: Auf Grund der glaubwürdigen Angaben der Mutter und der Geschwister stehe fest, daß Max K. sich ihnen gegenüber wiederholt sehr grob benommen habe, die Mutter häufig bedroht und sogar geäußert habe, er werde ihr noch „die Luft auslassen“. Er habe sich ihr gegenüber eines gemeinen Ausdrucks bedient und über sie Schimpfnamen wie Hure und anderes mehr gebraucht. Die Geschwister hätten das Anwesen verlassen, weil Max sie direkt „ansgehaut“ habe. Die Mutter getraue sich nicht mehr, in das Anwesen zurückzukehren, da sie ihres Lebens nicht mehr sicher sei. Sie habe seit ihrem Weggange bis zum 14. Jan. 1935 keinerlei Lebensmittel oder Geld erhalten. In dem rohen Verhalten des Max K. gegenüber Mutter und Geschwistern und in der Nichterfüllung der Verbindlichkeiten, von denen er angesichts der Erträge des Hofes bei gutem Willen wenigstens die Leihgebingsverpflichtungen hätte erfüllen können, liege ein grober Verstoß gegen die bauerliche Standesehre, der die Verneinung der Bauernfähigkeit rechtfertige.

Gegen diesen Beschluß haben der VZ und der Eigentümer sofortige weitere Beschw. eingelegt.

Der Eigentümer erkennt nunmehr an, vielleicht nicht alles getan zu haben, was ihn bei Erfüllung seiner Verpflichtungen zumuten gewesen wäre; er will nunmehr durch die beiden Vorbeschlüsse darüber belehrt worden sein, daß er sich in dieser Hinsicht erheblich zu bessern habe.

Der VZ ist der Auffassung, daß bei dem noch jugendlichen Eigentümer für eine hartnäckige und böswillige Zahlungsverweigerung keine genügenden Anhaltspunkte vorlägen, daß das eigene Verhalten der Mutter und der Geschwister, die auf ihrem Recht aus dem Hof überlastenden Übergabevertrag unmachbar bestanden hätten, mit zur Trübung des verwandtschaftlichen Verhältnisses beigetragen habe und das Verhalten des Max K. verständlicher erscheinen lasse, so daß es nicht zur Verneinung seiner Ehrbarkeit führen müsse, zumal er jetzt bemüht sei, seinen Verpflichtungen nachzukommen. Ähnliches gelte von den gefallenen Äußerungen und dem gehässigen Verhalten der Familienmitglieder untereinander, da solche Beleidigungen zwar fast immer geeignet seien, eine Minderung der Bauernehre herbeizuführen, aber nicht ihren völligen Verlust zur Folge haben könnten. Nach Meinung des VZ besteht begründete Aussicht, daß der Eigentümer seinen Schuldverpflichtungen sowie seinen Berufs- und Ehrenpflichten in Zukunft nachkommen werde.

Die Witwe Theresie K. beantragt die Zurückweisung der sofortigen weiteren Beschw. ihres Sohnes Max.

Am 24. April 1937 ist bei dem VZ angefragt worden, ob von seiner Seite auf einer Entsch. über die Bauernfähigkeit des Eigentümers im Sinne des vom KrVZ gestellten Antrags bestanden werde, obwohl diese Feststellung nur als Grundlage für ein etwa in die Wege zu leitendes Abmeierungsverfahren gedacht werden könnte, augenscheinlich aber der VZ nicht die Absicht habe, einen Antrag auf Abmeierung des Max K. gemäß § 15 Abs. 2 REG zu stellen. Daraufhin hat der VZ durch Schriftsatz vom 10. Juni 1937 den vom KrVZ am 18. Dez. 1934 gestellten Antrag auf Entsch. über die Bauernfähigkeit des Max K. zurückgezogen. Letzterer hat sich mit der Zurücknahme des Feststellungsantrages einverstanden erklärt und auf (sachliche) Entsch. verzichtet, sofern das Verfahren für gegenstandslos erklärt werde.

Die sofortigen weiteren Beschw. sind form- und fristgerecht sowie auf Grund gegebenen Beschwerderechts eingelegt. Ob der

Zulässigkeit der sofortigen weiteren Beschw. des Eigentümers angeht, der übereinstimmenden Vorentscheidungen § 49 Abs. 4 RBG entgegenstehen würde, kann auf sich beruhen bleiben; denn insoweit der durch die Zurücknahme des Feststellungsantrages veränderten Sachlage ist das Rechtsmittel jedenfalls nach § 24 Abs. 2 EGVfD zuzulassen. Die sofortigen weiteren Beschw. müssen zur Aufhebung beider Vorentscheidungen und zur Erledigungserklärung des gesamten Verfahrens führen.

Es handelt sich lediglich um ein Verfahren gemäß § 18 RBG betreffend die Feststellung der Bauernfähigkeit des Eigentümers Max K. für die Zeit nach dem 1. Okt. 1933, also unabhängig von der Frage der Entstehung der Erbhofeigenschaft des ihm gehörigen Anwesens. Für dieses Verfahren war allein der Eigentümer und der KrBf antragsberechtigt. Die im Verfahren gehörten und auch im dritten Rechtszuge beteiligten Gläubiger sind, wie der Senat in dem Beschl. v. 16. Dez. 1936, 1 RB 1130/35: RdM. 1937, 330 entschieden und im einzelnen dargelegt hat, in einem solchen Feststellungsverfahren nicht antragsberechtigt. Der vom KrBf gestellte Feststellungsantrag ist nun vom WBZ zurückgenommen worden. Daß der WBZ befugt ist, einen vom KrBf gemäß § 18 RBG gestellten Feststellungsantrag rechtswirksam zurückzunehmen, folgt aus seiner Stellung im Aufbau des Reichsnährstandes. Es gelten hier die gleichen Erwägungen, wie bei der Frage, ob der WBZ befugt ist, an Stelle des KrBf einen Feststellungsantrag zu stellen, obschon das Antragsrecht gesetzlich nur dem KrBf zuerkannt ist; auch diese Frage ist vom REGH im Hinblick auf die Stellung des WBZ gegenüber dem KrBf bejaht worden, da im Verwaltungsrecht allgemein die Befugnis der übergeordneten Behörde bestehe, Angelegenheiten nachgeordneter Behörden an sich zu ziehen und zu erledigen, es aber nicht zweifelhaft sein könne, daß ein solches Überordnungsverhältnis bestehe, und daß die Organe des Reichsnährstandes im Verfahren vor den Anerbenbehörden behördliche Funktionen ausüben (REGH, 2. Sen., Beschl. v. 9. Juni 1936, 2 RB 979/35). Diese Befugnis ist ferner daraus zu entnehmen, daß ebenso wie der WBZ den Anweisungen des RBZ, der KrBf den Anordnungen des WBZ unterworfen ist (vgl. Reichsle-Saure, „Der Reichsnährstand“, 2. Aufl., S. 73; vgl. auch Beschl. des 2. Sen. vom 27. Mai 1937, 2 RB 1741/35: RdM. 1937, 599 = JW. 1937, 2583¹⁰). Die Befugnis des WBZ, einen Feststellungsantrag des KrBf gemäß § 18 RBG zurückzunehmen, muß um so mehr anerkannt werden, als dieser Antrag nur die Grundlage für ein etwa einzuleitendes Abmeierungsverfahren (bzw. jetzt ein Verfahren nach §§ 73 ff. EGVfD) sein könnte, die Entsch. darüber, ob die Abmeierung oder eine andere ähnliche Maßnahme beantragt werden sollte, aber allein dem WBZ zusteht. Daß ein Feststellungsantrag gemäß § 18 RBG auch nach Erlaß gerichtlicher Entsch. über diesen Antrag, und zwar auch noch im dritten Rechtszuge, zurückgenommen werden kann, hat der Senat in dem Beschl. v. 16. Dez. 1936, 1 RB 368/35 im einzelnen dargelegt. Zwecks Vermeidung von Wiederholungen wird auf die Begründung dieses Beschlusses Bezug genommen. Grundsätzlich kann die Zurücknahme des Antrages mit der Wirkung der Erledigung des ganzen Verfahrens indessen nur für zulässig erachtet werden, wenn alle Antragsberechtigten, die einen Antrag gestellt haben, diesen zurückgenommen haben. Als Antragsteller in diesem Sinne muß auch der Eigentümer angesehen werden, der gegen die Verneinung seiner Bauernfähigkeit sofortige erste und nunmehr weitere Beschwerde eingelegt hat, da auf seinen (Beschwerde-) Antrag über seine Bauernfähigkeit entschieden werden soll, wenn auch im gegenteiligen Sinne. Häufig wird dem Eigentümer nicht damit gedient sein, daß mit Rücksicht auf die Zurücknahme des Antrages des ursprünglichen alleinigen Antragstellers die die Bauernfähigkeit aussprechenden gerichtlichen Entsch. aufgehoben werden und ohne Sachprüfung das ganze Verfahren für erledigt erklärt wird; er kann ein wesentliches Interesse daran haben, daß die Vorentscheidungen durch Sachentscheidung aufgehoben werden und seine Bauernfähigkeit ausdrücklich bestätigt wird, wobei er dann freilich Gefahr läuft, daß unter Umständen die Entsch. der letzten Instanz im entgegengekehrten Sinne ergeht, also die die Bauernfähigkeit verneinenden Vorbeschlüsse bestätigt werden (vgl. Beschl. v. 16. Dez. 1936, 1 RB 368/35). Hier hat der Eigentümer aber ausdrücklich auf eine Sachentscheidung verzichtet und sich mit der Zurücknahme des Feststellungsantrages des KrBf einverstanden erklärt. Daß öffentliche Belange der Aufhebung der die Bauernfähigkeit verneinenden Entsch. und der Erledigungserklärung nicht entgegenstehen, hat der Senat in dem angeführten Beschl. bereits dargelegt, und zwar im wesentlichen unter Hinweis darauf, daß die Bauernführer als diejenigen Organe geschaffen seien, die die öffentlichen Belange und die Belange des Bauernstandes zu wahren hätten und denen die Pflicht obliege, in Fällen, in denen die öffentlichen und Standesbelange eine Entsch. über die Bauernfähigkeit verlangten, diese auch herbeizuführen. Wenn also die Or-

gane des Reichsnährstandes von dem ihnen gegebenen Antragsrecht keinen Gebrauch machen oder einen gestellten Antrag auf Feststellung zurücknehmen, kann und muß davon ausgegangen werden, daß diese Ausübung der Rechte den öffentlichen Belangen entspricht. Auch hier ist in Betracht zu ziehen, daß die Abkennung der Bauernfähigkeit für die Zeit nach dem Inkrafttreten des RBG nur als Grundlage für ein etwa einzuleitendes Abmeierungsverfahren (jetzt auch ein Verfahren gemäß §§ 73 ff. EGVfD) dienen könnte, daß aber entsprechende Anträge zu stellen allein der WBZ befugt ist, dem damit vom Gesetzgeber die entscheidende Rolle in diesen Verfahren zuerkannt worden ist. Die Zulässigkeit der Zurücknahme des Antrages auf Entsch. über die Bauernfähigkeit gemäß § 18 RBG wird durch § 58 EGVfD nicht berührt; diese Gesetzesbestimmung erklärt nur die Zurücknahme eines Antrages auf Entsch. über die Erbhofeigenschaft, nachdem über ihn eine sachliche Entsch. ergangen ist, für ausgeschlossen, bezieht sich aber nicht auch auf Feststellungsanträge aus § 18 RBG, die — unabhängig von der Frage der Erbhofeigenschaft — lediglich die Bauernfähigkeit des Eigentümers betreffen (vgl. Vogels, 4. Aufl., Anm. 8 zu § 18, S. 311).

Nachdem also dem ganzen Verfahren durch die unter Zustimmung des Eigentümers erfolgte Zurücknahme des Feststellungsantrages die Grundlage entzogen worden ist, war, wie gesehen, ohne sachliche Prüfung zu entscheiden. Es sei aber darauf hingewiesen, daß der Eigentümer, wenn er in Zukunft die Erwartung des WBZ, daß er seinen sozialen Verpflichtungen, seinen Berufs- und Grenzpflichten und seinen Schuldbelastungen als verantwortungsbewußter Bauer ordnungsgemäß nachkommen wird, enttäuschen und das vorl. Verfahren nicht als ernste Mahnung ansehen sollte, auf dem bisherigen Wege nicht fortzuschreiten, mit Bestimmtheit ein anerbengerichtliches Eingreifen, letzten Endes die Abmeierung gemäß § 15 Abs. 2 RBG zu erwarten haben wird.

(REGH, 1. Sen., Beschl. v. 18. Aug. 1937, 1 RB 1391/35.)

*

60. §§ 18, 49 RBG; §§ 11, 12 EGVfD.

Der Einfluß des Todes eines Beteiligten auf den Fortgang des Verfahrens vor Anerbenbehörden muß aus der Art und Natur des jeweiligen Verfahrens unter Berücksichtigung des Zweckes und der Ziele des RBG entnommen werden.

Steht die Erbhofeigenschaft eines Grundstückes fest, so findet ein Verfahren nach § 18 RBG (betr. die Feststellung der Bauernfähigkeit) durch den Tod des Beschwz., dessen Bauernfähigkeit festgestellt werden soll, seine Erledigung. Allerdings hat der Rechtsnachfolger des Verstorbenen, der ein Interesse an der beantragten Feststellung hat, das Recht, die Fortführung des Verfahrens zu betreiben.

Der am 27. Juni 1927 verstorbene Gemeindevorsteher H. B. war Eigentümer eines im Grundbuch von Klein-B. eingetragenen Grundbesitzes in der Größe von etwa 30 ha. Er hatte keine Kinder und in einem Testamente v. 12. April 1927 seine Ehefrau Luise geb. S. als besreite Vorerbin und seine einzige Schwester Frau Frieda St. geb. B. als Nacherbin eingesetzt. Die Witwe B. hat nachträglich eine zweite Ehe mit dem Schmiedemeister W. geschlossen und ist am 18. Nov. 1934 gestorben. Die Nacherbin Frau St. hat am 26. Nov. 1934 die Erbschaft in öffentlich beglaubigter Form ausgeschlagen. Ihr ältester Sohn, der Bäckermeister Georg St. in S. (geboren 1899), der auch Eigentümer einer 2,62 ha großen, mit Hypotheken von rund 9000 RM belasteten Landwirtschaft ist, hat nunmehr als nächstberufener gesetzlicher Anerbe seine Rechte auf den in der Erbhöferolle eingetragenen Bischen Erbhof geltend gemacht und — da der KrBf seine Bauernfähigkeit bezweifelte — beim REGH N. beantragt festzustellen, daß er bauernfähig sei. Aus seiner am 10. Jan. 1928 geschlossenen Ehe sind zwei Söhne hervorgegangen (Klaus Georg St., geboren 20. Juni 1928 und Karl Heinz St., geboren 29. Jan. 1930).

Das REGH hat mit Beschl. v. 21. Aug. 1935 festgestellt, daß St. bauernfähig ist.

Die von dem KrBf gegen den Beschl. des REGH eingelegte sofortige Beschw. hatte Erfolg. Das REGH hat den Beschl. des REGH abgeändert und festgestellt, daß Georg St. nicht bauernfähig ist.

Gegen den Beschl. des REGH hat Georg St. durch seine Vertreter am 7. Febr. 1936 sofortige weitere Beschw. eingelegt.

Der Beschwz. ist in der Nacht v. 23./24. Juni 1936 durch Freitod aus dem Leben geschieden. Seine Vertreter teilten dies dem Gerichte mit dem Zusatz mit, daß damit das Verfahren seine Erledigung gefunden haben dürfte. Auf die Frage, ob die weitere Beschw. zurückgenommen werde oder für welche Anerben etwa das Beschwerdeverfahren mit dem Ziele der Feststellung der Bauern-

fähigkeit des Verstorbenen aufgenommen werden solle, haben die Vertreter des Verstorbenen erklärt, daß sie nicht in der Lage seien, die Beschw. zurückzunehmen und auch bisher keinen Auftrag erhalten hätten, für die Erben irgendwelche verbindliche Erklärungen abzugeben; der Verstorbene habe ein Testament hinterlassen, nach dem sein ältester Sohn Klaus Georg den Hof, sein zweiter Sohn die Grundstücke in H., sämtliches Inventar und die Pacht von B. erhalten solle. Als „Verwalterin“ sei seine Mutter und nach deren Tod seine geschiedene Ehefrau eingesetzt; die Erben sollten die Erbschaft auch schon angetreten haben; eine Vollmacht der Erben hätten sie (die Vertreter) nicht und würden sie wahrscheinlich auch nicht erhalten. — Der VZ hat um beschleunigte Erledigung des Verfahrens. — Frau Marie St. gab als gesetzliche Vertreterin ihrer beiden Kinder für diese die Erklärung ab, daß sie an der Durchführung des Beschwerdeverfahrens beim KESG kein Interesse habe, nachdem St. gestorben sei. Sie beantragte, das Verfahren einzustellen und ihr zu bestätigen, daß die Entsch. des KESG rechtskräftig geworden sei.

Die sofortige weitere Beschw. ist innerhalb der gesetzlichen Frist und in vorgeschriebener Form eingelegt.

Vor einer Würdigung des sachlichen Beschwerdebringens ist die Frage zu prüfen, welchen Einfluß der Tod des Antragstellers und Beschw. auf den Fortgang oder die Erledigung des Verfahrens ausübt. Die Vorschriften der ZPO., wonach im Falle des Todes einer „Partei“ das Verfahren bis zur Aufnahme durch die Rechtsnachfolger unterbrochen wird (§ 239 ZPO.) und wonach in Falle der Vertretung des Verstorbenen durch einen Rechtsanwalt eine Unterbrechung des Verfahrens nicht eintritt (§ 246 ZPO.), sind in dem Verfahren vor den Anerbenbehörden nicht anwendbar. Das anerbenbehördliche Verfahren ist dem Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit nach Art und Natur der zu fallenden Entsch. verwandt und diesem Verfahren auch nachgebildet. § 11 GSBfD (früher § 11 DV I) schreibt vor, soweit nicht im KESG oder in den zu seiner Durchführung ergangenen Vorschriften etwas anderes bestimmt ist, auf das Verfahren vor den Anerbenbehörden die Vorschriften des NZGG. sinngemäß Anwendung finden. Das KESG und seine DV enthalten über den Einfluß des Todes eines am anerbengerichtlichen Verfahren Beteiligten auf dieses Verfahren keine Bestimmungen. Aber auch in dem NZGG. sind ausdrückliche Vorschriften hierüber nicht enthalten. Es muß deshalb aus der Art und Natur des jeweiligen Verfahrens unter Berücksichtigung des Zweckes und der Ziele des Gesetzes entnommen werden, welchen Einfluß der Tod eines Beteiligten auf den Fortgang des Verfahrens ausübt. Da die im KESG geregelten und vor den Anerbenbehörden zu entscheidenden Angelegenheiten nicht wesensgleich sind, ist die Frage nach der Einwirkung des Todes auf die anhängige Sache in den verschiedenen Verfahren aus den mannigfachen Gesichtspunkten verschieden zu beantworten.

Jedenfalls hat der Tod eines Beteiligten — ebenso wie in der freiwilligen Gerichtsbarkeit — nicht ohne weiteres die Beendigung eines Verfahrens zur Folge (vgl. Schlegelberger, „NZGG.“ Bem. 32 zu § 12; Entsch. des RG. v. 29. Sept. 1911, veröffentlicht im NZG. 41 [22], 8 ff.). Alle anerbenbehördlichen Verfahren werden, wenn sie einmal auf Antrag eines Beteiligten eingeleitet sind, von Amts wegen betrieben. Ebenso wie in der freiwilligen Gerichtsbarkeit (§ 12 NZGG.) hat das Gericht in anerbenbehördlichen Verfahren „von Amts wegen die zur Feststellung der Tatsachen erforderlichen Ermittlungen anzustellen und die geeignet erscheinenden Beweise aufzunehmen“ (§ 12 Abs. 1 GSBfD, früher § 12 Abs. 1 DV I). Diese gesetzliche Bestimmung ist hauptsächlich durch das öffentliche Interesse an der Durchführung der Verfahren veranlaßt worden. Das öffentliche Interesse an einer erstrebten Entsch. könnte auch die Durchführung des Verfahrens gebieten, wenn der Antragsteller oder der Hauptbeteiligte während des Verfahrens verstorben ist.

Für das Genehmigungsverfahren nach § 37 KESG hat das KESG bereits in einer Reihe von Entsch. (KESG 2, 144 = JW. 1936, 1059¹³; KESG 2, 236 = JW. 1936, 1850²⁰; KESG 2, 312 = JW. 1936, 2328²⁵; KESG 3, 71 = JW. 1936, 2722²⁴) ausgesprochen, daß dieses Verfahren durch den Eintritt des Todes eines Hofübergabers nicht gegenstandslos wird, sondern seinen Fortgang nimmt. Der Anerbe ist an den abgeschlossenen Hofübergabevertrag des Erblassers gebunden. Über den genehmigten Antrag ist trotz des eingetretenen Todes des Hofeigentümers auch sachlich zu entscheiden, es sei denn, daß der im Vertrag vorgesehene Übernehmer des Hofes selbst der Anerbe ist und mit dem Tode die Anerbenfolge eingetreten ist.

Anderes geartet wie das Genehmigungsverfahren sind die Verfahren wegen Feststellung der Erbhofeigenschaft nach § 10 KESG und wegen Feststellung der Bauernfähigkeit nach § 18 des Gesetzes. Während es sich bei der Hofnachfolge

mehr um eine persönliche oder Sippenangelegenheit handelt, dient das Feststellungsverfahren nach § 10 KESG und auch das Verfahren wegen Feststellung der Bauernfähigkeit nach § 18 des Gesetzes, sofern die Erbhofeigenschaft von der Feststellung der Bauernfähigkeit abhängt, der Erfüllung öffentlicher Belange und der Durchführung des KESG bei der Gewinnung oder Ausschaltung von Grundbesitzungen als Erbhof. Die GSBfD enthält in § 58 eine Bestimmung, in der die Durchführung eines Verfahrens nach § 10 KESG wegen Feststellung der Erbhofeigenschaft mit Rücksicht auf das öffentliche Interesse an der Durchführung des Verfahrens ausdrücklich von dem Willen des Antragstellers unabhängig gestellt wird: „Ein Antrag auf Entsch. über die Erbhofeigenschaft kann, nachdem über ihn eine sachliche Entsch. ergangen ist, nicht mehr zurückgenommen werden.“

Die gleichen Erwägungen, die den Gesetzgeber zum Erlaß dieser Bestimmung veranlaßt haben, würden — in einem solchen Verfahren wegen Feststellung der Erbhofeigenschaft oder wegen Feststellung der Bauernfähigkeit (wenn die Erbhofeigenschaft von der Entsch. über die Bauernfähigkeit abhängt) — auch für den Fall des Todes des Antragstellers oder Hofeigentümers den Fortgang des Verfahrens und den Erlaß einer sachlichen Entsch. nahelegen. Denn das öffentliche Interesse an der Entsch. der Frage, ob ein Erbhof vorliegt oder nicht vorliegt, besteht auch im Falle des Todes des Antragstellers und Eigentümers fort. Wenn der verstorbene Antragsteller oder der verstorbene Hofeigentümer nicht zugleich Beschw. ist, ist die Frage der Fortsetzung des von dem Beschw. fortbetriebenen Verfahrens fraglos zu bejahen. Die strittige Frage der Erbhofeigenschaft würde andernfalls ungelöst bleiben oder sie müßte u. U. in einem neuen Verfahren gelöst werden.

Ob ein solches Verfahren auch für den Fall des Todes des Beschw. fortzusetzen und zur sachlichen Entsch. zu führen ist, kann hier dahingestellt bleiben.

Denn im vorl. Falle handelt es sich um ein Verfahren nach § 18 KESG (betr. die Feststellung der Bauernfähigkeit), bei dem aber die Erbhofeigenschaft des in Frage stehenden Grundstückes schon feststeht und nicht etwa von der Feststellung der Bauernfähigkeit abhängt. Das öffentliche Interesse an einer sachlichen Entsch. tritt hier zurück. Dieses Verfahren wurde durch Antragstellung des verstorbenen Georg St. auch nur zur Wahrung seiner persönlichen Belange veranlaßt. Er machte geltend, daß er der Anerbe sei und Eigentümer dieses Erbhofes geworden sei und nicht etwa eine andere Person hierfür in Frage komme.

Auch die sachliche Entsch. würde in ihrer Wirkung über den Interessentkreis des Antragstellers und seiner Sippenangehörigen kaum hinausreichen. Die Erwägungen, die zum Erlaß des § 58 GSBfD geführt haben, treffen demnach hier nicht zu. Vielmehr ist im vorl. Fall mit dem Tode des Antragstellers an und für sich der Gegenstand des anerbenbehördlichen Verfahrens — die Feststellung der Bauernfähigkeit des Verstorbenen — erledigt.

Inbesondere fehlt es aber an der Möglichkeit der Fortsetzung des Verfahrens und des Erlasses einer sachlichen Entsch. deshalb, weil kein Beschw. mehr vorhanden ist, der das Verfahren betreibt. Georg St. hat durch die Beschwerdelegung die Rechtskraft der Entsch. des KESG verhindert. Er ist aber nun nicht mehr in der Lage, das Verfahren fortzusetzen, die zugunsten seiner Bauernfähigkeit sprechenden Gesichtspunkte geltend zu machen und die Entsch. i. S. seines Antrages zu beeinflussen. Wenn das anerbenbehördliche Verfahren auch von Amts wegen betrieben wird (vgl. die obigen Ausführungen und § 12 Abs. 1 GSBfD), so widerspricht es doch allgemeinem Rechts- und Verfahrensgrundsätzen, ein Verfahren, das auf Antrag des Hauptbeteiligten und des von der Entsch. in erster Linie Betroffenen eingeleitet und durch weitere Beschw. desselben in die Rechtsmittelinstanz gebracht wurde, ohne diesen Beteiligten weiter zu führen und zu entscheiden (vgl. § 12 Abs. 2 GSBfD und die zu dieser Bestimmung und zu § 49 Abs. 4 KESG ergangenen Entsch. des KESG: KESG 2, 60 ff. = JW. 1936, 124²⁹).

Das Beschwerdeverfahren ist hiernach durch den Tod des Beschw. erledigt worden.

Allerdings muß in einem solchen Falle dem Rechtsnachfolger des Verstorbenen, der ein Interesse an der beantragten Feststellung hat, das Recht zugestanden werden, die Beschw. des Verstorbenen aufzunehmen, an dessen Stelle die Fortsetzung des Verfahrens zu betreiben und eine sachliche Entsch. herbeizuführen (vgl. KESG 2, 312, 323, 324 = JW. 1936, 2328²⁵; vgl. auch Schlegelberger a. a. D.). Hier hat nun aber die gesetzliche Vertreterin der beiden Kinder des Verstorbenen, insbes. auch des zum Hofnachfolger bestimmten Sohnes, ausdrücklich erklärt, die weitere Beschw. des Georg St. nicht aufzunehmen, und beantragt, das Verfahren einzustellen. Damit scheidet auch eine solche Möglichkeit des Fortbetriebes des Verfahrens aus. Der Fortgang dieses nur persönliche Be-

lange berührenden Verfahrens ohne Beteiligung der persönlich Betroffenen und ohne Vorhandensein eines anderen Beschw. und Antragstellers ist ausgeschlossen.

(RECHG, 1. Sen., Beschl. v. 18. Aug. 1937, 1 RB 260/36.)

*

** 61. §§ 20, 21 Abs. 3, 27 Abs. 2, 49 Abs. 4 RECHG; § 53 EGB; §§ 11, 14, 24, 25, 62 EGBfD.

1. Für die Anwendung des § 53 EGB reicht es nicht aus, daß der — verstorbene — Ehegatte den von der Sippe des — überlebenden — Ehegatten stammenden Hof durch Vereinbarung der allgemeinen Gütergemeinschaft erworben hatte. Unter der Gemeinschaft (z. B. Erbengemeinschaft), an der der verstorbene Ehegatte beteiligt war, kann nur eine Gemeinschaft seiner Sippe gemeint sein. An dieser Auslegung vermag der Umstand, daß der verstorbene Ehegatte aus seinem Vermögen die erheblichen Hofschulden getilgt und ein neues Hofgebäude errichtet hat, nichts zu ändern.

2. Gegen die Genehmigung der Hofübergabe an eine andere Person kann — wie durch § 62 EGBfD zur Beseitigung der früher in Schrifttum und Rspr. herrschenden Uneinheitlichkeit gesetzlich entschieden worden ist — nur der nächstberufene gesetzliche Auerbenberechtigte Beschw. einlegen.

3. Ist eine an sich unzulässige Beschw. vom EGH sachlich geprüft und als unbegründet zurückgewiesen worden, so ist der Beschw. zumindest wegen formeller Beschwer als zur weiteren Beschwerde befugt zu erachten.

Die Witwe Maria Sch. geb. S. ist Eigentümerin eines 33 Tagwerk großen Grundbesitzes. Sie hat diesen Besitz zusammen mit ihrem i. J. 1932 verstorbenen Ehemann Gustav Sch. durch Übergabevertrag v. 29. März 1898 mit ihren Eltern erworben. In dem Vertrage ist bestimmt, daß der Hof „an Maria S. und deren Bräutigam Gustav Sch. zu deren gemeinschaftlichen Besitz und Eigentum“ übergeben wird. Nach Angabe der Witwe Sch., die mit ihrem Ehemanne in dem Güterstand der allgemeinen Gütergemeinschaft gelebt hatte, hat der verstorbene Gustav Sch. die auf dem Hofe ruhenden Schulden in Höhe von 12000 RM aus seinem Vermögen getilgt und auch i. J. 1903 das Wohnhaus neu erbaut. Die Ehe der Eheleute Sch. ist kinderlos geblieben. An nächsten Verwandten sind folgende vorhanden:

1. Der Sohn Lorenz des verstorbenen Bruders des verstorbenen Ehemanns Sch., Andreas Sch. Lorenz Sch. ist im Schuhmacherhandwerk ausgebildet und auch in der Landwirtschaft tätig.

2. 3 Brüder der Witwe Sch.:

a) Ludwig S., der eine 12 Tagwerk große Landwirtschaft betreibt; dessen Sohn Helmut S. hilft in seinem Landwirtschaftsbetriebe mit und war auch schon als Dienstknecht in anderen landwirtschaftlichen Betrieben tätig;

b) Wilhelm S., von Beruf Straßenvärter;

c) Josef S., von Beruf Schreiner.

Die Witwe Maria Sch. will den Hof — nach ihrer Angabe auch entsprechend dem Willen ihres verstorbenen Ehemannes — dem erwählten Lorenz Sch., dem Neffen ihres Mannes, der schon seit dem Tode deselben den Hof bewirtschaftet hat und auch schon früher auf dem Hofe tätig war, übergeben.

Das RECHG hat die Hofübergabe genehmigt. Gegen diesen Beschluß hat Helmut S., der Sohn des Bruders Ludwig der Übergeberin, sofortige Beschwerde eingelegt und ausgeführt, der Hof stamme aus der Sippe der Familie S. und müsse deshalb an diese Sippe auch wieder zurückfallen.

Das EGH hat die sofortige Beschwerde des Helmut S. zurückgewiesen und zur Begründung der Entsch. ausgeführt, Helmut S. sei nach § 20 Ziff. 3 RECHG auerbenberechtigt und deshalb auch beschwerdeberechtigt, die Beschwerde sei aber nicht begründet. Der Hof sei allerdings von der Ehefrau in die Ehe eingebracht worden, der Hof sei aber mit Mitteln des Ehemanns aus der Verschuldung gerettet worden. Für die Übergabe des Hofes an Lorenz Sch. liege ein wichtiger Grund vor.

Helmut S. hat gegen den Beschluß des EGH sofortige weitere Beschwerde eingelegt und verschiedene Ausführungen des erbhofgerichtlichen Beschlusses als unrichtig bezeichnet. Der WBZ vermißt hinreichende Ermittlungen über die strittigen Punkte.

Die sofortige weitere Beschwerde ist form- und fristgerecht eingelegt. Helmut S. ist beschwerdeberechtigt — mindestens zufolge formeller Beschwer —, da das EGH seine sofortige Beschwerde sachlich geprüft und als unbegründet zurückgewiesen hat (§ 11 EGBfD, § 20 RECHG.).

RECHG und EGH haben inhaltlich gleiche Entsch. erlassen.

Insofern würde ein neuer selbständiger Beschwerdebegrund (§ 49 Abs. 4 RECHG) nicht gegeben sein. Nach ständiger Rspr. liegt aber trotz der beiden gleichlautenden Entsch. auch dann ein neuer selbständiger Beschwerdebegrund vor, wenn das Verfahren des EGH an einem für die Entsch. ursächlichen Mangel leidet. Der WBZ beanstandete die bisher gepflogenen Erhebungen als unzureichend. Die Ermittlungen lassen tatsächlich eine erschöpfende Klärung vermissen, auch in der Richtung, ob Helmut S. überhaupt beschwerdeberechtigt war.

Da die Hofeigentümerin keine Kinder und keine Eltern mehr hat, ist der nächstberechtigte Auerbe einer ihrer Brüder (§ 20 RECHG). Welcher von den 3 Brüdern der nächstberufene Auerbe ist, hängt davon ab, ob in dortiger Gegend Ältesten- oder Jüngstenrecht Brauch ist (vgl. § 21 Abs. 3 RECHG), und ob die beiden Brüder Wilhelm und Josef S. etwa wegen ihrer anderen Berufstätigkeit nicht bauernfähig sind. Jedenfalls verbliebe auch bei Annahme der Bauernunfähigkeit dieser beiden Brüder als nächster Auerbe immer noch der Bruder Ludwig S., der selbst eine kleine Landwirtschaft betreibt und gegen dessen Bauernfähigkeit bisher keine wesentlichen Bedenken geltend gemacht worden sind. Ein rechtsgültiger Verzicht seinerseits zugunsten seines Sohnes liegt nicht vor. Helmut S. würde nach § 20 Ziff. 3 RECHG also erst im Falle des Todes seines Vaters an dessen Stelle treten.

Nach § 62 EGBfD kann nur „der nächstberufene gesetzliche Auerbenberechtigte“ gegen die auerbenrechtliche Genehmigung der Hofübergabe an eine andere Person Beschwerde einlegen. Die EGBfD will mit der Bestimmung des § 62 in der Hauptsache den schon zuvor bestandenen, bis dahin in Rspr. und Schrifttum allerdings verschieden beurteilten Rechtszustand gesetzlich festlegen. Helmut S. wäre aber, wie ausgeführt, im vorl. Falle voraussichtlich nicht der nächstberufene Auerbe i. S. des § 62 EGBfD. über Alter und Bauernfähigkeit der 3 Brüder der Witwe Sch. und darüber, wer von ihnen als nächstberufener Auerbe in Frage käme, fehlen bisher jegliche Ermittlungen. Ist der Vater Ludwig S. bauernfähig, dann ist sein Sohn Helmut nicht beschwerdeberechtigt. Seine sofortige Beschwerde müßte in diesem Falle ohne Sachprüfung als unzulässig verworfen werden.

Aber auch dann, wenn seine Beschwerdeberechtigung gegeben wäre, wären unter Berücksichtigung des Vorbringens beider Teile noch Erhebungen zu pflegen, die die Berechtigung der Bevorzugung des Lorenz Sch. gegenüber dem Beschw. und das Vorliegen eines wichtigen Grundes für die Übergehung des letzteren klarstellen.

Die Übergabe des Hofes an Lorenz S. bedeutet nach der Sach- und Rechtslage eine Veräußerung i. S. des § 37 Abs. 2 RECHG. Zur auerbengerichtlichen Genehmigung dieser Veräußerung muß ein wichtiger Grund vorliegen. — § 53 EGB — an dessen Anwendung hier gedacht werden könnte — enthält Bestimmungen darüber, daß ein Hof, falls er von der Seite des verstorbenen Ehemannes stammt, auch an den nächsten Auerben des Ehemannes übergeben werden kann. Wer hier kommt der Hof von der Sippe der Ehefrau. Die Bestimmung des § 53 EGB läßt sich auch nicht etwa dahin auslegen, daß die Ehefrau Sch. im vorl. Falle den Hof „von einer Gemeinschaft, an der ihr Ehegatte beteiligt war“ (nämlich der allgemeinen Gütergemeinschaft der Eheleute) mit dem Tode des Ehemanns zu Alleineigentum „erworben“ hätte (i. S. des § 53 EGB). Denn in § 53 kann bei Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte dieser Vorschrift (vgl. § 12 DB II) unter einer Gemeinschaft, an der der verstorbene Ehegatte beteiligt war, nur eine Gemeinschaft seiner Sippe gemeint sein, worauf auch das in § 53 angeführte Beispiel („z. B. einer Erbengemeinschaft“) hindeutet (vgl. RECHG 3, 112 ff. = JW. 1936, 2730²¹).

An dieser Auslegung des § 53 EGB ändert auch nichts der Umstand, daß der verstorbene Ehemann nach Angabe seiner Witwe die erheblichen Schulden des Hofes aus eigenem Vermögen beseitigt und aus eigenen Mitteln auch ein neues Hofgebäude errichtet hat (vgl. die Entsch. des Sen. v. 15. Okt. 1936 in der Sache 1 RB 417/35; EHRspr. § 37c Nr. 102). Diese Umstände könnten allerdings, wenn sie sich durch die anzustellenden Erhebungen als richtig erweisen, zwar nicht entscheidend, aber doch mit dazu verwertet werden, für die Hofübergabe an Lorenz Sch. zum Nachteil der Sippe S. einen wichtigen Grund anzunehmen.

Aus den angeführten Gründen war die Sache zur erneuten Prüfung und Entscheidung an das EGH zurückzuberufen (§ 25 EGBfD).

(RECHG, 1. Sen., Beschl. v. 11. Juni 1937, 1 RB 848/36.)

*

62. § 32 REG. Entwertungsklauseln in Form von Naturalwertvereinbarungen im Übergabevertrag widersprechen den Gedanken und Zielen des REG.

In dem Übergabevertrag ist folgende Entwertungsklausel vereinbart:

Entwertungsklausel:

1. Die Altenteiler sind berechtigt, im Falle der Entwertung der gesetzlichen Zahlungsmittel, die als eingetretten angesehen wird, wenn die Preise für einen Zentner Kartoffeln auf über 5 RM und einen Zentner Roggen auf über 18 RM und einen Zentner Rindfleisch (Lebendgewicht) auf über 60 RM gestiegen sind, nach vorheriger vierteljährlicher Ankündigung — erstmalig zum 1. Okt. eines Jahres — sämtliche Geldleistungen in Roggen oder Roggen-tageswert zu fordern.

2. Für die Umrechnung sind je 10 RM = 1 Zentner Roggen.

Der Vfz macht hiergegen geltend: Solche Klauseln kämen zwar im Privatwirtschaftsleben noch häufiger vor, auch habe die Reichsregierung zur allgemeinen Unterbindung noch keine Bestimmungen getroffen, offenbar aus der Annahme heraus, daß solche Klauseln bei der zunehmenden Gefundung des Wirtschaftslebens von selbst verschwinden würden. Wenn man berücksichtige, daß höchste Stellen der Reichsführung, insbes. der Führer und Reichszugler selbst, wiederholt und eindeutig erklärt hätten, daß weder eine Währungsänderung noch ein Währungszerfall zugelassen werden würde, so drücke eine solche Entwertungsklausel tatsächlich ein Mißtrauen in die Aufbauarbeiten der Reichsregierung und der Parteiführung aus und richte sich somit gegen den Staat und die Volksgemeinschaft. Der Gesichtspunkt, daß solche Klauseln auch von öffentlichen Kreditinstituten in ihren Darlehnsbedingungen angewendet würden, sei nicht durchschlagend. Trotz Fehlens eines gesetzlichen Verbots seien die Behörden und Gerichte nicht der Aufgabe enthoben, auf die Verhütung und Unterbindung von der Allgemeinheit abträglichen Maßnahmen und Vereinbarungen hinzuwirken. Sonst unterlägen die Verträge des Privatwirtschaftslebens in der Regel keiner behördlichen Genehmigung, so daß die Einwirkungsmöglichkeit gering sei. Im vorl. Fall sei sie jedoch gegeben und in der besonders pflichtlichen Behandlung des Erbhofgebantens begründet. Es sei kein Grund zu erkennen, weshalb die Auerbenbehörden an dieser Aufgabe vorbeigehen sollten. Eine derartige Entwertungsklausel verstoße auch gegen die Marktregelung, da der Erzeuger den ihm auferlegten Verpflichtungen nur nachkommen könne, wenn die Verwertung seiner Erzeugnisse nicht anderweitig gebunden sei. Bei Anwendung der Klausel erhielten die Altenteiler eine Menge Getreide, deren Erzeuger sie nicht seien und über die sie entgegen der Marktordnung frei verfügen könnten. Auch die Festsetzung des Verhältnisses von einem Zentner = 10 RM verstoße gegen die Marktregelung mit ihrer jährlichen Festsetzung des Roggenpreises als Festpreis nach dem Ernteausfall und nach den Marktbedürfnissen. Durch die 120 Zentner jährlich ausmachende Naturallieferungspflicht werde zudem bei schlechter Ernte der Wirtschaftsaufbau des Erbhofes gefährdet, zum mindesten aber gehemmt. Für einen wirklich eintretenden Fall der Abwertung oder des Zerfalls der Währung würde die Beibehaltung der Klausel eine besondere Belastung des Erbhofes herbeiführen und aus diesem Grunde nicht gebilligt werden können. Zur Beruhigung der Altenteiler dürfe gesagt werden, daß in einem solchen Fall der Gesetzgeber zu ihrem Schutz sowie so eingreifen würde.

Mit Recht wird von dem Vfz darauf hingewiesen, daß damit die Marktordnung verletzt oder zum mindesten gestört würde. Bei dem Kampf um die Versorgung des deutschen Volkes mit Brotgetreide kann es nicht gebilligt werden, daß der Altenteiler mehr Brotgetreide erhält, als für seinen eigenen Bedarf tatsächlich erforderlich ist (vgl. die neueste Bd. zur Sicherstellung des Brotgetreidebedarfs v. 22. Juli 1937). Der Anspruch der Altenteiler auf Gewährung der Geldleistung „in Roggen“ soll, da sie unabhängig davon das Recht haben, Brot und Gebäck nach Bedarf vom Bäcker zu beziehen, unzweifelhaft nicht zu ihrer eigenen Versorgung dienen; vielmehr wollen sie damit — ebenso wie mit dem Taschengeld — durch anderweite Verwertung ihre sonstigen Bedürfnisse befriedigen. Würden solche Abmachungen allgemein zugelassen werden, so wären in der Tat empfindliche Störungen der Marktordnung zu befürchten und es würde den Bestrebungen der Reichsregierung entgegengehandelt werden, die darauf hinarbeiten, das gesamte Brotgetreide, soweit es nicht für den Erzeuger, seine Familie und den Betrieb, Altenteiler oder Deputatsempfänger, tatsächlich benötigt wird, zu erfassen. Diese Erwägungen können indessen nur dazu führen, eine Abänderung der Entwertungsklausel dahingehend zu verlangen, daß der Anspruch auf Gewährung „sämtlicher Geldleistungen in Roggen“ fortfällt. Denn

solweit die Geldleistungen in ein Verhältnis zum Werte der gesetzlichen Zahlungsmittel, gemessen am Preise für Kartoffeln, Roggen und Rindfleisch, gesetzt sind und der Anspruch auf Geldzahlung nach dem Roggentageswert gerichtet ist, können die auf die Marktregelung gestützten Erwägungen nicht durchgreifen. Die Abhängigmachung der Geldleistungen von den genannten Preisen und die Verpflichtung des Übernehmers zur Zahlung „nach dem Roggentagespreis“ kann aber aus anderen Gründen nicht gebilligt werden.

Was zunächst die Frage der Ablichkeit betrifft, so ist die hier in dem Entwurf vorgelegene Entwertungsklausel sicherlich nicht gebräuchlich. In den Jahren des Bestehens des REG ist dem Senat eine derartige Entwertungsklausel in einem Altenteilsvertrage bisher noch nicht vorgelegt worden. Richtig ist, daß Kreditinstitute die Schuldbeträge in Goldmark oder Feingoldmark (nach dem Umrechnungssatz 1 Goldmark = 1/2700 kg Feingold) festzusetzen und entsprechend die Rückzahlungsverpflichtungen zu vereinbaren pflegen. In Anlehnung an diese Übung werden auch in Übergabeverträgen die Geldzahlungsverpflichtungen häufig in Goldmark oder Feingoldmark festgesetzt. Diese Übung hat, soweit ersichtlich, bisher seitens der Vertreter des Reichsnährstandes — abgesehen von einigen Fällen aus der Landesbauernschaft Hannover — keinen Widerspruch erfahren. Auch der Senat hat keinen Anlaß gesehen, diese heute noch vielfach gebräuchliche Bezeichnung des Schuldbetrages von Amts wegen zu beanstanden und eine Änderung zu verlangen, sondern hat derartige Abreden stillschweigend zugelassen. Bei diesen Abreden ist übrigens das Verhältnis zum Feingold vollkommen dem Verhältnis der Reichsmark entsprechend. Abgesehen davon, daß bekanntlich darauf hingewirkt wird, auch von derartigen Bezeichnungen der Schuldbeträge in Zukunft abzusehen, liegt es bei diesen Goldmarkvereinbarungen so, daß es sich eben um eine einheitliche Übung handelt, die geeignetenfalls durch eine einzige gesetzliche Bestimmung die seitens der Regierung für notwendig gehaltene Regelung erfahren kann. Ganz anders liegt es aber, wenn derartige an die Zeiten der Inflation erinnernde Naturalwertvereinbarungen getroffen werden, die, falls man sie überhaupt zulasse, nun in den verschiedensten Wertverhältnissen ausgedrückt werden könnten. Eine solche Entwertungsklausel, wie sie hier vorgelegt ist, widerspricht aber vor allem grundsätzlich den Gedanken und Zielen des REG.

Die von dem Bauer für die Aufrechterhaltung der Klausel angeführten Gründe laufen darauf hinaus, daß er sich für alle Eventualitäten sichern will; so weist er darauf hin, daß niemand sagen könne, wie sich bei etwaigen kriegerischen Verwicklungen Deutschlands die Geld- und Preisverhältnisse gestalten würden, und daß auf Grund seiner Lebenserfahrungen eine gewisse Vorsicht und Sicherung niemals zum Schaden gewesen sei. Diese Gründe liegen in ähnlicher Richtung wie die immer wieder zur Rechtfertigung eines freien oder beschränkten Wegzugsrechts angeführten, zu denen der Senat in seiner die bisherige Rspr. zusammenfassenden Entsch. vom 16. Dez. 1936, 1 RB 624/36: REG 3, 393 ff. = JW 1937, 1009²⁵ nochmals Stellung genommen hat. Alle derartigen Vereinbarungen werden namentlich deswegen mißbilligt, weil sie stets für die Zukunft Leistungen festlegen, deren Tragbarkeit für den Erbhof gegenwärtig gar nicht zu übersehen ist. So liegt es auch bei der hier vorgelegenen Entwertungsklausel. Mit ihr will sich der übergebende Bauer für alle Fälle sichern; er denkt dabei sogar an kriegerische Verwicklungen und dadurch bedingte Preisgestaltungen, berücksichtigt indessen nicht, daß diese ja auch die gesamte Lage des Erbhofes in einer Weise beeinflussen können, daß die Entwertungsklausel den Hof in einer ganz unbilligen Weise belasten würde. Es widerspricht aber dem Gedanken des REG, ohne Rücksicht auf die Belange des Erbhofes in einseitiger Weise die Belange eines Versorgungsberechtigten in den Vordergrund zu stellen. Im Vordergrund steht viel mehr stets der Erbhof und das Ziel, ihn bei Kräften zu erhalten. Der Altenteiler ist mit Wohl und Wehe des Erbhofes verbunden, und es ist damit nicht vereinbar, den Altenteilsberechtigten in der hier beabsichtigten Weise zu Lasten des Hofes sicherzustellen. Die Verpflichtungen des Übernehmers können heute nur nach den gegenwärtigen Verhältnissen, selbstverständlich auf lange Sicht bei normaler Entwicklung betrachtet, auf ihre Tragbarkeit hin beurteilt werden. Für den Fall von Erschütterungen, wie sie der Bauer im Auge hat, oder einer an sich ganz außerhalb des Bereiches des Möglichen liegenden Entwertung des Geldes, besteht immer die Möglichkeit, eine anderweite der Billigkeit entsprechende Festsetzung der Leistungen durch das REG auf dem Wege des § 36 Abs. 3 und 4 EPRV herbeizuführen; denn es bedarf keiner näheren Begründung, daß bei Eintritt der von dem Übergeber ins Auge gefaßten Ereignisse eine wesentliche Veränderung der

Verhältnisse, die für die Bemessung der Leistungen maßgebend waren, anzunehmen wäre. Daraus, daß für solche Fälle eine Entscheidung des UEG vorgeesehen ist, die alsdann unter billiger Berücksichtigung der Verhältnisse der Beteiligten und der Kräfte des Hofes (vgl. § 32 REG) zu treffen wäre, ergibt sich, daß eine Entwertungsklausel der hier vorgeesehenen Art nicht dem Sinne des REG und seiner Durchführungsvorschriften entspricht. Es bedarf ihrer auch nicht, da eben die bezeichneten Möglichkeiten einer anderweitigen Festsetzung der Leistungen bestehen, die übrigens in gleicher Weise auf einen etwaigen Antrag des Übernehmers auch bei Zulassung der Entwertungsklausel gegeben wären, falls sie einmal eine übermäßige Belastung bedeuten würde. Insofern würde also die Klausel für den Übergeber keineswegs die Sicherung darstellen, die er sich anscheinend davon erwartet. Unter Geltung des REG braucht der von der Wirtschaftsführung abtretende Bauer nicht zu befürchten, daß ihm die für den Hof tragbaren Versorgungsleistungen nicht stets zugestanden werden, gleich wie sich die Verhältnisse entwickeln.

Da schon diese Erwägungen zu der Auflage führen müssen, die Entwertungsklausel (§ 8 des Vertragsentwurfes) ihrem ganzen Inhalt nach zu beseitigen, kann es auf sich beruhen bleiben, ob die vom UEG in den Vordergrund gestellten allgemeinen Gesichtspunkte zum gleichen Ergebnis führen würden.

(REG, 1. Sen., Beschl. v. 18. Aug. 1937, 1 RB 161/36.)

*

63. §§ 37, 48 REG; § 27 ESNB.

Das Beschw. hat die Pflicht, den ganzen Sachverhalt ohne Rücksicht auf beschränkende Anträge des Beschw. nachzuprüfen. Im Beschwerdeverfahren ist auch eine Schlechterstellung eines Beteiligten zulässig.

Die Ausstattung eines Kindes durch Landzuteilung kann nur in besonders gelagerten Fällen aus dringenden Gründen oder zur Vermeidung einer schwerwiegenden Härte zugelassen werden.

Für einen derartigen, auf eine alsbaldige Eigentumsübertragung abzielenden Zweck kommt ausschließlich der Weg in Betracht, daß der Bauer gemäß § 37 Abs. 2 die Genehmigung zur Übertragung von Teilflächen des Erbhofs an den Abkömmling herbeiführt.

Die seit 1910 in Errungenschaftsgemeinschaft lebenden Eheleute J. W. F. und A. F. sind Eigentümer eines verstreut liegenden, insgesamt 9,084 ha großen landwirtschaftlichen Anwesens, das in das gerichtliche Verzeichnis der für die Eintragung in die Erbhöferolle in Aussicht genommenen Höfe aufgenommen worden ist. Die Grundstücke stehen teils im Alleineigentum der Ehegatten, teils gehören sie zur Errungenschaft. Von dem Gesamtbesitz liegen nach der vom Bürgermeisteramt bestätigten Angabe des Bauern 1,244 ha im Industriegebiet, 0,72 ha kommen als Baugelände in Betracht, 1,055 ha werden bei Hochwasser des Rheins überslutet, 1,217 ha liegen eine Stunde von der Poststelle entfernt und 0,636 ha sind Moor und Sumpf.

Die Eheleute haben zwei Kinder, die 1911 geborene Tochter Anna und den 1917 geborenen Sohn Alfred. Beide Kinder leben auf der Poststelle in R.

Der Bauer hat am 11. April 1934 gegen die Aufnahme seines Besitzums in das gerichtliche Verzeichnis der Erbhöfe Einspruch eingelegt. Das UEG hat durch Beschl. v. 4. Mai 1934 festgestellt, daß der in Rede stehende Besitz kein Erbhof sei.

Hiergegen hat der KrBZ rechtzeitig sofortige Beschw. eingelegt. Er hat später erklärt, auf sein Beschwerderecht dann zu verzichten, wenn ein Erbhof von 6 ha bestehen bleibe. Die Eheleute F. haben beantragt, die Beschw. zurückzuweisen. F. hat auf die Aufforderung des UEG, die Parzellen anzugeben, welche er seinen Kindern zuwenden wolle, erklärt, er könne dies zur Zeit noch nicht, weil es noch gänzlich ungewiß sei, ob, wann, wen und wohin seine Tochter heirate.

Das UEG hat durch Beschl. v. 23. Nov. 1934 festgestellt, daß der Grundbesitz der Eheleute F. ein Erbhof ist, und 12 im Beschluß angeführten, insgesamt 2,624 ha großen Parzellen die Erbhofeigenschaft entzogen und erklärt:

„Die Eheleute F. dürfen diese Grundstücke ihrer Tochter Anna zum Zwecke der Ausstattung übertragen, wenn sie längstens bis zum 1. Febr. 1935, gegebenenfalls innerhalb 4 Wochen nach Rechtskraft dieses Beschlusses eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Auslassung zugunsten derselben im Grundbuch eintragen lassen.“

Es führt u. a. aus: Mehr als rund 6 ha zum Erbhofe zu erklären, sei in Anbetracht der Beschränkung der Beschw. des KrBZ. auf diese Flächengröße rechtlich nicht möglich gewesen.

Hiergegen hat der BZ rechtzeitig sofortige weitere Beschw. eingelegt mit dem Antrage, den angefochtenen Beschluß aufzuheben. Die Eheleute F. haben Zurückweisung der Beschw. erbeten.

Die sofortige weitere Beschw. ist zulässig; sie ist auch begründet.

Rechtsirrig ist zunächst die Auffassung des UEG, es habe nicht mehr als rund 6 ha des in Rede stehenden Anwesens zum Erbhof erklären können, weil die Beschw. des KrBZ auf diese Grundstücksgröße beschränkt gewesen sei. Zunächst trifft es nicht zu, daß der KrBZ seine Beschw. in der im angefochtenen Beschluß angegebenen Weise beschränkt hat. Die Beschwerdeschrift v. 19. Mai 1934 ergibt vielmehr, daß die Beschw. uneingeschränkt eingelegt worden ist. Erst in einer späteren Zuschrift v. 11. Juni 1934 hat der KrBZ erklärt, er verzichte auf sein Beschwerderecht, wenn ein Erbhof von 6 ha bestehen bleibe. Dies bedeutet aber keine das UEG bindende Beschränkung. Eine solche Beschränkung wäre überdies in einem Verfahren der vorl. Art überhaupt bedeutungslos, da sich aus den mit der Erbhofgesetzgebung verfolgten Zielen für das Beschw. die Pflicht ergibt, den ganzen Sachverhalt ohne Rücksicht auf beschränkende Anträge des Beschw. nachzuprüfen; vgl. den Beschl. 3 RB 953/35 v. 29. Sept. 1936 (REG. 3, 208, 219 = JW. 1937, 101¹³).

Irrig ist auch die Ansicht des UEG, es habe durch seine Entsch. die Stellung des Beschw. dergegner nicht verschlechtert werden dürfen. Auch insoweit folgt das Gegenteil ohne weiteres aus den Grundsätzen der Erbhofgesetzgebung. Infolgedessen ist gegebenenfalls im Beschwerdeverfahren eine Schlechterstellung eines Beteiligten zulässig, wenn es die Durchführung der vom Beschw. gestellten Aufgabe erfordert (vgl. REG 2, 76 = JW. 1936, 1065¹⁰; REG. 3, 69 = JW. 1936, 3245¹⁵; REG. 3, 219 = JW. 1936, 3556²³; REG. 4, 9 = JW. 1937, 2146³⁰).

Gegenstand der Beschw. des KrBZ war nicht die Frage, ob 6 ha oder eine andere Grundfläche des Besitzums der Eheleute F. Erbhof sei, sondern die, ob das ganze Fische Anwesen Erbhof oder die Erbhofeigenschaft überhaupt zu verneinen sei. Das UEG hat auch demgemäß im angefochtenen Beschluß zutreffend uneingeschränkt festgestellt, daß der Grundbesitz der Eheleute F. ein Erbhof ist. Dies stellt auch der BZ, wie die Begründung der weiteren Beschw. ergibt, nicht in Zweifel. Dazu wäre bei der Größe und Zusammensetzung des 9 ha umfassenden Anwesens ein begründeter Anlaß auch nicht ersichtlich. Das UEG hatte die Afernahme auch nur infolge rechtsirriger Auscheidung der im Ausbeutungsgebiete der Ziegeleien liegenden und der als Baugelände in Betracht kommenden, zunächst aber noch landwirtschaftlich genutzten Grundstücke verneint.

Mit Recht wendet sich der BZ aber gegen die Anordnung des angefochtenen Beschlusses, durch die die Freistellung von 2,624 ha des Erbhofs von der Erbhofeigenschaft ausgesprochen ist. Das UEG hat in der Begründung ausgeführt, im bisherigen Realteilungsgebiete müsse zur Vermeidung unbilliger Härten auf die frühere Übung, den Grundbesitz unter sämtliche Kinder zu verteilen, insoweit Rücksicht genommen werden, als es nach dem Sinn und Zwecke des REG möglich sei. Dieses läßt aber gerade grundsätzlich eine Zerfchlagung des Erbhofes oder eine Abtrennung von Erbteilflächen zur Ausstattung der Abkömmlinge mit Land nicht zu (vgl. Abs. 2 der Einleitung). Dieser Brauch kann deshalb auch in den Gebieten, wo er bisher bestanden hat, nicht mehr zugelassen werden (vgl. REG. 2, 137 = JW. 1936, 1055¹⁰).

Die Erbhofgesetzgebung gewährt zwar in § 27 ESNB (bisher § 64 Abs. 3 Satz 2 DB I) die Möglichkeit, Teilen eines Erbhofs mit Zustimmung des UEG die Erbhofeigenschaft zu entziehen. Diese Maßnahme kann indessen nur aus ganz besonderen, in REG. 2, 297 = JW. 1936, 2325²³ näher erörterten Gründen gerechtfertigt werden. Zu solchen Gründen gehört der Umstand, daß der Bauer einen Teil seines Hofes an einen Abkömmling zum Zwecke seiner Abfindung veräußern will, nicht. Für einen derartigen, auf eine alsbaldige Eigentumsübertragung abzielenden Zweck kommt vielmehr nach § 37 Abs. 2 REG ausschließlich der Weg in Betracht, daß der Bauer die Genehmigung zur Übertragung von Teilflächen des Erbhofes an den Abkömmling herbeiführt. Aber auch diese Genehmigung ist nach § 37 Abs. 2 REG nur beim Vorliegen eines wichtigen Grundes zulässig. Ein solcher Grund ist jedoch im vorl. Falle nicht ersichtlich. Nach dem Willen des REG soll die Ausstattung der nicht auf dem Hof verbleibenden Kinder in barem Geld aus den Erträgen des Hofes vorgenommen werden (§ 30 REG). Wie der Senat in den Beschlüssen REG. 2, 133, 137 = JW. 1936, 1055¹⁰ und REG. 3, 279 f. = JW. 1937, 1008⁴ des näheren ausgeführt hat, kann nur in besonders gelagerten Fällen aus dringenden Gründen oder zur Vermeidung einer schwerwiegenden Härte die Ausstattung eines Kindes durch Landzuteilung zugelassen werden. In jedem Falle muß die Verwendung des abzutrennenden Erbhoflandes zu einem vom erbhofrechtlichen oder volkswirtschaftlichen Standpunkt aus zu billigendem Zweck gewährleistet sein, etwa zur Vergrößerung eines bestehenden oder zur Bildung eines neuen Erbhofs oder zur Ermöglichung eines klein-

bäuerlichen Daseins oder zur Verstärkung einer auf anderer Erwerbsquelle aufgebauten Lebensgrundlage.

Mit Recht hat der Vfz geltend gemacht, daß sich im vorl. Falle überhaupt noch nicht beurteilen läßt, ob diese Voraussetzungen gegeben sind, und ob nach den gesamten Umständen des Falles eine Abgabe von Land zur Ausstattung ausnahmsweise gerechtfertigt ist. Denn ein Anlaß zur Ausstattung, zum Beispiel die Heirat der weichenben Tochter oder die Gründung eines selbständigen Daseins, steht noch keineswegs in näherer Aussicht. Eine erst in der Zukunft erforderliche Ausstattung eines weichenben Kindes mit Erbfonds schon jetzt zuzulassen, obwohl noch gar nicht zu übersehen ist, ob im Augenblick des Eintritts des Ausstattungsgrundes noch ein zwingendes Bedürfnis zur Landzuwendung gegeben ist, muß aber als mit den Absichten des KStG unvereinbar abgelehnt werden.

(RFG, 3. Sen., Beschl. v. 26. Mai 1937, 3 RB 531/35.)

Reichsfinanzhof

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

× **64.** §§ 12 und 20 UrkStG. Verpflichtet sich jemand, seinen gesamten Bedarf an Petroleum zu einem bestimmten Grundpreis abzüglich eines festgelegten Nachlasses von einem anderen zu beziehen, so handelt es sich um einen Kaufvertrag i. S. des § 12 UrkStG., nicht aber um einen sonstigen Vertrag i. S. des § 20 UrkStG.

(RFG, 2. Sen., Ur. v. 15. Okt. 1937, II A 9/37 S.)

*

× **65.** § 15 Abs. 4 UrkStG. Ein Vertrag über die Ausführung einer maschinellen Einrichtung in einem neu zu errichtenden Gebäude betrifft nicht „die Errichtung eines Bauwerks“, sondern ist ein urkundensteuerfreier Werklieferungsvertrag, wenn dem Unternehmer nur die Lieferung und Montierung der Einrichtung obliegt, nicht auch die Ausführung der etwa erforderlichen Fundamente.

(RFG, 2. Sen., Ur. v. 22. Okt. 1937, II A 67/37 S.)

*

× **66.** §§ 36 Abs. 2 Nr. 4, 20 UrkStG.

1. Scheidet aus einer OHG. mit zwei Gesellschaftern der eine gegen Barabfindung aus, während der andere das Geschäft mit Aktiven und Passiven übernimmt, so ist die Urkundensteuer für die Überlassung des Gesellschaftsrechts nach § 36 Abs. 2 Nr. 4 UrkStG. zu erheben, nicht die Kaufvertragsteuer nach § 12.

2. Wird in dem Überlassungsvertrag der Gewinnanspruch des Ausscheidenden für das laufende Geschäftsjahr der Höhe nach festgelegt und ein Wettbewerbsverbot vereinbart, so ist dafür keine allgemeine Vertragsteuer nach § 20 UrkStG. zu erheben. †)

I. Die beiden alleinigen Gesellschafter einer OHG. haben schriftlich vereinbart, daß der eine gegen eine Barabfindung ausscheidet und der andere das Geschäft mit Aktiven und Passiven übernimmt. Die Vorinst. haben zu dieser Urkunde die Kaufvertragsteuer nach § 12 UrkStG. gefordert. Die Beschw. hält nur die allgemeine Vertragsteuer nach § 20 Abs. 2 Nr. 1 UrkStG. für begründet.

Keiner dieser Auffassungen kann gefolgt werden.

Das UrkStG. behandelt die Rechtsvorgänge, die Personengesellschaften betreffen, in § 36, und zwar kommt im vorl. Fall der Tatbestand des Abs. 2 Nr. 4 in Betracht. Diese Vorschrift soll nach der Meinung einiger Kommentare zum UrkStG. voraussetzen, daß die Gesellschaft nach Überlassung der Gesellschaftsrechte noch fortbestehe; sie könne also auf Fälle der hier vorl. Art, in denen sich die Gesellschaft auflöse, nicht angewendet werden. Die Verfasser berufen sich dabei auf die Rspr. zu § 17 d KapVerStG. 1922. Dem kann nicht zugestimmt werden. Die Vorschrift des UrkStG. knüpft allerdings an die ähnliche Vorschrift des § 17 d KapVerStG. 1922 an und diese wiederum an die entsprechenden Vorschriften des RStempG. (TarNr. 1 A e) und des früheren PrStempG. (TarNr. 25 d). Die stempelrechtlichen Vorschriften unterscheiden zwischen

1. der Überlassung von Gesellschaftsrechten seitens eines Gesellschafters an einen anderen Gesellschafter, die Gesellschaft oder einen Dritten,

und

2. der Überlassung von Sachen oder Rechten seitens der Gesellschaft zum Sondereigentum an einen Gesellschafter.

Das Ausscheiden eines Gesellschafters aus einer zweiglied-

rigen OHG. gegen Abfindung wurde nach der zweiten Vorschrift besteuert (vgl. z. B. G r e i f f, „RStempG.“, 2. Aufl., S. 445, Anm. 128 b). Die erste Vorschrift ist in § 17 d KapVerStG. 1922 aufgenommen; die zweite Vorschrift ist infolge Ablehnung der Gewerbebeanspruchungssteuer, die sie aufnehmen sollte, nicht in das KapVerStG. 1922 übergegangen. Dies hatte zur Folge, daß auch § 17 d nicht auf Fälle der vorl. Art angewendet wurde; sie waren vielmehr gesellschaftsteuerfrei und durch § 84 Abs. 1 a KapVerStG. 1922 auch der Besteuerung durch die Landesstempelgesetze entzogen (vgl. Ur. des RFG., II A 193/25 v. 7. April 1925: Par. tei, Rechtsjpr. 9 zu § 17 KapVerStG. 1922, und das darin in Bezug genommene Ur. II A 650/24 v. 12. Dez. 1924: RFG. 15, 176).

Beim UrkStG. liegen nun weder diese Besonderheiten der Entstehungsgeschichte, noch die Trennung der Tatbestände in die erwähnte erste und zweite Vorschrift vor. Es steht daher nichts entgegen, § 36 Abs. 2 Nr. 4 auch auf Fälle der hier vorl. Art zu beziehen, wenn es sich im übrigen als gerechtfertigt erweist. Dies ist zu bejahen. Scheidet aus einer dreigliedrigen OHG. ein Gesellschafter gegen Barabfindung aus, so wächst sein Anteil den beiden anderen zu (§ 738 BGB.). Auf diesen Fall ist § 36 Abs. 2 Nr. 4 unzweifelhaft anwendbar. Nicht anders liegt es, wenn ein Gesellschafter aus einer zweigliedrigen OHG. gegen Barabfindung ausscheidet und der andere das Geschäft übernimmt. Auch hier wächst der Anteil des ausscheidenden Gesellschafters dem anderen zu. Diese früher umstrittene Ansicht ist jetzt die herrschende und insbes. vom RG. seit jeher vertreten worden (vgl. „RGRKomm. zum BGB.“, 8. Aufl., Anm. 2 zu § 738). Die Annahme bewirkt den Rechtsübergang ohne besondere Übertragungsgeheimnisse. In beiden Fällen liegt „die Überlassung eines Gesellschaftsrechts an einen anderen Gesellschafter“ vor. Daß in dem ersten Fall die Gesellschaft fortbesteht, in dem zweiten sich auflöst, liegt außerhalb des Tatbestandes des § 36 Abs. 2 Nr. 4. Diese Vorschrift bezieht sich demnach zwanglos auch auf Fälle der vorl. Art, so daß weder § 12, noch § 20 zur Anwendung kommen kann.

Die Steuer wird berechnet nach dem Wert des Gesellschaftsrechtes, mindestens des Entgelts (§ 36 Abs. 4 Nr. 2). Das Entgelt, das der übernehmende Gesellschafter leistet, besteht in der Abfindung von 10 000 RM und in der Übernahme der Gesellschaftsschulden als Alleinschuldner. Da nach den unbestrittenen Feststellungen der Vorinst. die Schulden im Innenverhältnis auf jeden Gesellschafter zur Hälfte entfallen, ist die Übernahme der Schulden auf die Hälfte der in der Bilanz nachgewiesenen Schuldposten zu bewerten, also auf $\frac{1}{2}$ von $8227,94 + 4400 = 6313,97$ RM. Die Steuer beträgt mithin 5 vom Tausend von $16\,313,97 = 81,50$ RM.

II. Die Gesellschafter haben in der Urkunde weiterhin vereinbart, daß der Ausscheidende „als Entschädigung“ für seinen Gewinnanspruch des laufenden Geschäftsjahres 3200 RM erhält. Hierfür hat das FinVer. 3 RM Steuer nach § 20 Abs. 2 Nr. 1 UrkStG. gefordert. Diese Steuer kann jedoch neben der Steuer nach § 36 Abs. 2 Nr. 4 nicht erhoben werden. § 36 Abs. 2 Nr. 4 besteuert zwar bereits die einseitige Erklärung der Überlassung. Wird die Überlassung wie im vorl. Fall in Vertragsform beurkundet, so wird durch die Besteuerung nach § 36 Abs. 2 Nr. 4 auch die Steuer für den Vertrag abgevolten (vgl. Abs. 3 der Gesetzesbegründung zu § 20 UrkStG. [RStBl. 1936, 491]). Im Rahmen des Überlassungsvertrages ist die Feststellung der Höhe des bereits erworbenen Gewinnanspruches ein notwendiger Bestandteil, der die Rechtsnatur des Hauptgeschäftes unbeeinträchtigt läßt. Nach § 10 Abs. 2 des UrkStG. ist daher für diese Nebenabrede keine besondere Steuer zu erheben.

Das gleiche gilt für die Vereinbarung des Wettbewerbsverbots, wofür die Vorinst. 3 RM Steuer nach § 20 Abs. 2 Nr. 2 gefordert haben.

Die Steuer ist mithin auf den zu I berechneten Betrag von 81,50 RM festzusetzen.

(RFG, 2. Sen., Ur. v. 29. Okt. 1937, II 103/37 S.)

Bemerkung: Vgl. hierzu den Aufsatz des RM. Dr. M e i l e d e in diesem Heft S. 3200.

*

× **67.** § 36 Abs. 6 Nr. 1 UrkStG. Die Steuerbefreiungsvorschrift des § 36 Abs. 6 Nr. 1 UrkStG. erstreckt sich nur auf die Fälle der Umwandlung, nicht aber der Auflösung (Liquidation, Abwicklung) einer Kapitalgesellschaft.

In der notariellen Urkunde vom 21. Juli 1936 hat die Gesellschafterversammlung der Firma L. GmbH. beschlossen, die GmbH. aufzulösen und im Wege der Liquidation das von der GmbH. betriebene Fabrikations- und Handelsgeschäft mit den gesamten Aktiven und Passiven und mit der Firma (jedoch mit Ausnahme von bestimmten in das Privatvermögen der Gesellschafter überzuleitenden Vermögensstücken) auf die von den Ge-

fellschaftern in derselben Verhandlung im Anschluß an die Gesellschafterversammlung gegründete L. KommGes. zu übertragen.

Streitig ist in erster Linie, ob die Urkunde wegen der Errichtung der KommGes. nach § 36 UrkStG. steuerpflichtig ist.

Das FinGer. hat die Steuerpflicht in Übereinstimmung mit dem FinA. bejaht.

Die Beschw., mit der Steuerfreistellung im Hinblick auf Abf. 6 Nr. 1 des vorerwähnten § 36 begehrt wird, kann keinen Erfolg haben, da der Entsch. des FinGer. beizutreten ist.

Daß hier eine Personengesellschaft, nämlich eine KommGes., errichtet ist, ist unstreitig. Die Errichtung einer solchen ist grundsätzlich nach § 36 Abs. 1 Nr. 2 i. Verb. m. Abs. 2 Nr. 1 UrkStG. steuerpflichtig. Es fragt sich aber, ob die Befreiungsvorschrift des § 36 Abs. 6 Nr. 1 a. a. D. Platz greift. Hiernach ist die Errichtung einer Personengesellschaft dann von der Besteuerung ausgenommen, wenn eine Kapitalgesellschaft unter gleichzeitiger Errichtung der Personengesellschaft umgewandelt wird.

Mit Recht hat das FinGer. den Standpunkt vertreten, daß es sich bei der Urkunde vom 21. Juli 1936 nicht um eine solche steuerbefreiende Umwandlung einer Kapitalgesellschaft (GmbH.) in eine Personengesellschaft (KommGes.) handelt. Was unter „Umwandlung“ i. S. des § 36 Abs. 6 Nr. 1 UrkStG. zu verstehen ist, ergibt die Begründung zum UrkStG. (RStBl. 1936, 506/507). Hiernach ist die Steuerbefreiungsvorschrift geschaffen, um die Erreichung der Zwecke des UmwandlG. v. 5. Juli 1934 (RGBl. I, 569) zu gewährleisten. Steuerbegünstigt ist also die Umwandlung i. S. dieses UmwandlG. Die §§ 9, 12 und 14 UmwandlG. und deren Bezugnahme auf die §§ 2—7 desselben Gesetzes ergeben, daß die Umwandlung einer GmbH. in eine gleichzeitig zu errichtende KommGes. stets durch Übergang des Vermögens im Wege der Gesamtrechtsnachfolge, also unter Ausschluß der Liquidation, erfolgt. Diese Voraussetzungen liegen hier nicht vor. Hier ist die Auflösung der GmbH. im Wege der Liquidation geschlossen; auch ist die KommGes. nicht Gesamtrechtsnachfolgerin der GmbH. Liegt hiernach eine Umwandlung der GmbH. in eine KommGes. i. S. des UmwandlG. nicht vor, so ist die Befreiungsvorschrift des § 36 Abs. 6 Nr. 1 UrkStG. nicht anwendbar.

An diesem Ergebnis ändern auch nichts das Ges. über Steuererleichterungen bei der Umwandlung und Auflösung von Kapitalgesellschaften v. 5. Juli 1934 und die hierzu ergangenen Durchf. v. 5. Juli 1934 (RGBl. I, 572) unter Scheitern ebenso wie die 2. Durchf. zum UmwandlG. v. 8. März 1935 (RGBl. I, 354) scharf zwischen Umwandlung und Auflösung (vgl. §§ 1, 2 dieses Gesetzes und dieser Verordnung). Steuerbegünstigungen werden für jeden dieser beiden Fälle bei den einzelnen Steuern (vgl. z. B. §§ 3, 4, 6 der 2. Durchf.) nicht immer in gleicher Weise gewährt. So wird jedenfalls auf dem Gebiete der Gesellschaftsteuer eine Steuerbegünstigung nur bei der Umwandlung, nicht aber bei der Auflösung, gewährt. § 3 i. Verb. m. § 11 der 2. Durchf. bestimmt, daß bei Umwandlung einer Aktiengesellschaft bzw. GmbH. in eine gleichzeitig zu errichtende Personengesellschaft (z. B. OHG oder KommGes.) eine Gesellschaftsteuer nach dem KapVerStG. v. 22. Mai 1931 für die Errichtung der Personengesellschaft nicht erhoben wird. Die Urkundensteuer für Personengesellschaften aus § 36 UrkStG. ist aber nichts anderes als ein Ersatz der durch das neue KapVerStG. v. 16. Okt. 1934 mit Wirkung vom 1. Jan. 1935 aufgehobenen Gesellschaftsteuer für Personengesellschaften. § 36 Abs. 6 Nr. 1 UrkStG. soll also in den Fällen der Umwandlung eine Befreiung von der Urkundensteuer dort schaffen, wo früher Befreiung von der Gesellschaftsteuer nach § 3 der vorerwähnten 2. Durchf. eintrat. Wenn hingegen — wie hier — eine Kapitalgesellschaft aufgelöst wird und deren Gesellschafter eine Personengesellschaft errichten, ist, wie das FinGer. zutreffend entschieden hat, die Befreiungsvorschrift des § 36 Abs. 6 Nr. 1 UrkStG. nicht anwendbar.

Die Steuer beträgt 5 v. T. vom Wert der Einlagen (§ 36 Abs. 4 Nr. 1, Abs. 5 UrkStG.). Diese Einlagen sind richtig mit 1 995 904,08 RM (das ist der Überschuß der übernommenen Aktiven über die übernommenen Passiven) veranschlagt. Der Einwand des Beschw., daß der Besteuerung nur ein Betrag von 1 000 000 RM zugrunde gelegt werden dürfe, da der 1 000 000 übersteigende Betrag den Gesellschaftern auf Privatkonten gutgeschrieben wird, greift nicht durch. Wie der Senat bereits in der Entsch. II A 541/27 v. 22. Dez. 1927 (RFS. 22, 288 = Kartei, Rechtspr. 4 zu § 21 Abs. 1 a KapVerStG. a. F.) betont hat, ist die Frage, ob ein Vermögenswert als Einlage anzusehen ist, nach den Gesamtumständen des einzelnen Falles zu entscheiden. Für den Einlagendcharakter und gegen den Darlehnscharakter spricht es hiernach, wenn — abgesehen von den engen verwandtschaftlichen Beziehungen zwischen den Beteiligten — besondere Vereinbarungen über Rückzahlung und Verzinsung nicht getroffen sind. So aber

liegt die Sache hier. Hinzu kommt, daß (nach Ausschneiden bestimmter tatsächlich in das Privatvermögen der Gesellschafter überführter und daher auch zur Besteuerung nicht herangezogener Vermögenswerte) vereinbarungsgemäß das von der GmbH. betriebene Fabrikations- und Handelsgeschäft mit sämtlichen übrigen Aktiven und Passiven auf die KommGes. übertragen wird. Da dadurch unmittelbar Gesellschaftsvermögen der KommGes. gebildet wird, ist der Überschuß dieser Aktiven über die Passiven, d. h. also, wie geschehen, der Betrag von 1 995 904,08 RM als Einlagen anzusehen und zu versteuern.

(RFS., 2. Sen., Ur. v. 19. Nov. 1937, II 125/37.)

*
× 68. §§ 45—47 UrkStG. Die Steuerbefreiung des § 36 RHeimStG. erstreckt sich auch auf die in den §§ 45—47 UrkStG. bezeichneten Urkunden. †)

Die Beschw., eine gemeinnützige Aktiengesellschaft für Angestelltenheimstätten, hat durch notariellen Vertrag vom 10. Dez. 1936 zwei Baupläne zur Errichtung von Wohnheimstätten gekauft. Der Notar hat zur Verhandlung 3 RM Urkundensteuer gemäß § 45 UrkStG. und zur zweiten Ausfertigung der Verhandlung 3 RM gemäß § 47 UrkStG. erhoben. Außerdem hat der Notar eine Gebühr nach der RKostD. angefordert.

Die Vorbehörden haben die Steuerpflicht bejaht. Die Beschw. begehrt Freistellung unter Berufung auf § 36 RHeimStG. Die Beschw. ist begründet.

Nach § 36 RHeimStG. sind alle zur Begründung von Heimstätten erforderlichen Geschäfte und Verhandlungen von allen Gebühren, Stempelabgaben und Steuern des Reichs, der Länder und sonstigen öffentlichen Körperschaften befreit.

Nach § 45 UrkStG. ist eine gerichtliche oder notarielle Beurkundung in den dort bezeichneten Fällen der RKostD. steuerpflichtig, wenn eine Gebühr nach diesen Bestimmungen der RKostD. zum Ansatz kommt. Die Steuern der §§ 45—47 UrkStG. sind nicht auf den Urkundeninhalt abgestellt, sondern ruhen auf der besonderen Form der Beurkundung.

Wie die Begründung zum UrkStG. (RStBl. 1936, 517) ausführt, sollen die gerichtlichen oder notariellen Urkunden des § 45 von der Besteuerung nur dann ausgenommen sein, wenn einer der beiden Fälle des § 45 Abs. 8 gegeben ist. Ein solcher Fall liegt hier nicht vor. Das FinGer. hat daraus geschlossen, daß die Verhandlung der Besteuerung nach § 45 unterliegt. Diese Ansicht beruht auf Rechtsirrtum. In der angeführten Stelle der Begründung sollte nur ausgesprochen werden, daß die im UrkStG. selbst vorgegebenen sonstigen Ausnahmen von der Besteuerung, insbes. die allgemeinen Vorschriften des § 4 Abs. 1, auf die wegen ihrer äußeren Form steuerpflichtigen Urkunden keine Anwendung finden sollen. Nicht aber hat die Begründung sagen wollen, daß die in anderen Reichsgesetzen ausgesprochenen Steuerbefreiungen für die Urkundensteuer des § 45 keine Geltung haben sollen. § 36 RHeimStG. spricht eine solche Befreiung aus und ist auf die hier vorl. Verhandlung anzuwenden. Der Vertrag unterliegt daher nicht der Steuer des § 45. Das gleiche gilt für die zweite Ausfertigung der Verhandlung.

Das BU. ist daher wegen Rechtsirrtums aufzuheben. Die Beschw. ist unter Aufhebung der Einspruchsentscheidung von den nach §§ 45, 47 UrkStG. erhobenen Steuern freizustellen.

(RFS., 2. Sen., Ur. v. 24. Sept. 1937, II A 118/37 S.)

Anmerkung: 1. Das UrkStG. erhebt unabhängig von dem Inhalt des beurkundeten Rechtsgeschäfts nach § 45 einen Feststempel von 3 RM von den meisten Notariatsurkunden, für die eine Notariatsgebühr zum Ansatz kommt, insbes. von den nach § 29 RKostD. gebührenpflichtigen Grundstückskaufverträgen.

Dieser Feststempel soll bei Grundstückskaufverträgen in jedem Fall zur Erhebung kommen, obwohl sonst Grundstückskaufverträge nach § 4 Ziff. 6 UrkStG. urkundensteuerfrei sind, da sie bereits der Grunderwerbsteuer unterliegen.

2. Nach § 36 RHeimStG. sind alle zur Begründung und Vergrößerung von Heimstätten erforderlichen Geschäfte und Verhandlungen von allen Gebühren, Stempelabgaben und Steuern des Reichs, der Länder und sonstigen öffentlichen Körperschaften befreit. Das Urteil behandelt nun die Frage, ob der Feststempel des § 45 UrkStG. und der Ausfertigungstempel des § 47 UrkStG. trotz der Befreiungsvorschrift nach dem RHeimStG. zu erheben ist. Der RFS. verneint dies, aus m. E. überzeugenden Gründen, weil der Feststempel des § 45 UrkStG. § 36 RHeimStG. nicht außer Kraft setzen wollte.

3. Daraus ergibt sich, daß auch im Falle des § 24 RSiedlG. und der dieser Bestimmung nachgebildeten Verordnungen der Feststempel des § 45 UrkStG. und der Ausfertigungstempel des § 47 UrkStG. außer Ansatz zu bleiben hat.

RA. Dr. Heinz Meißner, Berlin.

× 69. § 8 Nr. 9 GrEwStG. Kleintwohnungen im Sinne des § 8 Nr. 9 GrEwStG. sind nur solche Wohnungen, deren nutzbare Wohnfläche das Höchstmaß von 75 qm nicht übersteigt. Zulässige Ausnahmen sind in Art. 9 B. v. 20. März 1931 (RWB. I, 73) erschöpfend aufgezählt.

Streitig ist, ob unter Berücksichtigung des § 8 Nr. 9 GrEwStG. eine Steuer zu erheben ist. Das FinVer. hat die Steuerpflicht bejaht mit der Begründung, daß es sich in dem hier streitigen Fall nicht um die Schaffung von „Kleintwohnungen“ handelt. Hiergegen richtet sich die RBeschv.

Nach § 8 Nr. 9 a. a. D. in der Fass. der B. v. 20. März 1931 (RWB. I, 73) wird eine Steuer nicht erhoben bei Grundstücksübertragungen, die der Schaffung von Kleintwohnungen zu dienen bestimmt sind, wenn als Erwerber oder Veräußerer Körperschaften des öffentlichen Rechts oder solche Personenvereinigungen, rechtsfähige Stiftungen und sonstige rechtsfähige Zweckvermögen, die sich mit den genannten Zwecken befassen, beteiligt sind. Die Befreiung der Personenvereinigungen, Stiftungen und Zweckvermögen tritt nur ein, wenn sie als gemeinnützig anerkannt sind. Die BeschwF., die Wohnbau GmbH. in B. ist unbestritten als gemeinnütziges Wohnungsbaunternehmen anerkannt. Es ist deshalb nur noch zu prüfen, ob die weitere Voraussetzung des § 8 Nr. 9 gegeben ist, wonach der Grundstückserwerb der Schaffung von Kleintwohnungen zu dienen bestimmt sein muß.

Während früher der Begriff der Kleintwohnungen nicht fest untrifft und deshalb unter Berücksichtigung der Verkehrsauffassung festzustellen war (vgl. Entsch. des RFS. v. 9. Juni 1925, II A 284/25; StB. 1925 Nr. 516 und 517 = RFS. 16, 316), wobei der RFS. sich im allgemeinen der Auslegung des Erlasses des RFM. v. 26. Febr. 1921, III a 53/73 — 20 (RStBl. 1921, 153) angeschlossen, ist durch Art. 9 B. v. 20. März 1931 (RWB. I, 73) klargestellt, was unter Kleintwohnungen zu verstehen ist. Hiernach gelten als Kleintwohnungen solche Wohnungen, die eine nutzbare Wohnfläche von höchstens 75 qm haben. Die Abänderung von 90 qm auf 75 qm ist erfolgt durch Art. 3 Ges. zur Sicherung der Gemeinnützigkeit im Wohnungsbau v. 14. Juli 1933 (RWB. I, 485).

Art. 9 ist als Ausführungsvorschrift zwar zu § 6 B. v. 1. Dez. 1930 ergangen und nicht ausdrücklich zu § 8 Nr. 9 GrEwStG. in der Fass. v. 1. Dez. 1930. Allein § 6 i. Verb. n. § 1 a. a. D. bestimmt, daß Wohnungsunternehmen nur dann als gemeinnützig gelten, wenn sie als solche anerkannt sind und wenn sie sich sachungsgemäß und tatsächlich nur mit Kleintwohnungen befassen. Für Wohnungsunternehmen, die als gemeinnützig anerkannt sind, gelten also ohne weiteres die DurchfBest. in Art. 9 B. v. 20. März 1931 über den Begriff von Kleintwohnungen. Nach § 8 Nr. 9 GrEwStG. in der Fass. v. 1. Dez. 1930 tritt Steuerbefreiung von Personenvereinigungen, Stiftungen und Zweckvermögen dann ein, wenn sie als gemeinnützig anerkannt sind, also bei Personenvereinigungen, Stiftungen und Zweckvermögen in Art. 9 über den Begriff von Kleintwohnungen bindend sind. Der Gleichmäßigkeit halber wird der Begriff der Kleintwohnungen (75 qm) allgemein für Kleintwohnungen im Rahmen des § 8 Nr. 9 GrEwStG. gelten müssen. Der Erlaß des RFM. v. 26. März 1921 ist somit überholt.

Das FinVer. hat deshalb mit Recht ausgeführt, daß zur Zeit des Erwerbs der hier in Frage kommenden Grundstücksflächen das Ges. v. 14. Juli 1933 bereits Geltung hatte und deshalb als Höchstmaß für Kleintwohnungen nur mehr eine nutzbare Wohnfläche von 75 qm in Frage kommen kann.

Die BeschwF. beruft sich zur Begründung ihrer Auffassung, daß der Begriff der Kleintwohnungen trotzdem gegeben sei, darauf, daß Art. 9 AusfB. v. 20. März 1931 geringfügige Überschreitungen der Höchstgrenze dann zulasse, wenn bei geschlossenen Baugruppen die Durchschnittsfläche einer Wohnung das vorgeschriebene Maß nicht übersteige. Zu der Frage, ob es sich in dem hier streitigen Falle tatsächlich um eine geschlossene Baugruppe handelt, hat das FinVer. keine Stellung genommen. Trotzdem kann der Senat zur Sache selbst entscheiden.

Art. 9 a. a. D. sagt, daß als Kleintwohnungen nur solche Wohnungen gelten, die eine nutzbare Fläche von höchstens 75 qm haben. Grundsätzlich ist also eine „Kleintwohnung“ überhaupt nicht gegeben, wenn dieses Höchstmaß auch nur um ein geringes überschritten wird. Zulässige Ausnahmen von dieser Regel zählt Art. 9 erschöpfend auf. Darüber hinaus gibt es keine weiteren Ausnahmen für eine Überschreitung des Höchstmaßes von 75 qm.

Es kann nun dahingestellt bleiben, ob es sich hier um eine geschlossene Baugruppe handelt. Denn selbst wenn man, den Ausführungen der BeschwF. folgend, unterstellt, daß das der Fall

ist, so muß die Steuerbefreiung trotzdem versagt werden. Denn auch bei geschlossenen Baugruppen dürfen Wohnungen nur dann als Kleintwohnungen angesehen werden, wenn die nutzbare Fläche 75 qm nur in geringem Maße übersteigt. Übersteigen einzelne Wohnungen das Höchstmaß nicht nur um ein geringes Maß, sondern erheblich, so kann auch bei geschlossenen Baugruppen eine Nachsicht nicht mehr in Anspruch genommen werden, mag auch bei Verteilung der Wohnflächen gleichmäßig auf alle Wohnungen für jede einzelne Wohnung das Höchstmaß nicht überschritten werden. Es kann ein als gemeinnützig anerkanntes Wohnungsunternehmen nicht Grundstücke steuerfrei erwerben für eine Reihe von Wohnungen, deren nutzbare Fläche über das Höchstmaß erheblich hinausgeht, indem es z. B. eine nutzbare Fläche von 3000 qm in der Weise verteilt, daß es 30 Wohnungen mit 70 qm und 10 Wohnungen mit 90 qm erstellt.

Das Haus N. Straße 37 enthält 2 Wohnungen mit je 86,02 und 2 mit je 87,71 qm, dazu kommen noch zwei heizbare Kammern von je 10 qm, so daß die 4 Wohnungen zusammen 367,46 qm nutzbare Wohnfläche ergeben gegenüber einem grundsätzlichen Höchstmaß von 300 qm. In diesem Falle kann von einer geringen Maßüberschreitung nicht mehr die Rede sein. Damit entfällt aber die Nachsicht, die bei einer geschlossenen Baugruppe nur dann gewährt werden kann, wenn einzelne Wohnungen um ein geringes Maß die Größe von 75 qm überschreiten. Entfällt sonach die Begünstigung, die bei geschlossenen Baugruppen an und für sich möglich wäre, deshalb, weil einzelne Wohnungen das Höchstmaß erheblich überschreiten, so ist für die einzelnen Häuser der Gruppe die Regel maßgebend, wonach als Kleintwohnungen nur solche Wohnungen zu gelten haben, die eine nutzbare Wohnfläche von höchstens 75 qm haben.

(RFS., 2. Sen., Art. v. 23. Juli 1937, II A 176/37 S.)

*

× 70. §§ 11, 12 GrEwStG. Wird bei der Veräußerung eines Apothekengrundstücks auf ein nur persönliches, wenn auch veräußerliches und vererbliches Apothekenbetriebsrecht verzichtet, so unterliegt dieser Verzicht nicht der Grunderwerbsteuer. †)

Es handelt sich um die Veräußerung eines Apothekengrundstücks. Die Steuerstelle wünscht, daß in Abweichung von der Entsch. des FinVer. nicht nur das Grundstück als solches, sondern auch der Wert bzw. Veräußerungspreis für das Apothekenbetriebsrecht und die Kundschaft zur Grunderwerbsteuer herangezogen werde.

Nach §§ 1, 2 GrEwStG. wird von der Grunderwerbsteuer erfaßt der Übergang von Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten. Hierbei sind die Begriffe „Grundstücke“ und „grundstücksgleiche Rechte“ im bürgerlich-rechtlichen Sinne zu verstehen, wie § 10 Abs. 1, 2 DurchfBest. zum GrEwStG. v. 22. Jan. 1935 (RMinBl. 38 und RStBl. 97) besonders hervorhebt.

Handelt es sich um eine Apothekengerechtheit, die dem jeweiligen Eigentümer eines bestimmten Grundstücks zusteht (sog. subjektiv-dingliche Berechtigung), so gilt sie als Grundstücksbestandteil i. S. § 96 BGB. Solche Rechte sind daher Grunderwerbsteuerlich wie Grundstücke (§ 1 GrEwStG., § 10 Abs. 1 DurchfBest. zum GrEwStG.) zu behandeln. Fälle dieser Art (besonders bewertete Grundstücksbestandteile) sind in § 14 DurchfBest. zum GrEwStG. näher geregelt.

Handelt es sich um sog. selbständige Apothekengerechtheiten, so sind sie bürgerlich-rechtlich und Grunderwerbsteuerlich als grundstücksgleiche Rechte anzusehen (§ 2 GrEwStG., § 10 Abs. 2 DurchfBest. zum GrEwStG.).

Das hier in Rede stehende Apothekenbetriebsrecht ist aber weder eine subjektiv-dingliche Berechtigung noch eine selbständige Apothekengerechtheit; vielmehr handelt es sich hier um eine nur persönliche, aber veräußerliche und vererbliche Apothekenbetriebsberechtigung.

Es ist also zu prüfen, ob ein persönliches Apothekenbetriebsrecht als solches selbständige Gegenstand der Besteuerung nach den Vorschriften des GrEwStG. sein kann. Dies hat der Senat verneint. Das GrEwStG. hatte bereits in seiner ursprünglichen Fassung v. 12. Sept. 1919 (RWB. 1617) in den §§ 1, 2 als Gegenstand der Besteuerung nur Grundstücke und grundstücksgleiche Rechte bezeichnet; hieran hat sich auch bei späteren Neufassungen des GrEwStG. nichts geändert. Die Begriffe „Grundstücke“ und „grundstücksgleiche Rechte“ hat der RFS. bis zum 1. Okt. 1930 (Zeitpunkt der Einführung des Einheitswerts auf dem Gebiet der Grunderwerbsteuer) in ständiger Abspr. im bürgerlich-rechtlichen Sinne aufgefaßt. Soweit für die Zeit seit dem 1. Okt. 1930 Zweifel bestanden haben, sind diese durch § 10 Abs. 1, 2 und § 27 Abs. 1, 3 der vorerwähnten DurchfBest. (RStBl. 1935, 97 ff. und 833) behoben. Auch nach den DurchfBest. ist also der bürgerlich-rechtliche Begriff der „Grundstücke“

und „grundstücksgleichen Rechte“ nach wie vor maßgebend. Da Apothekenbetriebsrechte der hier in Rede stehenden Art nicht unter diese Begriffe fallen, können sie als solche auch nicht selbständig Gegenstand der Besteuerung nach dem GrEwStG. sein. Dieses Ergebnis steht auch nicht in Widerspruch mit nationalsozialistischen Grundfäden, zumal es aus den Durchf. Best. unmittelbar herzuleiten ist, die erst nach der Machtergreifung ergangen sind. Folgerichtig können daher diese Apothekenbetriebsrechte und sonstige sog. stille Werte nur dann und nur insoweit Grunderwerbsteuerlich erfasst werden, als sie eine werterhöhende Eigenschaft des Grundstücks darstellen. Soweit in älteren Entsch. des RfSt. solche persönlichen Apothekenbetriebsrechte zur Grunderwerbsteuer herangezogen wurden (Entsch. des RfSt. v. 5. Jan. 1922, II A 552/21; RfSt. 8, 9 = StW. 1922 Nr. 269 und v. 25. April 1922, II A 72/22; Kartei, Rechtsprechung 7 a. a. D.), ist dies aus der Erwägung heraus geschehen, daß ein Grundstück durch den darauf seit langem geführten Betrieb der Apotheke nach den Anschauungen des Verkehrs einen höheren gemeinen Wert erlange, und daß der Betrieb insofern eine werterhöhende Eigenschaft des Grundstücks darstelle.

Diese Grundsätze sind jedoch durch die RotW. v. 1. Dez. 1930 (RWB. I, 517, insbes. 585) überholt, durch die mit Wirkung v. 1. Okt. 1930 im GrEwStG. überall der „gemeine Wert“ durch den „Einheitswert“ ersetzt wurde (vgl. §§ 11, 12, 14, 17, 18 GrEwStG.). Über die Frage, ob und inwieweit im einzelnen Falle eine werterhöhende Eigenschaft des Grundstücks vorliegt, hat nunmehr, wie der RfSt. bereits in seiner Entsch. v. 4. Mai 1933, II A 504/32 (RfSt. 33, 116 = StW. 1933 Nr. 497 = JW. 1933, 1795 = Kartei, Rechtsprechung 29 zu § 12 Abs. 1) hervorgehoben hat, nicht mehr die Veranlagungsbehörde, sondern die Bewertungsbehörde bei der Festsetzung des Einheitswerts nach den Vorschriften des ABewG. zu entscheiden. Dies ist durchaus folgerichtig, da es sich ja nach den obigen Darlegungen um eine Frage der Bewertung und nicht des Gegenstandes der Besteuerung handelt. Im Einheitswertverfahren, und nur in diesem Verfahren, kann daher darüber entschieden werden, ob das Apothekenbetriebsrecht und die sonstigen stillen Werte als werterhöhende Eigenschaften des Grundstücks bei der Grundstücksbewertung mitzubewerten sind oder nicht. Die Bewertungsbehörde hat den Vorschriften des ABewG. entsprechend (vgl. § 58 ABewG.) das Apothekenbetriebsrecht und die sonstigen stillen Werte in den Einheitswert des Grundstücks nicht einbezogen, vielmehr als Betriebsvermögen bewertet. Das Apothekenbetriebsrecht und sonstige stille Werte sind somit nicht als werterhöhende Eigenschaften des Grundstücks angesehen. An diese Beurteilung der Bewertungsbehörde ist die Veranlagungsbehörde gebunden. Das FinGer. hat daher mit Recht nur das Grundstück als solches zum Gegenstande der Besteuerung gemacht. Auch Ott „Handbuch des gesamten Grunderwerbsteuerrechts“ (S. 128, 149, 315, 316) vertritt im Ergebnis den gleichen Standpunkt, daß der Verzicht auf ein nur persönliches, wenn auch veräußerliches und vererbliches Apothekenbetriebsrecht nicht der Grunderwerbsteuer unterliegt.

Die Beschw. meint, daß die für die Ermittlung des Einheitswerts (§ 11 GrEwStG.) entwickelten Grundsätze jedenfalls dann nicht anwendbar seien, wenn — wie im vorl. Falle — der Veräußerungspreis höher als der Einheitswert sei, und daher nach § 12 GrEwStG. der Veräußerungspreis der Besteuerung zugrunde zu legen sei. Der Senat hat zu dem Verhältnis der §§ 11 und 12 GrEwStG. in Fällen dieser Art bereits in der oben erwähnten Entsch. v. 4. Mai 1933 Stellung genommen. Hiernach entfällt, wenn bei Festsetzung des Einheitswerts eines Apothekengrundstücks (§ 11 GrEwStG.) das mitveräußerte Apothekenbetriebsrecht und die sonstigen damit verknüpften sog. stillen Werte nicht als werterhöhende Eigenschaften des Grundstücks anzusehen sind, auch die Möglichkeit, das Entgelt für diese stillen Werte schlechthin als Teil des nach § 12 GrEwStG. steuerpflichtigen Grundstückspreises zu behandeln.

Ohne Rechtsirrtum hat somit das FinGer. im vorl. Falle bei der Besteuerung aus § 12 GrEwStG. nur den Veräußerungspreis des Grundstücks als solchen zugrunde gelegt. Auch die Zerlegung des Veräußerungspreises in einen steuerpflichtigen und steuerfreien Teil entsprechend den steuerpflichtigen und steuerfreien Wertteilen gibt zu Beanstandungen keinen Anlaß.

(RfSt., 2. Sen., Ur. v. 17. Sept. 1937, II A 356/36 S.)

Anmerkung: 1. Das sehr sorgfältig begründete Urteil des Grunderwerbsteueramts stellt in Übereinstimmung mit dem schon JW. 1935, 3136, von mir vertretenen fest, daß bei Apothekengrundstücken Entgelte für die Konzession nicht dem Grundstückspreis hinzugerechnet werden dürfen. Damit ist die ältere Rspr.,

gegen die Ott, „Kommentar zum GrEwStG.“, 3. Aufl., Anm. 75 ff. zu § 1, mit ausgezeichneten Gründen (ihm folgend Meilicke, „Vierteljahresschrift für Steuer- und Finanzrecht“ 1928, 297) zu Felde gezogen ist, überholt.

Dadurch werden jetzt die persönlichen Apothekenbetriebsrechte Grunderwerbsteuerrechtlich besser als die subjektiv dinglichen Apothekenbetriebsrechte und die grundstücksgleichen Apothekenbetriebsrechte behandelt (vgl. meine Ausführungen JW. 1935, 3135). Dieses Auseinanderfallen ist aber dadurch bedingt, daß der Verordnungsgeber, nachdem der RfSt. erfreulicherweise bereits den vermögenssteuerrechtlichen Grundstücksbegriff in das Grunderwerbsteuerrecht übernommen hatte, mit rückwirkender Kraft durch die Durchf. Best. zum GrEwStG. v. 22. Jan. 1935 (RStBl. 1935, 97) den bürgerlich-rechtlichen Grundstücksbegriff in das Grunderwerbsteuerrecht wieder eingeführt hat.

2. Bei der Einheitsbewertung des Grundstücks ist der Wert des Apothekenbetriebsrechts nicht zu berücksichtigen. Dieses kann nur höchstens im Rahmen des Betriebsvermögens als selbständiges Wirtschaftsgut bewertet werden. Ebenso werden die subjektiv dinglichen und die grundstücksgleichen Apothekenbetriebsrechte neben dem Grundstück gesondert bewertet (vgl. § 58 ABewG.; RfSt.: RStBl. 1935, 695). Dementsprechend ist bei der Veräußerung eines Apothekengrundstücks der Kaufpreis in

- a) den auf das Grundstück entfallenden Teil,
- b) den auf das Apothekenbetriebsrecht entfallenden Teil aufzuspalten.

Zu a): Die Grunderwerbsteuer errechnet sich von dem Kaufpreis zu a oder, falls der Einheitswert höher ist, von dem höheren Einheitswert.

Zu b): Der Kaufpreisteil zu b unterliegt zwar nicht der Grunderwerbsteuer, wohl aber der Umsatzsteuer (vgl. Hartmann-Meßenmacher, „UmsStG.“, 2. Aufl. zu § 4 Ziff. 9 S. 287) und der Urkundensteuer, die, wenn das ganze Apothekengeschäft verkauft wird, gemäß § 12 Abs. 2 Ziff. 1 UrStG. 5 v. T. beträgt, wenn dagegen allein auf die Konzession verzichtet wird nach § 20 Abs. 2 Ziff. 1 UrStG. 1 v. T. beträgt (vgl. Eißler, „UrStG.“ 1937, S. 132). Infolgedessen unterliegt der Kaufpreisteil b in der Regel einer 2,5 %igen, mindestens aber einer 2,1 %igen Verkehrsteuer, so daß also gegenüber dem der Grunderwerbsteuer unterliegenden Kaufpreisteil zu a der Nettogewinn nur 2,5 % bzw. 2,9 % beträgt.

Rf. Dr. Heinz Meilicke, Berlin.

× 71. § 17 StAnpG.; § 7 Abs. 1 Nr. 1 KapVerfStG. 1934. Förderung städtischer Belange ist nicht gleichbedeutend mit Verfolgung gemeinnütziger Zwecke. †)

Die beschwerdeführende Gesellschaft ist im Jahre 1935 unter der Firma „E. Schwimmbad GmbH.“ mit dem satzungsmäßigen Zweck des Baues und Betriebs eines Schwimmbades gegründet worden. Das FinA. hatte zunächst diese Gründung nach § 7 Abs. 1 Nr. 1 KapVerfStG. steuerfrei gestellt.

Im Jahre 1936 wurde die Firma der Beschw. geändert in „Gesellschaft zur Förderung öffentlicher Interessen der Stadt E.“ und als Gegenstand des Unternehmens die Förderung dieser Interessen bezeichnet. Das FinA. zog daraufhin die Beschw. gemäß § 2 Nr. 1 i. Verb. m. § 9 a. a. D. zu einer Gesellschaftsteuer von 2060 RM heran.

Sprungsberufung und auch RBeschw. waren ohne Erfolg. Nach § 7 Abs. 1 Nr. 1 a. a. D. sind die im § 2 bezeichneten Rechtsvorgänge von der Besteuerung ausgenommen bei Kapitalgesellschaften, die nach der Satzung und ihrer tatsächlichen Geschäftsführung ausschließlich und unmittelbar gemeinnützigen Zwecken dienen. Was unter gemeinnützigen Zwecken zu verstehen ist, ergibt sich aus § 17 StAnpG. Hiernach sind solche Zwecke gemeinnützig, durch deren Erfüllung ausschließlich und unmittelbar die Allgemeinheit gefördert wird. Die Beschw. nimmt zu Unrecht an, daß durch die Änderung des satzungsmäßigen Zwecks sich an dem Wesen der Gesellschaft nichts geändert habe. Nach der Rspr. des RfSt. genügt es aber nicht, wenn die Gesellschaft als Gegenstand des Unternehmens die Förderung öffentlicher Interessen der Stadt oder sich selbst in ihren Satzungen als gemeinnützig bezeichnet. Vielmehr kann eine Gesellschaft Steuerfreiheit wegen Gemeinnützigkeit nur dann in Anspruch nehmen, wenn die Zwecke der Gesellschaft, die gemeinnützig sein sollen, in der Satzung so genau umschrieben sind, daß eine Nachprüfung der Gemeinnützigkeit möglich ist (RfSt. II A 535/31 v. 19. Juli 1932; Kartei, Rspr. 3 zu § 4 KapVerfStG. Abs. II und Entsch. des RfSt. I A 265/31 v. 23. Mai 1933; RStBl. 1933, 1033). Die Satzungen der Beschw. in der ihnen im Jahre 1936 gegebenen Fassung entsprechen jedoch — wie das FinGer. zutreffend betont — diesen Voraussetzungen nicht. Es ist im Hinblick auf die Bestimmung des § 7

Abj. 1 Nr. 1 KapVerfStG. nicht zulässig, die Entsch. über die Steuerfreiheit nur auf die tatsächliche Geschäftsführung abzustellen. Die Zweckbestimmung der Gesellschaft ist, da die Satzung in der Fassung von 1936 eine nähere Angabe der Art der vorgesehenen Zwecke vermissen läßt, in der Satzung nicht so fest umrissen, daß aus ihr eine Nachprüfung möglich wäre, ob es sich wirklich ausschließlich und unmittelbar um gemeinnützige Zwecke handelt. Nach der Fassung der Satzung kommt es vielmehr im Ergebnis auf eine Ermessensentscheidung des Geschäftsführers der Gesellschaft hinaus, ob er gemeinnützige Zwecke als vorliegend erachtet oder nicht; insbes. ist hierbei zu besorgen, daß eine Förderung städtischer Interessen ohne weiteres für gleichbedeutend gehalten wird mit Förderung gemeinnütziger Zwecke. Ohne sich mit ihren derzeitigen Satzungen in Widerspruch zu setzen, könnte z. B. die Gesellschaft Aufgaben erfüllen, die der Stadtgemeinde kraft Gesetzes obliegen; in einem solchen Falle verfolgt eine Gesellschaft aber nach der Abspr. des RfS. nicht ausschließlich gemeinnützige Zwecke und kann daher keine Steuerbefreiung beanspruchen (Entsch. des RfS. I A 388/32 v. 11. Juli 1933; RStBl. 1933, 1055). Würde weiter die Gesellschaft ein gewerbliches Unternehmen gründen, deren Erträge der Stadt zufließen, so würde dies zwar eine Förderung der öffentlichen Interessen der Stadt i. S. der derzeitigen Gesellschaftssatzungen, aber noch keine unmittelbare Förderung der Allgemeinheit sein (vgl. § 17 Abs. 6 StAnpG.). Entspricht aber die Satzung nicht den Vorschriften des § 7 KapVerfStG. und § 17 StAnpG., so widerspricht sie auch damit den Grundgedanken des § 1 StAnpG.

Unrichtig ist schließlich die Ansicht der Beschwer., daß sie durch eine Satzungsänderung der hier in Rede stehenden Steuerpflicht ausweichen könne. Denn eine Satzungsänderung kann eine bereits eingetretene Steuerpflicht nicht rückwirkend beseitigen. Für künftige Steuerfälle aber könnte eine beabsichtigte weitere Satzungsänderung als steuerbefreiendes Merkmal nur dann gewertet werden, wenn die Fassung der Satzung — wie oben bereits bemerkt — die Gesellschaftszwecke so genau umschreibt, daß eine Nachprüfung der Gemeinnützigkeit möglich wäre.

(RfS., VI a Sen., Ur. v. 24. Sept. 1937, VI a A 33/37 S.)

Anmerkung: Der Begriff der Gemeinnützigkeit ist in § 17 StAnpG. dahingehend bestimmt, daß hierunter nur solche Zwecke fallen, durch deren Erfüllung ausschließlich und unmittelbar die Allgemeinheit gefördert wird. Eine solche Förderung der Allgemeinheit ist gemäß § 17 Abs. 2 StAnpG. nur anzunehmen, wenn die Tätigkeit dem gemeinen Besten, d. h. dem Wohl der deutschen Volksgemeinschaft, auf materiellen, geistigen oder sittlichem Gebiet nützt. Ob dies der Fall ist, ist nach den Anschauungen der Volksgesamtheit zu beantworten. Städtische Interessen sind daher nicht ohne weiteres gemeinnützige Zwecke, zumal das Aufgabengebiet der Städte, insbes. hinsichtlich der ihnen kraft Gesetzes übertragenen Aufgaben, außerordentlich umfangreich ist (vgl. auch § 17 Abs. 6 StAnpG.). Aus der Satzung muß sich unmittelbar gemäß der ständigen Abspr. des RfS. die Gemeinnützigkeit ergeben. Diese Voraussetzung ist im vorl. Falle nicht vorhanden.

Die Entsch. bietet daher einen lehrreichen Fall, wie notwendig überhaupt die Beachtung steuerrechtlicher Vorschriften bei Gesellschaftsvorgängen ist. Die Gesellschaftsteuer von 2060 R.M. hätte erpart werden können, wenn die Schwimmbad-GmbH. bei der Änderung ihrer Satzungen die Abspr. des RfS. beachtet hätte und wenn selbstverständlich das Unternehmen auch weiterhin unmittelbar gemeinnützigen Zwecken dienen sollte.

RA. Dr. Dr. M e g o w, Kistrin.

× 72. § 4 Nr. 2 UmfStG. 1934; §§ 9, 12 UmfStDurchfBest. 1934. **Wischen von Fischmehl ändert dessen Marktgängigkeit. Wer Fischmehl einführt und es in bestimmten Mischungen im Großhandel weiterliefert, nimmt eine Verarbeitung vor, die die Steuerfreiheit nach § 4 Nr. 2 UmfStG. 1934 ausschließt.**

(RfS., 5. Sen., Ur. v. 30. Juli 1937, V A 26/37.)

× 73. § 4 Nr. 4 UmfStG. 1934; §§ 21 Abs. 2 Nr. 2, 22, 12 UmfStDurchfBest. 1934. **Grus ist ein Gegenstand anderer Marktgängigkeit als Brikette, Kohle oder Koks.**

(RfS., 5. Sen., Ur. v. 24. Sept. 1937, V A 11/37.)

× 74. § 4 Nr. 4 UmfStG. 1934; §§ 21 Abs. 1 Nr. 2, 22, 12 UmfStDurchfBest. 1934. **Erwirbt der Unternehmer Eisenträger in den üblichen Herstellungsmaßen, schneidet sie auf bestimmte Maße zu und liefert sie im Großhandel weiter, so hat er auf die Steuerbefreiung nach § 4 Nr. 4 UmfStG. 1934 keinen Anspruch; denn**

durch das Zuschneiden der Eisenträger entsteht ein neues Verlehrsgut.

(RfS., 5. Sen., Ur. v. 15. Okt. 1937, V A 525/37.)

× 75. § 7 Abs. 3 UmfStG. 1934; §§ 49, 12 UmfStDurchfBest. 1934. **Erwirbt ein Unternehmer Wein und filtriert, schönt oder schwefelt ihn vor der Weiterlieferung, so ist die Anwendung des ermäßigten Steuersatzes nach § 7 Abs. 3 UmfStG. 1934 ausgeschlossen, weil durch das Filtrieren, Schönen oder Schwefeln des Weins ein neues Verlehrsgut entsteht. Dient das Filtrieren aber lediglich dazu, aus dem fertigen Wein wesensfremde Unreinigkeiten zu entfernen, so entsteht kein neues Verlehrsgut.**

(RfS., 5. Sen., Ur. v. 25. Juni 1937, V A 461/37.)

× 76. § 7 Abs. 3 UmfStG. 1934; §§ 49, 12 UmfStDurchfBest. 1934. **Sortiert ein Holzhändler in verschiedener Größe eingekaufte „sägefällende“ Bretter nach Güte, Stärke, Länge und Breite, so hat er für die Weiterlieferung der so sortierten Bretter auf den ermäßigten Steuersatz keinen Anspruch, weil durch das Sortieren nach Güte- und Verwendungsarten ein neues Verlehrsgut entsteht.**

(RfS., 5. Sen., Ur. v. 10. Sept. 1937, V A 103/37.)

× 77. § 7 Abs. 3 UmfStG. 1934; §§ 49, 12 UmfStDurchfBest. 1934. **Schält der Zwischenhändler zum Weiterverkauf bestimmtes, von ihm ungechält eingekauftes Grubenholz, so ändert dies regelmäßig dessen Marktgängigkeit; die Großhandelsvergünstigung geht ihm deshalb durch das Schälen des Holzes verloren.**

(RfS., 5. Sen., Ur. v. 8. Okt. 1937, V A 135/37.)

× 78. § 7 Abs. 3 UmfStG. 1934; §§ 49, 12 UmfStDurchfBest. 1934. **Das Urteil vom 8. Okt. 1937, V A 135/37 S., wonach kein Anspruch auf die Großhandelsvergünstigung besteht, wenn der Holzgroßhändler ungechält eingekauftes Grubenholz in geschältem Zustand weiterveräußert, ist auch beim Großhandel mit Brennholz anzuwenden.**

(RfS., 5. Sen., Ur. v. 28. Okt. 1937, V 230/37.)

× 79. § 7 Abs. 3 UmfStG. 1934; §§ 49, 12 UmfStDurchfBest. 1934. **Bringt der Korngroßhändler auf den Korren Firmenzeichen des Abnehmers an (sogenannte Korbrände, Firmenbrände, Firmenbrude, Kreuzenbrände), so geht er dadurch der Großhandelsvergünstigung verlustig.**

(RfS., 5. Sen., Ur. v. 15. Okt. 1937, V A 152/37.)

80. §§ 201, 175 ABgD. **Das FinA. kann im Steueraufsichtsverfahren verlangen, daß eine Zeitung den Namen und die Anschrift einer Person angibt, die in der Zeitung eine sogenannte Chiffre-Anzeige hat veröffentlichen lassen. †)**

Der § 201 ABgD., der durch die Bd. des RPräs. vom 1. Dez. 1930 (RStBl. I, 517) in die ABgD. eingefügt worden ist, hat eine neue allgemeine Art der Steueraufsicht eingeführt, in deren Rahmen auch die Aufdeckung unbekannter Steuerfälle liegt. Diesem erweiterten Steueraufsichtsrecht entspricht die erweiterte Pflicht Dritter zur Auskunftserteilung, da die in § 175 Abs. 1 Satz 1 ABgD. aufgeführte Steueraufsicht nunmehr in dem erweiterten Sinne des § 201 Abs. 1 ABgD. zu verstehen ist. Von dieser allgemeinen Pflicht zur Auskunftserteilung bestehen für Zeitungen bei den Chiffreanzeigen keine Ausnahmen. Insbes. ist die Berufung der Zeitung auf ihre Schweigepflicht für Chiffreanzeigen, die den Zeitungen allgemein in gleicher Weise wie den Ärzten und Rechtsanwälten oder den Post- und Telegraphenbehörden oblag, verfehlt. Die gesetzlichen Einschränkungen der Auskunftspflicht sind in den §§ 176 ff. ABgD. erschöpfend geregelt. Der Entwurf zu dem damaligen § 179 (jetzt § 177) ABgD. ließ, abgesehen von dem Auskunftsverweigerungsrecht der Verteidiger und Rechtsanwälte in Strafsachen und der Ärzte, die Berufung auf ein Berufs- oder Geschäfts- oder Gewerbegeheimnis grundsätzlich nicht als Grund zur Verweigerung der Auskunft gelten. Hierzu führt die Begründung aus: „Auch die Berufung auf Geschäfts- oder Gewerbegeheimnisse kann keine Ausnahme begründen. Ob sie dies zur Zeit vermag, ist mindestens zweifelhaft. Künftig muß das, wenn auch wichtige Interesse vor dem noch wichtigeren zurücktreten. In weiten Kreisen der Bevölkerung würde es Beunruhigung hervorrufen, wenn man unter dem Vorwande der Wahrung

der Geschäftsgeheimnisse der Steuerhinterziehung Tür und Tor öffnen wollte."

Erst auf Grund längerer Verhandlungen im Ausschuß wurde das Auskunftsverweigerungsrecht der Rechtsanwälte erweitert. Dieses Vorrecht der Ärzte und Rechtsanwälte können aber die Zeitungen im Verkehr mit ihren Anzeigenkunden ebensowenig in Anspruch nehmen wie andere kaufmännische Betriebe, deren Kunden vielleicht auch ein Interesse daran haben, ihre Namen geheimzuhaltten. Wenn die Zeitungen eine besondere Schweigepflicht gegenüber ihren Anzeigenkunden haben, so mag diese Schweigepflicht Dritten gegenüber gelten; sie kann aber nicht gegenüber der öffentlich-rechtlichen Auskunftsspflicht des § 175 RAbgD. durchgreifen. In demselben Sinne hat der RFG. bereits in dem Urt. v. 20. Nov. 1934, VI A 765/33: StW. 1935 Nr. 1, entschieden, wo es sich darum handelte, ob ein FinA. berechtigt war, von einer Versicherungsgesellschaft Auskunft über die Namen der für sie tätig gewordenen Vermittler zu verlangen, denen die Gesellschaft strengste Verschwiegenheit zugesichert hatte. Daß übrigens auch eine gesetzlich geregelte Geheimhaltungspflicht gegenüber einer in der RAbgD. vorgesehenen Auskunftsspflicht nicht durchgreift, hat der RFG. wiederholt zur Frage des Bankgeheimnisses entschieden, z. B. Gutachten des IV. Sen. v. 22. Okt. 1924, IV D 4/24: RFG. 14, 265. Auch die Träger der Reichsversicherung sind trotz der gesetzlichen Geheimhaltungsvorschriften zu Auskünften nach § 175 RAbgD. verpflichtet (Entsch. des RFG. v. 13. Juli 1932, VI A 1016/32: StW. 1932, 3382 = RFG. 31, 346 und Gutachten des Gr. Sen. v. 20. Mai 1933, Gr SD 4/32: StW. 1933, 1678 = RFG. 33, 248 ff., insbes. S. 251).

Daß die Zeitungen sich bei den Chiffreanzeigen nicht auf die auch in § 179 Abs. 2 RAbgD. beraterte Unversehrtheit des Post-, Telegraphen- und Fernsprechgeheimnisses berufen können, bedarf keiner weiteren Ausführung.

Die A. Zeitung schlägt vor, im Falle des Verdachts eines strafbaren Steuervergehens die Auftraggeber der Anzeigen bei ihr durch die Staatspolizei feststellen zu lassen. Sollte sie bei ihrem Vorschlag davon ausgehen, daß für die Ausübung der allgemeinen Steueraufsicht aus § 201 RAbgD. gesetzliche Voraussetzung sei, daß ein begründeter Anhalt für eine Steuerverkürzung vorliegt, so hat der RFG. in letzter Zeit wiederholt entschieden, daß diese Steueraufsicht ohne jede Einschränkung und unabhängig von einem begründeten Anhalt ausgeübt werden kann (Entsch. des RFG. v. 24. April 1936, IV A 17/36: RFG. 39, 228; Bescheid v. 27. Mai 1936 und Urt. v. 25. Nov. 1936, IV A 161/35: RFG. 40, 221). Der Gr. Sen. schließt sich diesen Entsch. an. Insofern ist das erwähnte Gutachten vom 20. Mai 1933 überholt.

Ob das FinA. von den Steueraufsichtsbefugnissen des § 201 RAbgD. nur bei Vorliegen eines begründeten Anhalts oder — offenbar in dem vorl. Falle — auch ohne einen solchen Gebrauch machen will, ist ausschließlich Sache seines Ermessens, und es ist nicht Sache des RFG., eine Ermessensentsch., die sich innerhalb der gesetzlichen Ermessensgrenzen hält, auf ihre Billigkeit und Zweckmäßigkeit hin nachzuprüfen (§ 297 Abs. 2 RAbgD.). Vielmehr haben die Aufsichtsbehörden dafür zu sorgen, daß die Finanzämter, denen durch die Erweiterung ihrer Befugnisse bei der Steueraufsicht auch eine gesteigerte Verantwortlichkeit erwachsen ist, bei der Steueraufsicht nach Billigkeit und Zweckmäßigkeit verfahren.

(RFG., Gr. Sen., Gutachten v. 16. Okt. 1937, Gr SD 3/37.)

Anmerkung: 1. In der letzten Zeit hatte der RFG. wiederholt Gelegenheit, sich mit der Frage der steuerrechtlichen Auskunftsspflicht zu befassen. Dies geschieht gleichzeitig, daß die Finanzverwaltung beabsichtigt, die ihr durch die RAbgD. zugefallenen Aufsichtsrechte auszuschöpfen. Über Auskunftsrechte und Auskunftsspflichten Steuerpflichtiger und Dritter in Steuerermittlungsverfahren vgl. Megow, „Wichtige Steuerfragen der Praxis“, Deutscher Betriebswirteverlag, 1937, S. 5 ff.

2. Die gesetzlichen Einschränkungen der Auskunftsspflicht sind in den §§ 176 ff. RAbgD. erschöpfend aufgezählt (vgl. hierzu auch hinsichtlich der Rechtslage für den Rechtsanwalt und Notar: Megow, „Handbuch“ S. 24 ff.).

3. Ebensowenig wie ein Bankgeheimnis steuerrechtlich anerkannt werden kann, kann auch ein Zeitungsgeheimnis den Steuerbehörden gegenüber anerkannt werden. Die Belange der Auskunftsspflichtigen sind durch § 22 RAbgD. hinreichend gesichert, wonach die Steuerbehörden verpflichtet sind, das sog. Steuergeheimnis zu wahren, d. h. wonach ihnen verboten ist, unbefugt die Verhältnisse eines Steuerpflichtigen zu offenbaren.

4. Das Steueraufsichtsverfahren und damit die Auskunftsspflicht unterliegt aber auch den allgemeinen Grundsätzen des StAnpG. Die Entscheidungen der Steuerbehörden sind Ermessensentscheidungen. Sie müssen demgemäß nach § 2 StAnpG. sich in den Grenzen halten, die das Gesetz dem Ermessen zieht. Nach ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung sind Ermessensentscheidungen innerhalb dieser Grenze nach Billigkeit und Zweckmäßigkeit zu treffen, wobei die Fragen der Billigkeit und der Zweckmäßigkeit nach nationalsozialistischer Weltanschauung zu beurteilen sind. Ob die Behörden diese Grenzen überschreiten ist eine Rechtsfrage, die also gegebenenfalls vom RFG. nachgeprüft werden kann.

Während die Finanzbehörden innerhalb des Rahmens des Ermessens, so kann der RFG., weil es sich insofern um keine Rechtsfrage mehr handelt, keine Nachprüfung vornehmen. Die Finanzbehörden haben jedoch von Fall zu Fall zu entscheiden, ob sie nach Lage des Einzelfalles von ihrem formellen Recht Gebrauch machen dürfen. Es sind auch innerhalb des Steueraufsichtsverfahrens zweifelslosne Fälle denkbar, in denen das Festhalten an der Auskunftsspflicht den durch § 2 StAnpG. für Ermessensentscheidungen gegebenen Bestimmungen widersprechen würde.

RA. Dr. Dr. Megow, Küstrin.

*

× 81. TarNr. 10 II Abs. 1 c PrStempStG.; § 13 UrStG. Wird einem anderen das Recht übertragen, die Reklamemöglichkeiten eines Lichtspieltheaters durch Vorführung von Werbefilmen, wenn auch mit Hilfe der Angestellten und der Apparatur des Theaters, auf eigene Rechnung gegen Abführung eines bestimmten Teils der Werbeeinnahmen auf Zeit auszunutzen, so liegt ein Pachtvertrag i. S. der TarNr. 10 II Abs. 1 c PrStempStG. und des § 13 UrStG. vor.

(RFG., 2. Sen., Urt. v. 15. Okt. 1937, II A 353/36 S.)

Preussisches Oberverwaltungsgericht

82. §§ 33 Abs. 2, 57 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 S. 1 PolVerbG. Rechtsmittel, Festsetzung und Androhung von Zwangsgeld. Eine Androhung von Zwangsgeld nach § 33 Abs. 2 PolVerbG. ist mit den gegen polizeiliche Verfügungen gegebenen Rechtsmitteln anfechtbar falls sie nach den Umständen des Einzelfalles zugleich eine stillschweigende Wiederholung des in der PolVD. gegebenen Polizeibefehls enthält. Sie ist nicht anfechtbar, wenn sie lediglich einen Hinweis auf die PolVD. und die Folgen ihrer Übertretung, also lediglich eine Belehrung und Warnung, darstellt. †)

Der Kl. bewohnte einige Zimmer im ersten Stockwerk des Hinterhauses des Grundstücks E.straße 30 in F. Er hatte vor dem Fenster seiner Kammer einen Käfig angebracht, in dem er einige Hühner und Tauben hielt. Auf Beschwerden der Hausbewohner forderte der Oberbürgermeister in F. den Kl. am 28. Aug. 1934 auf, den Käfig und die Tiere binnen 14 Tagen zu beseitigen. Bei Nichtbeachtung dieser Anordnung müsse auf Grund des § 25 der WohnungsD., gegebenenfalls unter Verhängung eines Zwangsgeldes bis zu 50 RM gegen ihn vorgegangen werden.

Nachdem die Frist mehrfach verlängert worden war, wurde durch Verfügung v. 30. Okt. 1934 ein Zwangsgeld von 10 RM festgesetzt und ein erneutes Zwangsgeld von 20 RM angedroht.

Gegen diese Verfügung erhob der Kl. Beschwerde; sie wurde aber vom RegPräs. in W. unter Hinweis auf die vorgegangenen zutreffend begründeten Aufforderungen des Oberbürgermeisters aus sachlichen Gründen abgewiesen. In der Rechtsmittelbelehrung wurde auf die Klage im Verwaltungsstreitverfahren hingewiesen. Daraufhin klagte der Kl., wurde jedoch vom BezVerbGer. in W. wegen Fristversäumnisses abgewiesen. In der RevInst. wurde diese Entsch. aufgehoben und die Sache an das BezVerbGer. zurückverwiesen.

Das BezVerbGer. wies darauf die Klage aus sachlichen Gründen ab.

Die Rev. des Kl. blieb ohne Erfolg.

In förmlicher Hinsicht ist zu beachten, daß die angef. Verfügung v. 30. Okt. 1934 zunächst die Festsetzung eines Zwangsgeldes enthält. Die Vorinstanzen haben diese Verfügung in dem Sinne aufgefaßt, daß das Zwangsgeld nicht zur Durchsetzung einer der vorher von der Polizei getroffenen Anordnungen festgesetzt worden ist; in diesem Falle würde nach § 57 Abs. 3 PolVerbG. als Rechtsmittel lediglich die Dienstaufsichtsbeschwerde und nicht die förmliche Beschwerde und Klage zulässig gewesen sein. Die Vorinstanzen haben vielmehr an-

genommen, daß das Zwangsgeld unmittelbar zur Durchsetzung der PolWD. (WohnungsD.) v. 14. Okt. 1933 bestimmt war; in diesem Falle sind gegen die Festsetzung dieselben Rechtsmittel wie gegen eine polizeiliche Verfügung gegeben (§ 57 Abs. 1 Satz 1 PolVerwG.). Die letztere Auffassung erscheint im Hinblick auf die beigefügten Rechtsmittelbelehrungen zulässig; sie war daher nicht zu beanstanden.

Die angef. Verfügung enthält weiterhin die Androhung eines neuen Zwangsgeldes. Die Vorinstanzen haben auch diese Androhung nicht als zur Durchsetzung einer der vorhergegangenen polizeilichen Verfügungen bestimmt angesehen, in welchem Falle nur eine Anfechtung im Aufsichtswege hätte erfolgen können (§ 57 Abs. 3 PolVerwG.); sondern sie haben eine Androhung nach § 33 Abs. 2 PolVerwG. für vorliegend erachtet, was unter den obwaltenden Umständen ebenfalls keiner Beanstandung unterliegt. Nach § 33 Abs. 2 PolVerwG. darf wegen Nichtbefolgung einer PolWD. Zwangsgeld ohne besondere vorherige Androhung nur festgesetzt werden, wenn der Betroffene die Polizeiwidrigkeit seines Verhaltens kannte oder kennen mußte. Wird nun dementsprechend — wie hier — ein Zwangsgeld nicht sogleich festgesetzt, sondern zunächst nur angedroht, so entsteht die Frage, ob gegen diese Androhung überhaupt ein Rechtsmittel gegeben ist oder nicht. Der § 33 enthält keinerlei Vorschriften hierüber, und auch der im übrigen die Rechtsmittel gegen Festsetzung und Androhung von Zwangsmitteln regelnde § 57 bringt für diesen Fall keine Bestimmung. Die Frage läßt sich auch nicht allgemein eindeutig entscheiden, sondern muß je nach dem im einzelnen Fall vorl. Inhalt der Androhung verschieden beantwortet werden. In denjenigen Fällen, in denen die Androhung ihrem Inhalt und den Umständen nach weiter nichts ist als ein bloßer Hinweis auf die Vorschriften der PolWD. und die Folgen ihrer Übertretung, liegt lediglich eine Belehrung und Warnung des Empfängers vor. Eine einfache Belehrung und Warnung läßt aber dem Empfänger immer noch die freie Möglichkeit, nach seinem Ermessen zu handeln, wenn gleich damit die Behörde die Erwartung zum Ausdruck gebracht hat, daß er der Rechtsnorm folgen werde (vgl. DVG. 34, 429, 431). In derartigen Fällen liegt kein Gebot oder Verbot und demgemäß auch keine polizeiliche Verfügung vor. Eine Anfechtung einer solchen Androhung mit den gegen polizeiliche Verfügungen gegebenen Rechtsmitteln kommt daher nicht in Frage.

Anders ist dagegen die Rechtslage, wenn die Androhung nach den Umständen des Falles nicht einen bloßen Hinweis, sondern die Aufforderung zur Befolgung der PolWD. enthält, wenn also das in der PolWD. enthaltene Gebot oder Verbot zwar nicht ausdrücklich wiederholt ist, aber als stillschweigend wiederholt zu gelten hat. Alsdann liegt, wie in den gleichartigen Fällen der ausdrücklichen Wiederholung, eine den Polizeibefehl der PolWD. nochmals aussprechende sog. unselfständige Verfügung und eine damit verbundene Androhung eines Zwangsmittels vor. Eine solche zugleich eine polizeiliche Verfügung enthaltende und ihrer Befolgung dienende Androhung ist gem. § 57 Abs. 2 Satz 1 PolVerwG. zwar nur zusammen mit dieser polizeilichen Verfügung, aber wie sie mit dem gegen polizeiliche Verfügungen gegebenen Rechtsmittel anfechtbar. Im vorl. Fall haben die Vorinstanzen die Androhung in der Verfügung v. 30. Okt. 1934 offenbar in diesem Sinne aufgefaßt. Das ist nicht zu beanstanden.

Das Verfahren erwies sich mithin als ordnungsmäßig durchgeführt.

Es folgen Ausführungen darüber, daß das Urteil des BezVerwGer. auch in sachlicher Hinsicht einwandfrei sei. (PrDVG., Urte. v. 15. April 1937, IV C 56/36.)

Anmerkung: Der rechtlich interessanten Entsch. ist in vollem Umfang zuzustimmen.

I. Gegen den Kl. waren am 28. Aug. und 30. Okt. polizeiliche Maßnahmen ergangen: Am 28. Aug. erging gegen ihn eine polizeiliche Verfügung; gleichzeitig wurde der Kl. darauf hingewiesen, daß bei Nichtbeachtung der polizeilichen Verfügung ein Zwangsgeld gegen ihn verhängt werden würde. Demnächst (am 30. Okt.) erging gegen den Kl., der die Maßnahmen der Polizei v. 28. Aug. unbeachtet ließ, eine Zwangsgeldfestsetzungsverfügung; gleichzeitig enthielt diese Verfügung die Androhung eines neuen Zwangsgeldes.

Die entscheidende Frage war, ob gegen die Maßnahmen

der Polizei v. 30. Okt. der Kl. den Weg des Verwaltungsstreitverfahrens beschreiten konnte.

Die Entsch. hängt allein davon ab, wie die polizeilichen Maßnahmen v. 28. Aug. im Hinblick auf die Verfügungen vom 30. Okt. zu werten waren.

1. Zwei Möglichkeiten waren hier denkbar:

a) Erfolgte die Zwangsgeldfestsetzungsverfügung v. 30. Okt. zur Durchsetzung der vorangegangenen, inzwischen unanfechtbar gewordenen Polizeiverfügung v. 28. Aug., so war gegen die am 30. Okt. erfolgte Festsetzung des Zwangsmittels gem. § 57 Abs. 3 PolVerwG. nur die binnen zwei Wochen zu erhebende Beschwerde an die Dienstaufsichtsbehörde gegeben. Das gleiche hatte von der Verfügung v. 30. Okt. zu gelten, soweit sie erneut die Festsetzung von Zwangsgeld androhte (§ 57 Abs. 3 PolVerwG.).

b) Erfolgte dagegen die Festsetzung des Zwangsgeldes unmittelbar zur Durchsetzung einer PolWD. ohne jede Beziehung auf die vorangegangenen Maßnahmen der Polizei v. 28. Aug., so waren gegen die Festsetzungsverfügung die gleichen Rechtsmittel gegeben wie gegen polizeiliche Verfügungen (§ 57 Abs. 1 Satz 1 PolVerwG.). Dem Kl. war also das Verwaltungsstreitverfahren eröffnet. Die Androhung der Festsetzung eines neuen Zwangsgeldes in der Verfügung v. 30. Okt. war dann nach § 33 Abs. 2 PolVerwG. zu beurteilen (s. II).

2. Die Annahme lag durchaus nahe, die erstere Möglichkeit (1a) zugrunde zu legen. Zweifelslos war die Polizeibehörde dazu berechtigt. Dem Kl. wäre dann nur die (befristete!) Beschwerde im Dienstaufsichtswege gegeben gewesen.

Die Polizei hat indessen bei ihren Maßnahmen v. 30. Okt. sich entschlossen, ihre vorangegangenen Maßnahmen insoweit gänzlich außer Betracht zu lassen, so daß die Verfügungen vom 30. Okt. gewissermaßen stillschweigend eine Aufhebung der Maßnahmen v. 28. Aug. enthalten. Jedenfalls hat dies das DVG. wegen der dem Kl. gegebenen Rechtsmittelbelehrungen mit Recht angenommen. Der Kl. war hierdurch keineswegs beschwert. Daß die Polizeibehörde auf der Durchführung ihrer Verfügung v. 28. Aug. nicht zu bestehen brauchte, was sie ohne weiteres gekonnt hätte, unterliegt keinem Zweifel. Es handelte sich hier um eine dem Kl. entgegenkommende Beurteilung. Die Annahme der einen (1a) oder anderen (1b) Möglichkeit lag durchaus im pflichtgemäßen Ermessen der Polizei.

II. Insoweit die Verfügung v. 30. Okt. die Festsetzung eines Zwangsgeldes enthält, ist also, wie gesagt, die Möglichkeit der Nachprüfung im Verwaltungsstreitverfahren gegeben, wenn man, wie hier tatsächlich angenommen, die Verfügungen vom 28. Aug. außer Betracht lassen muß. Die Nachprüfung, welche Rechtsmittel für diesen Fall gegen die gleichzeitige Androhung des neuen Zwangsgeldes in der Verfügung v. 30. Okt. gegeben sind, ergibt die weiter interessante Rechtsfrage, ob eine Androhung von Zwangsgeld nach § 33 Abs. 2 PolVerwG. mit den gegen polizeiliche Verfügungen gegebenen Rechtsmitteln anfechtbar ist. Der im Verlaufe zum Ausdruck gebrachten Auffassung des DVG. ist durchaus zuzustimmen. Das PolVerwG. selbst enthält Bestimmungen hierüber nicht. Handelt es sich bei der Androhung des Zwangsgeldes nach § 33 Abs. 2 PolVerwG. lediglich um einen Hinweis auf die PolWD., so liegt eine polizeiliche Verfügung i. S. von § 40 PolVerwG. nicht vor, und es kann daher keine Rede davon sein, daß die Rechtsmittel gegen polizeiliche Verfügungen gegeben sind. Ein solcher Hinweis ist beispielsweise gerade im vorl. Fall in der Verfügung der Polizei v. 28. Aug. enthalten. Eine Anfechtung eines solchen Hinweises kommt selbstverständlich nicht in Betracht. Indessen weist das DVG. mit Recht darauf hin, daß auch die Möglichkeit denkbar ist, daß in der Androhung stillschweigend eine polizeiliche Verfügung mitenthalten sein kann. Dann ist die mit der Androhung eines Zwangsmittels verbundene polizeiliche Verfügung gem. § 57 Abs. 2 Satz 1 PolVerwG. mit den gegen polizeiliche Verfügungen gegebenen Rechtsmitteln anfechtbar. Die Annahme der einen oder anderen Möglichkeit hängt von den tatsächlichen Umständen des Einzelfalles ab. Für vorl. Fall nimmt das DVG. mit Recht an, daß die Androhung v. 30. Okt. zugleich stillschweigend das in der PolWD. enthaltene Verbot nochmals aussprechen will. Diese Annahme rechtfertigt sich von dem Ausgangspunkt der Entsch. her, daß die Maßnahmen vom 30. Okt. unmittelbar zur Durchsetzung einer PolWD. unter Verzicht der Polizei auf ihre Maßnahmen v. 28. Aug. ergangen sind.

N. Dr. v. Bohlen, Berlin.